

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 LXXXVII • Septiembre-Octubre 2011 • Núm. 727

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 Gáligo
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

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

Consejero-Secretario de la Revista

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

Consejeros

- Don Juan Vallet de Goytisoló**
Notario
- 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 Gállego**
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN
- Don Juan María Díaz Fraile**
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN
- Don Fernando Pedro Méndez González**
Ex Decano del Colegio de
Registradores de la Propiedad
y Mercantiles de España
- Don Vicente Domínguez Calatayud**
Registrador de la Propiedad y Mercantil
- Don Celestino Pardo Núñez**
Registrador de la Propiedad y Mercantil
- Don Eugenio Rodríguez Cepeda**
Ex Decano del Colegio de
Registradores de la Propiedad
y Mercantiles de España
- Don Juan José Pretel Serrano**
Registrador de la Propiedad y Mercantil
- Don Alfonso Candau Pérez**
Decano del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles
de España
- Don Luis Fernández del Pozo**
Director del Servicio de Estudios
del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

Comité editorial

con funciones de evaluación externa

- Don Antonio Manuel Morales Moreno**
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid
- Don Vicente Guilarte Gutiérrez**
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valladolid
- Don Fernando Pantaleón Prieto**
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid
- Don Guillermo Jiménez Sánchez**
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Sevilla

S U M A R I O

Págs.

ESTUDIOS

- «El derecho de reversión expropiatoria y su inscripción en el Registro de la Propiedad», por JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE 2471
- «La competencia legislativa civil de la Generalitat», por VICENTE DOMÍNGUEZ CALATAYUD 2505
- «El derecho a alterar los elementos comunes del inmueble como facultad implícita en el destino comercial de los locales de negocio», por JESÚS FLORES RODRÍGUEZ 2539
- «Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial: los pactos pre-ruptura en el libro II del Código Civil de Cataluña», por NÚRIA GINÉS CASTELLET 2577

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

- «El derecho de impugnación de los Acuerdos de las Sociedades Anónimas tras el Real Decreto Legislativo 1/2010 y las Sociedades Cooperativas», por MARÍA ISABEL CANDELARIO MACÍAS y LUISA E. RODRÍGUEZ GRILLO 2623

DICTÁMENES Y NOTAS

- «Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria», por SERGIO NASARRE AZNAR 2665

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

- Resumen de Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, coordinado por JUAN JOSÉ JURADO JURADO 2741

Comentarios a Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado:	
«Una muy importante Resolución ¿ecléctica?», por PEDRO LUIS SE- RRERA CONTRERAS	2761

ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general:

- «Tutela automática de los menores e incapaces desamparados por entidad pública y doctrina jurisprudencial», por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE..... 2773

1.2. Derecho de familia:

- «La intervención judicial en la tutela. A propósito de la Resolución de la DGRN de 17 de enero de 2011», por ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT 2790
- «Actualidad jurisprudencial de las donaciones *propter nuptias*», por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE..... 2830

1.3. Derechos reales:

- «Análisis de los caracteres del asiento de cancelación registral desde la teoría general de los asientos», por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA 2844

1.4. Sucesiones:

- «La firma habitual y usual en los testamentos ológrafos: cuestiones sobre la firma habitual o de “mano propia” como requisito de validez», por MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ 2857

1.5. Obligaciones y contratos:

- «La opción de compra en el tráfico inmobiliario: análisis jurisprudencial y efectos registrales», por ROSANA PÉREZ GURREA..... 2883

1.6. Responsabilidad civil:

- «*Hosting* o administradores de servicios de páginas web e intromisión al derecho al honor: la responsabilidad civil en el marco de la sociedad de la información», por LOURDES TEJEDOR MUÑOZ..... 2901

1.7. Concursal Civil:

- «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», por TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS 2928

2. MERCANTIL

- «El deber de información precontractual en las adquisiciones de empresas. En torno a la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2010», por FRANCISCO REDONDO TRIGO 2964
- ADENDA al trabajo titulado «Las restricciones a la libre transmisibilidad de acciones en las adquisiciones indirectas», por FRANCISCO REDONDO TRIGO 2996

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

- «Superficies registrales de titularidad indeterminada», por JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ 2997

ACTUALIDAD JURÍDICA

- Información legislativa y de actividades 3007

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS:

- «Discriminación por razón de edad y de sexo. Retos pendientes del Estado Social», de MARÍA CRESPO GARRIDO y MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ, por GABRIEL GARCÍA CANTERO..... 3031

- REVISTA DE REVISTAS** 3039

ESTUDIOS

El derecho de reversión expropiatoria y su inscripción en el Registro de la Propiedad (1)

por

JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE
Registrador de la Propiedad adscrito a la DGRN
Catedrático de Derecho Civil (acreditado)
Presidente del Consejo de Dirección del CIDDRIM

SUMARIO

- I. CONCEPTO, JUSTIFICACIÓN Y NATURALEZA DE LA REVERSIÓN:
 1. CONCEPTO.
 2. JUSTIFICACIÓN.
 3. NATURALEZA JURÍDICA.
- II. SUPUESTOS LEGALES Y CONDICIONES DE EJERCICIO:
 1. ¿CUANDO PROCEDE LA REVERSIÓN? SU CARÁCTER ESENCIAL O NO.
 2. SUPUESTOS DE HECHO DE LA REVERSIÓN Y SUS EXCEPCIONES:
 - A) *Las excepciones al derecho de reversión.*
 - B) *Justificación de estas excepciones.*
 3. EL CASO ESPECIAL DE LOS APROVECHAMIENTOS PRIVATIVOS EN EL SUBSUELO.
 4. PLAZO Y PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO DE REVERSIÓN.
- III. EL DERECHO DE REVERSIÓN COMO UN SUPUESTO DE DERECHO REAL DE ADQUISICIÓN PREFERENTE.
- IV. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DEL DERECHO DE REVERSIÓN. LA REFORMA DE 1999.

(1) El presente trabajo tiene su origen en la ponencia presentada por su autor en el VII Encuentro Interdisciplinar sobre Historia de la Propiedad. La expropiación, celebrado los días 15 a 17 de septiembre de 2010, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca.

- V. EL DESENVOLVIMIENTO REGISTRAL DEL DERECHO DE REVERSIÓN Y LOS PRINCIPIOS HIPOTECARIOS. INTRODUCCIÓN.
- VI. EFICACIA FRENTE A TERCEROS DEL DERECHO DE REVERSIÓN:
 - 1. LA EFICACIA FRENTE A TERCEROS DE LOS RETRACTOS LEGALES Y DEL DERECHO DE REVERSIÓN.
 - 2. LA EFICACIA FRENTE A TERCEROS DEL DERECHO DE REVERSIÓN.
 - 3. LA EFICACIA FRENTE A TERCEROS DE LAS LIMITACIONES LEGALES DEL DOMINIO.
- VII. CONSTANCIA REGISTRAL DEL DERECHO DE REVERSIÓN:
 - 1. ¿A QUIÉN VA DIRIGIDO EL MANDATO DE LA LEY EN CUANTO A LA CONSTANCIA REGISTRAL DEL DERECHO DE REVERSIÓN?
 - 2. EXPROPIACIONES URBANÍSTICAS Y AUSENCIA DE DERECHO DE REVERSIÓN.
 - 3. PRINCIPIO DE ROGACIÓN.
 - 4. CANCELACIÓN DE LA MENCIÓN REGISTRAL DEL DERECHO DE REVERSIÓN.
- VIII. OBJETO DE DICHA CONSTANCIA REGISTRAL. INSCRIPCIÓN DE LA TRANSMISIÓN DEL DERECHO DE REVERSIÓN:
 - 1. RESOLUCIONES DE LA DGRN SOBRE LA TRANSMISIÓN DEL DERECHO DE REVERSIÓN Y EL PRINCIPIO DEL TRACTO SUCESIVO.
 - 2. COMENTARIO DE ESTAS RESOLUCIONES.
 - 3. RESOLUCIÓN DE LA DGRN SOBRE EL CUMPLIMIENTO DEL TRACTO SUCESIVO RESPECTO DE LOS ACTOS DISPOSITIVOS SOBRE FINCAS OBJETO DE REVERSIÓN CUANDO LA EXPROPIACIÓN NO FIGURA INSCRITA.
 - 4. COMENTARIOS DE ESTA RESOLUCIÓN.
 - 5. LA LEGITIMACIÓN DE LOS REVERSIONISTAS Y LA APLICACIÓN DEL TRACTO REGISTRAL.
- IX. INSCRIPCIÓN REGISTRAL DE LA CONSUMACIÓN DEL DERECHO DE REVERSIÓN Y LA TRANSMISIÓN DE LA FINCA AL REVERSIONISTA:
 - 1. EXISTENCIA DE OBRAS NUEVAS Y OTRAS MODIFICACIONES HIPOTECARIAS SOBRE LA FINCA.
 - 2. EXISTENCIA DE CARGAS O DERECHOS SOBRE LA FINCA REVERTIDA.

I. CONCEPTO, JUSTIFICACIÓN Y NATURALEZA DE LA REVERSIÓN

1. CONCEPTO

Dentro de las garantías y de los límites al derecho de propiedad, el artículo 33.3 de la Constitución establece que «nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes». Este tercer apartado, junto a los dos anteriores del mismo artículo, «revela la naturaleza del derecho de propiedad en su formulación constitucional», como ha señalado el Tribunal Constitucional en su sentencia 37/1987, de 26 de marzo, pues establece a la vez garantías y límites del derecho a la propiedad, que «cede para convertirse en un equivalente económico, cuando el bien de la

comunidad... legítima la expropiación» (vid., en el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional 111/1983). La expropiación estaba limitada originariamente a la adquisición forzosa de inmuebles en razón de la ejecución de obras o establecimientos de servicios públicos, pero ese ámbito inicial se ha ampliado progresivamente, transformándose la expropiación en un instrumento de ejecución de la función social de la propiedad, pero ello supone también la necesidad de garantizar un justo equilibrio entre la salvaguardia del derecho de propiedad y las exigencias del interés general.

En definitiva, el derecho de propiedad está limitado por el instituto expropiatorio, y este, a su vez, lo está por la necesidad de respetar ciertas garantías. De ahí la importancia capital de las garantías que el artículo 33.3 de la Constitución ha impuesto a la facultad expropiatoria. Dichas garantías se refieren a la necesidad de existencia de una causa de utilidad pública o interés social, de una contraprestación económica, y a que procedimentalmente se realice de conformidad con las leyes (cfr. sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de abril de 1988). Por su parte, la reversión constituye la última garantía que el Derecho impone a favor del expropiado, atribuyéndole el derecho de recuperar el bien expropiado «en el caso de no ejecutarse la obra o no establecerse el servicio que motivó la expropiación, así como si hubiera alguna parte sobrante o desapareciese la afectación» (cfr. art. 54 de la Ley de Expropiación Forzosa).

2. JUSTIFICACIÓN

Para comprender justificación a que responde la reversión hay que entender que la expropiación no es una simple adquisición forzosa en que la voluntad de las partes quede sustituida sin más por la *autoritas o imperium* de la Administración expropiante, sino que se trata de una privación forzosa o imperativa que está justificada por la concurrencia de una causa de utilidad pública o interés social cuyo cumplimiento exige imponer dicha privación coactiva. Como dice GARCÍA DE ENTERRÍA: «esta causa específica domina toda la operación expropiatoria», en el sentido de que no solo debe existir con carácter previo para legitimar la expropiación, sino que una vez consumada la expropiación a dicha causa «ha de afectarse el objeto expropiado» (cfr. art. 9 de la Ley de Expropiación Forzosa).

La finalidad específica a la que responde la causa de la expropiación delimita también la extensión de esta en cuanto a su objeto, que solo podrá ser el «estrictamente indispensable» a ese fin (cfr. art. 15 de la Ley).

Por ello, en caso de que tras la consumación de la expropiación el bien expropiado no se destine al cumplimiento de esta finalidad, la expropiación o bien fue innecesaria o bien deviene ilegítima. Y ello no solo en los casos de inexecución mencionados, sino también en los casos de resultar parcelas sobrantes (pues la expropiación no se atuvo a la medida indispensable por razón

de su finalidad) y en los de desafectación, es decir, cuando el bien expropiado deja de destinarse *a posteriori* a la obra o servicio que la justificó (pues en este caso la expropiación ha quedado sin causa).

3. NATURALEZA JURÍDICA

Este derecho de recuperación ha recibido diversas denominaciones, como las de retrocesión, reexpropiación, recompra, remisión de la expropiación, o reversión, que es la denominación asumida por la Ley de Expropiación Forzosa y por la jurisprudencia. Esta diversidad terminológica es síntoma claro de la inseguridad dogmática que ha rodeado a la figura, quizá debido a que tradicionalmente se ha considerado la reversión, a mi juicio erróneamente, como una institución perteneciente exclusivamente al ámbito del Derecho Administrativo, sin percibir su directa conexión con el Derecho Civil e Hipotecario. En un intento de sistematización se pueden enumerar las siguientes tesis sobre su naturaleza jurídica:

- a) atendiendo a su causa u origen como un supuesto de «invalidez sobrevenida» de la expropiación por la desaparición del elemento esencial de la causa (se apoya en la doctrina italiana: SANTI ROMANO, GASPARRI);
- b) atendiendo a que los efectos de la reversión se producen *ex nunc* sin retroacción a la fecha de la expropiación, se ha afirmado que no hay anulación de la expropiación, sino cesación de sus efectos, y en este sentido se califica la reversión como resolución de la expropiación, con recíproca devolución de las prestaciones (cfr. art. 1.123 del CC); esta tesis aparece reflejada, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.ª) de 11 de abril de 1989, según la cual: «El derecho de reversión no viene a ser otra cosa que una condición resolutoria creada por la ley»;
- c) en algún caso se ha entendido que es un supuesto no de resolución, sino de revocación, como en el caso de la sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de noviembre de 1959, tesis minoritaria pues la revocación es categoría de ineficacia de los actos de carácter unilateral y gratuito, carácter que no comparte la expropiación, que siempre requiere indemnización y es bilateral;
- d) atendiendo a su objeto, el derecho de reversión ha sido calificado como un derecho real de adquisición referido al bien expropiado, teoría sobre la que profundizaré después;
- e) por último, el Tribunal Supremo en su sentencia de 19 de septiembre de 1998, en un alarde de barroquismo dogmático, califica en un mismo fundamento jurídico el derecho de reversión al tiempo como una simple

facultad, como un derecho potestativo, como una expectativa y como una situación jurídica de carácter patrimonial.

Intentaré después aportar mi propio punto de vista sobre esta compleja cuestión. Pero antes hemos de examinar el régimen legal del derecho de reversión en cuanto a sus supuestos habilitantes y condiciones de ejercicio.

II. SUPUESTOS LEGALES Y CONDICIONES DE EJERCICIO

1. ¿CUÁNDO PROCEDE LA REVERSIÓN? SU CARÁCTER ESENCIAL O NO

El primer problema que se presenta cuando se estudian los diversos supuestos que dan lugar al nacimiento del derecho de reversión es una cuestión de carácter general y previo, esta es, si cabe o no alguna expropiación sin reversión, o dicho en otros términos, si la reversión acompaña necesariamente a toda expropiación.

Para algunos autores la reversión es de esencia en todas las expropiaciones. Esta tesis es defendida entre otros por GARCÍA DE ENTERRÍA considerando que la reversión se ancla en la esencia misma de la expropiación, en su configuración constitucional, como un instrumento para garantizar la realización de fines específicos de utilidad pública o interés social (cfr. art. 33.3 de la Constitución).

El Tribunal Supremo, por el contrario, había negado el derecho reversional en las expropiaciones por razón de defensa nacional en alguna sentencia (v.gr., la de 30 de noviembre de 1965). Otros autores lo habían negado también en el caso de las expropiaciones urbanísticas.

El Tribunal Constitucional, por su parte, ha rechazado que se trate de un derecho de configuración constitucional, al considerar que el derecho de reversión no está incluido en el artículo 33 de la Constitución, y por ello es un derecho de mera configuración legal. Así la sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de abril de 1988 (Rumasa III) sienta una doctrina contraria al carácter esencial del derecho de reversión al declarar que: «no cabe duda de que el artículo 33.3 de la Constitución no ha incluido dentro de las garantías constitucionales de la expropiación, el derecho de reversión que es, en consecuencia, un derecho de configuración legal. Por su parte, la regulación de la reversión contenida en la Ley de Expropiación Forzosa que no agota la regulación legal de la materia expropiatoria, tiene su punto de referencia en la expropiación de bienes afectables a la realización de obras y servicios públicos, y aunque pudiera ser aplicada analógicamente a otros supuestos, no puede constituir regla general, única y uniforme para todas las expropiaciones, existiendo además en la propia Ley de Expropiación Forzosa supuestos en los que se permite la enajenación de bienes expropiados por razones de interés social sin derecho de reversión. No

existe, pues, en nuestro ordenamiento ni una norma constitucional ni una regla legal que imponga para todos los tipos y casos de expropiaciones el derecho de reversión».

En consonancia con lo expuesto, se añade que «la reversión o retrocesión del bien expropiado a su titular originario, aún configurado como un derecho patrimonial, va imprescindiblemente unido a la causa de la expropiación, y a su eventual incumplimiento, hecho que determina el nacimiento de aquel derecho de reversión. Pero... ni existe una exigencia absoluta de regulación idéntica del derecho de reversión ni este podría surgir cuando a los bienes expropiados puedan darse algún destino consecuente con la causa *expropiandi*, aunque no sea una afectación a una obra o a un servicio público».

Esta tesis es criticada por el profesor ENTERRÍA por entender que la causa a la que va inescindiblemente unida la expropiación es uno de los ejes sobre los que gira la garantía de la propiedad. Cuestión distinta es que el legislador disponga de un margen amplio para regular, en el marco constitucional, las concretas *causae expropiandi*. Pero en todo caso rechaza que la consumación de dicha causa legitimadora de la expropiación no sea constitucionalmente necesaria. El silogismo que fundamenta esta posición parece difícilmente rebatible: sin una causa constitucionalmente legítima no puede haber expropiación, por lo que ninguna expropiación podrá mantener su legitimidad constitucional si la causa no se consuma, pues en otro caso la invocación de la causa en el momento de la expropiación sería un mero pretexto, vaciando la garantía constitucional.

2. SUPUESTOS DE HECHO DE LA REVERSIÓN Y SUS EXCEPCIONES

Pues bien, el punto de partida para conocer esa configuración legal nos lo proporciona el artículo 54 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954. Este precepto, en su redacción de 1954, estableció tres supuestos concretos de reversión (sistematizados por el art. 63 del Reglamento). Conforme a ellos procede el derecho de reversión:

- a) cuando no se ejecute la obra o no se establezca el servicio que motivó la expropiación;
- b) cuando realizada la obra o establecido el servicio quede alguna parte sobrante de los bienes expropiados; y
- c) cuando desaparezca la afectación de los bienes o derechos a las obras o servicios que motivaron la expropiación.

El segundo elemento básico en dicha regulación era el de la inexistencia de plazo o límite temporal para el ejercicio del derecho de reversión.

Esta regulación se mantuvo vigente durante casi cuarenta años, pero con el paso del tiempo se hacía cada vez más evidente la obsolescencia de la misma y la necesidad de su actualización. En concreto se criticaba de dicha regulación:

- 1.º La falta de lógica de la admisión de la reversión sin plazo, cualquier fuere la fecha de la expropiación, y cualquiera fuera el tiempo transcurrido y las circunstancias.
- 2.º La necesidad de evitar que el derecho de reversión se convirtiera en un obstáculo a la puesta en circulación de los suelos concretos que con el paso del tiempo ya no resulten funcionales en su afectación a los servicios públicos que en su día originaron la expropiación (cuarteles, estaciones de ferrocarril, etc.).
- 3.º La regulación del derecho de reversión quedaba también obsoleta por consecuencia de los avances técnicos de la construcción y los jurídicos de su configuración jurídica. Así los fenómenos de las edificaciones complejas, los conjuntos inmobiliarios, la denominada por el Tribunal Supremo desmaterialización del derecho de propiedad (especialmente a través de la figura de los aprovechamientos urbanísticos).

Particular importancia en este sentido tiene la aparición del dominio por estratos o dividida por planos, que permite la diferenciación de distintos planos físicos susceptibles de aprovechamientos independientes que permiten que del vuelo o subsuelo de los bienes expropiados se obtengan bienes patrimoniales que entren en el tráfico jurídico.

- 4.º La falta de adecuación de su régimen registral. En efecto, del modelo tradicional del derecho de reversión como un simple supuesto de cesación sobrevenida de la causa de la expropiación, se pasó a integrarlo en la categoría de los derechos reales de adquisición preferente, aunque de carácter administrativo, lo que provocaba evidentes desajustes con el régimen ordinario de los derechos reales. Así faltaba no solo la previsión de su inscripción con carácter constitutivo (como es propio de algunos derechos reales sin contacto posesorio, por ejemplo, el derecho de superficie), sino incluso la aplicación del esencial principio de la inoponibilidad de lo no inscrito, de forma que la reversión se hacía oponible frente a terceros hipotecarios aún no estando inscrita, y ello en base a un mero precepto reglamentario (cfr. art. 69 del Reglamento de Expropiación Forzosa).

A) Las excepciones al derecho de reversión

Estos motivos de crítica dieron paso a un movimiento de reformas en relación con el derecho de reversión que tienden, por un lado, a reducir los supuestos

de reversión, por otro, a reducir también el plazo para el ejercicio del derecho, y finalmente a someterlo al régimen registral común. Los hitos fundamentales en ese movimiento de reforma fueron:

- a) el primero está representado por la Ley de 25 de julio de 1990, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, en la que se introdujo una nueva regulación del derecho de reversión en las expropiaciones urbanísticas, que las excluyó en dos supuestos, que posteriormente pasaron al Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, y finalmente a la Ley del Suelo de 1998, en su artículo 40, conforme al cual la reversión procede en caso de modificación o revisión del planeamiento urbanístico que altere el destino dotacional concreto de los terrenos expropiados, salvo que:
 - 1.º el nuevo uso de los mismos sea también dotacional público, o bien
 - 2.º en los casos en que el uso dotacional primitivo hubiese sido efectivamente implantado y mantenido durante ocho años.

El Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto-Legislativo 2/2008, de 20 de junio, incluye en su artículo 34 entre las excepciones los supuestos de expropiación para la formación o ampliación de patrimonios públicos de suelo siempre que el nuevo uso sea compatible con los fines de este, cuando la expropiación se haya realizado para la ejecución de una actuación de urbanización —salvo que pasen diez años sin que se concluya la urbanización— o por razón del incumplimiento de deberes urbanísticos.

- b) a continuación, la Ley de Ordenación de la Edificación, de 5 de noviembre de 1999, dio nueva redacción a los artículos 54 y 55 de la Ley de Expropiación Forzosa, generalizando las excepciones introducidas por la Ley del Suelo de 1992 (que en este punto no había sufrido críticas). Así se exceptiona el derecho de reversión cuando:
 - 1.º simultáneamente a la desafectación del fin que justificó la expropiación se acuerda justificadamente una nueva afectación a otro declarado de utilidad pública o interés social;
 - 2.º cuando la afectación al fin que justificó la expropiación o a otro declarado de utilidad pública o interés social se prolongue durante diez años desde la terminación de la obra o el establecimiento del servicio.

B) *Justificación de estas excepciones.*

En cuanto a la primera excepción (la relativa a la mutación de la afectación), la exclusión de la reversión es lógica, ya que con ello se evita el denominado *iter inutilis* de la reversión de los bienes a los antiguos propietarios y su nueva expropiación, lo que claramente contradice los principios de economía procedimental y eficacia de la Administración.

Más polémica despierta la segunda excepción. Para algunos, el hecho de que la expropiación sea un negocio causal, impone que cesada la causa cesen también sus efectos, pues a partir de tal momento carece de justificación el mantenimiento del sacrificio que supuso en su día la ablación del derecho de propiedad. Para GARCÍA LUENGO en este punto incluso el artículo 54 de la Ley de Expropiación Forzosa podría ser inconstitucional, pues aún admitiendo que el derecho de reversión sea de configuración legal, lo que no podría hacer el legislador es suprimir el derecho mismo.

Para otros, la reversión es la garantía última de la legitimidad de la expropiación, pues sin la reversión bastaría con la mera alegación de que los bienes van a ser destinados a un fin público para provocar la transferencia coactiva o forzosa de la propiedad, lo que supondría que la Constitución no garantiza la propiedad, sino solo su equivalente económico (a través de la indemnización o justiprecio). Sin embargo, no sucede esto en el caso de que la obra o servicio a que se destinan los bienes se haya mantenido durante el tiempo de los diez años exigidos para enervar la reversión, lo que excluye el peligro de la utilización fraudulenta o abusiva de la expropiación. Cuestión distinta es que el plazo considerado (de diez años en la Ley de Expropiación Forzosa y de ocho en la Ley de Suelo) es mucho o poco. Algunos autores (ENTERRÍA) entienden preferible el término de treinta años que fijó la Ley Cambó de 1918, vinculado a la *longa temporis praescriptio*. Sin embargo, en mi opinión, es posible encontrar una justificación jurídica al plazo legal de diez años desde el punto de vista del Derecho civil, ya que es justamente este plazo (diez años) el que establece el artículo 1957 del Código Civil para la prescripción adquisitiva, cuando interviene justo título y buena fe (extremos que no cabe negar tras haberse tramitado el correspondiente expediente expropiatorio), pues, en definitiva, la extinción del derecho de reversión consolida la adquisición efectuada por título de expropiación.

Por otra parte y en sentido inverso, en aplicación de la idea del equilibrio de que habla el Tribunal Constitucional, algunos autores (LASO y MARTÍN BASSOLS) defienden que la reversión debería extenderse a supuestos análogos o incluso más justificados como los derivados de cesiones gratuitas y obligatorias cuando se modifica el planeamiento y los bienes cedidos para equipamiento pasan a ser susceptibles de aprovechamiento privativo.

3. EL CASO ESPECIAL DE LOS APROVECHAMIENTOS PRIVATIVOS EN EL SUBSUELO

Un caso especial en el capítulo de las excepciones es el relativo a los aprovechamientos privativos en el subsuelo. En relación con este fenómeno la jurisprudencia se ha mostrado restrictiva en su interpretación del derecho de reversión. Citaremos dos ejemplos de esta jurisprudencia:

- a) En primer lugar, la sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de diciembre de 1991: se trata de un supuesto de expropiación de terrenos por el Ayuntamiento de Santander para la ejecución de una plaza pública; posteriormente se modifica el planeamiento previendo la utilización del subsuelo para aparcamiento público. Solicitada la reversión por este hecho el Tribunal Supremo afirma que «la subsistencia de la causa *expropiandi* no imponía la intangibilidad del subsuelo de la zona afectada, permaneciendo este sin adscripción o destino alguno», entendiéndose que el uso del subsuelo «no implica una desafectación del fin legitimador de la expropiación, que afectó a inmuebles para obras en la superficie». Aclara el Tribunal que solo queda legitimada la reversión cuando se altere el fin determinado de utilidad pública o interés social, ejecutando obras o estableciendo servicios distintos de los que legitimaron aquella, lo cual no puede argumentarse *in casu* porque la finalidad originaria se ha cumplido en su integridad e identidad.
- b) En segundo lugar, cabe citar la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1994: en este caso se trataba de una expropiación de terrenos para la construcción de una plaza pública que posteriormente quedaron desafectados en virtud de planeamiento ulteriormente aprobado, que destina dichos terrenos a uso deportivo libre y construcción de aparcamiento subterráneo. Aquí también entiende el Tribunal Supremo que no hay desafectación, ya que el nuevo planeamiento mantiene el uso público de los terrenos, sin que la variación del mismo haga quebrar la *causa expropiandi*.

Personalmente dudo de la vigencia de esta línea jurisprudencial desde el punto y hora en que el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008 ha admitido sin ambages la separación del dominio por planos. Así el artículo 17 de la misma, por una parte, en su número 1 conceptúa como parcela «la unidad de suelo, tanto en la rasante como en el vuelo o el subsuelo, que tenga atribuida edificabilidad y uso o solo uso urbanístico independiente» y, por otra parte, en su número 4 admite que «cuando, de conformidad con lo previsto en su legislación reguladora, los instrumentos de ordenación urbanística destinen superficies superpuestas, en la rasante y el subsuelo o el vuelo, a la edificación o uso privativo y al dominio público, podrá constituirse complejo inmobiliario

en el que aquellas y esta tengan el carácter de fincas especiales de atribución privativa, previa la desafectación y con las limitaciones y servidumbres que procedan para la protección del dominio público». A la vista de lo cual, cabría defender que el principio de menor onerosidad posible para el expropiado impone que en estos casos se atribuya a las parcelas del subsuelo el carácter de fincas sobrantes y, por lo tanto, el reconocimiento del derecho de reversión en cuanto a ellas. Cosa distinta será el problema de la valoración de la parte de la finca (subsuelo) que habría de revertir, la cual ha de pasar sin duda por un proceso de retasación.

Sin embargo, este criterio no podrá extenderse a las expropiaciones urbanísticas ya que la propia Ley de Suelo de 2008 en su artículo 34.3 excluye expresamente la reversión cuando del suelo expropiado se segreguen su subsuelo o vuelo y se mantenga el uso dotacional público para el que fue expropiado. Pero surge todavía la duda de si la exclusión de la reversión se refiere solo al suelo.

4. PLAZO Y PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO DE REVERSIÓN

- a) Con anterioridad a la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, la Ley Cambó, de 24 de julio de 1918, había dado nueva redacción a la Ley de Expropiación de 1879, estableciendo que la reversión no podría ejercitarse pasados treinta años desde la expropiación. Este límite, coincidente con la prescripción extintiva de los derechos reales, no fue incorporado a la Ley de 1954, que ha llegado a amparar el ejercicio del derecho de reversión derivado de expropiaciones de más de cien de antigüedad (vid. la sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de junio de 1999, en un caso en que habían transcurrido 150 años).
- b) La nueva redacción del artículo 54 de la Ley de Expropiación Forzosa dada por la Ley de Ordenación de la Edificación, de 5 de diciembre de 1999, parece reintroducir el criterio de la prescripción para los supuestos de desafectación y de exceso de expropiación (no para los de inejecución) al disponer que en tales casos cuando la Administración desatiende su obligación de notificar tales hechos al expropiado, este podrá ejercitar el derecho de reversión en tanto no hayan transcurrido 20 años desde la toma de posesión de los bienes. Esta regulación, no obstante, ha recibido críticas por la inseguridad que representa la inexistencia de un *dies a quo* cierto para su cómputo, pues no se define el momento en que se puede considerar que existe un bien sobrante o que se ha producido su desafectación. No comparto esta crítica, pues el *dies a quo* es el de la toma de posesión del bien por la Administración o por el beneficiario —que constará en el acta de ocupación—, no el de la desafectación o de la existencia de

sobrante, que son hechos que, a falta de un acto expreso al respecto de la Administración que declare su existencia, podrán probarse ante los Tribunales para su declaración formal.

- c) Respecto de los supuestos de inejecución, esta se producirá cuando no se inicie la ejecución de la obra o servicio y transcurran cinco años desde la toma de posesión, o bien cuando la ejecución de la obra o implantación del servicio estuvieren suspendidas durante más de dos años por causas imputables a la Administración o beneficiario. Esta regulación es técnicamente imprecisa, pues en los dos últimos casos no se fija plazo de duración de la acción de reversión (pasa lo contrario del caso anterior: aquí sí se fija el momento en que se puede entender producido el hecho habilitante de la reversión, pero no el plazo de su ejercicio). Ante esta laguna cabrían dos opciones: bien entender que rige el mismo plazo de veinte años previsto para los casos de desafectación o exceso, o bien el de treinta años previsto en el artículo 1963 del Código Civil para las acciones reales sobre bienes inmuebles. Personalmente me inclino a favor de esta última solución por la mayor gravedad que representa, desde el punto de vista del incumplimiento de la *causa expropriandi*, el supuesto de inejecución que, en paralelo, ha de generar un derecho de reversión más intenso (o temporalmente más extenso).
- d) Finalmente, en cuanto al plazo de ejercicio del derecho de reversión en caso de producirse la obligada notificación por la Administración, la reforma de 1999 lo amplía de uno a tres mes.

III. EL DERECHO DE REVERSIÓN COMO UN SUPUESTO DE DERECHO REAL DE ADQUISICIÓN PREFERENTE

Antes vimos que una de las posiciones dogmáticas en torno al derecho de reversión es la que afirma su naturaleza de derecho real de adquisición preferente, como derecho que atribuye a su titular la facultad de adquirir el dominio sobre el bien expropiado. Analizar este aspecto es esencial para poder valorar posteriormente su régimen registral (2). En cuanto tal derecho de adquisición preferente, la reversión presenta las siguientes notas:

1.º *Es un derecho subjetivo y, en concreto, un derecho subjetivo potestativo*, pues confieren la facultad de adquirir el dominio mediante una declaración de voluntad (supuesta la concurrencia de los presupuestos legales y el cumplimiento

(2) Si bien el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 18 de abril de 1988, niega el carácter de retracto legal de la reversión, lo hace muy de pasada con un valor de *obiter dicta* y en atención al supuesto concreto de la expropiación de acciones de una sociedad, siendo la causa de la expropiación el saneamiento financiero de la sociedad.

de los requisitos legales, especialmente el pago del precio reversional). Ahora bien, no todos los derechos de adquisición preferente son derechos subjetivos autónomos (como sí lo son, por ejemplo, el derecho real de opción de compra y el retracto convencional). Otros son más bien facultades integradas o dependientes de otros derechos subjetivos o relaciones jurídicas, como en general sucede en el caso de los retractos legales, supuesto este al que se asemeja el derecho de reversión antes de la producción del hecho habilitante de su ejercicio. Estas facultades solo en presencia de determinadas circunstancias adquieren independencia de la relación jurídica matriz. Esto permite, como veremos, diferenciar, también a los efectos de su inscripción, entre las simples facultades derivadas de la cualidad de expropiado y el derecho ya nacido de reversión, una vez que, habiendo acaecido alguno de los tres supuestos legitimadores de la reversión, esta es declarada por la Administración o los Tribunales.

2.º *Es un derecho patrimonial* y, como tal, es susceptible de tráfico (enajenación *inter vivos* o *mortis causa*, por acto oneroso o gratuito).

a) ¿Es susceptible de hipoteca? La analogía con el retracto convencional nos llevaría a la respuesta afirmativa (cfr. art. 107, núm. 8 de la Ley Hipotecaria); la analogía con los retractos legales nos llevaría, por el contrario, más bien a una respuesta negativa (cfr. art. 108 de la Ley Hipotecaria). La actual admisión de la hipoteca sobre el derecho de remate en las ejecuciones hipotecarias, introducida por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, me lleva a una posición abierta a esta posibilidad (cfr. art. 107, núm. 12 de la Ley Hipotecaria), pues supone admitir la hipoteca de un *ius ad rem* (que, como derecho en formación, guarda cierta analogía con el derecho de reversión).

b) Y ¿es susceptible de renuncia?

El Tribunal Supremo ha aceptado la validez de la renuncia del derecho de reversión mediante Convenio (incluso antes de que concurran los requisitos para su ejercicio) por la coincidencia entre las figuras del expropiado y el reversionista. Este criterio, sin embargo, ha quedado desdibujado en la más reciente sentencia de 19 de septiembre de 1998, en la que primero se afirma la renunciabilidad del derecho y después se niega. Los argumentos a favor de la tesis permisiva son en esencia que la facultad para pedir la reversión corresponde legalmente al expropiado y sus causahabientes, lo que supone la admisión legal de su transmisibilidad, lo cual es coherente con su contenido patrimonial; y si es transmisible no existe ninguna razón para considerarla irrenunciable, ya que el artículo 6.2 del Código Civil solo impide la renuncia cuando es contraria al interés o al orden público o perjudica a terceros.

Pero la misma sentencia pone en cuestión su tesis argumentando a favor de una posición contraria basada en el argumento de que cuando la Ley reconoce al propietario la garantía de la reversión dota al instituto expropiatorio de un concreto significado, de forma que puede interpretarse que la reversión es un elemento sustancial a su régimen jurídico. En tal caso habría que entender que

su regulación es indisponible o de derecho necesario, y por tanto irrenunciable, porque lo contrario desvirtuaría la institución por desaparecer el instrumento más efectivo de control de cumplimiento de los fines que justificaron el desampoderamiento coactivo de los bienes. Desde este punto de vista, la irrenunciabilidad se justifica por ser la reversión no solo un derecho subjetivo de carácter patrimonial, sino también un medio para velar por la autenticidad y efectividad de la causa *expropiandi*. Por ello, nada obsta a la transmisibilidad *inter vivos* o *mortis causa* de la facultad de pedir la reversión incluso antes de producirse la causa determinante de su nacimiento, pero sí a su renuncia previa, que elimina cualquier posibilidad de control por parte del propietario o sus causahabientes del cumplimiento de los fines de la expropiación.

Esta aparente contradicción interna de la sentencia se resuelve al observar que del planteamiento anterior la conclusión que extrae el Tribunal Supremo es que en caso de mediar tal renuncia en rigor no estaríamos en presencia de una expropiación, sino de una transmisión voluntaria y onerosa, lo cual es importante a efectos registrales porque significa que más allá de la posición dogmática que se adopte sobre la renunciabilidad del derecho de reversión, ante una renuncia efectiva el Registrador no ha de consignar en el asiento de inscripción la mención legal de la reserva reversional.

3.º *Dentro de los derechos patrimoniales pertenece al grupo de los derechos reales.* Y como tal derecho real implica un poder que presenta las notas de:

- la inmediatividad o poder inmediato y directo sobre la cosa expropiada (aunque este poder es más difuso en el caso de los derechos de adquisición preferente que en el de otros derechos reales, carácter difuso que aumenta en el caso de la reversión por requerir previa declaración de su existencia por la propia Administración obligada a la retrocesión);
- oponibilidad frente a terceros o reipersecutoriedad, de forma que el titular del derecho de reversión puede hacerlo efectivo *erga omnes*, frente a cualquier poseedor o tercero y, por tanto, aunque la cosa expropiada se transmita. Esta nota, a diferencia de la anterior, se da con mayor intensidad en el derecho de reversión que en otros derechos reales, pues frente a la regla general que exceptúa la reipersecutoriedad frente a terceros protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, el derecho de reversión es oponible incluso frente al tercero hipotecario (así fue hasta la reforma de 1999);
- y finalmente, también el derecho de reversión es susceptible de publicidad registral, de forma que, siguiendo la regla común de los derechos reales, tiene vocación de ser publicado como vía de oponibilidad a terceros, nota que se incorporó en la reforma del artículo 54 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1999.

IV. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DEL DERECHO DE REVERSIÓN. LA REFORMA DE 1999

Como hemos dicho, el derecho de reversión, con independencia de su configuración o naturaleza jurídica, es un derecho en sentido técnico-jurídico, un derecho subjetivo con un titular: el expropiado, y de contenido patrimonial. Como tal derecho subjetivo de contenido patrimonial es transmisible y gravable, y al recaer directamente sobre el bien expropiado, parece clara su calificación como derecho real o, en todo caso, derecho de eficacia o transcendencia real. De todo ello, se desprende que en los casos en que el objeto de la expropiación sea un bien inmueble, el derecho de reversión ha de entrar necesariamente en contacto con el Registro de la Propiedad.

Esta transcendencia registral de la reversión tiene distinto alcance práctico según que en el momento en que se ejercita la finca expropiada continúe en poder del expropiante o beneficiario de la expropiación, e inscrita a su favor, o por el contrario con el paso del tiempo hayan surgido adquirentes o titulares de derechos reales o cargas sobre el mismo bien, que hayan inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad.

En la primera de las hipótesis planteada no surgen especiales dificultades desde el punto de vista hipotecario: los solos interesados serán nuevamente expropiante o beneficiario y expropiado. En caso de avenencia la resolución administrativa que reconozca la procedencia de la reversión unida al acta de pago de la indemnización o contraindemnización será título inscribible, salvo que el interesado solicite expresamente que la reversión se documente en escritura pública, en cuyo caso este será el título inscribible, conforme al artículo 70 del Reglamento de Expropiación. En caso de falta de acuerdo al respecto, ello dará lugar al correspondiente procedimiento judicial, en cuyo caso será la ejecutoria que ponga término al mismo la que integre el título inscribible, pudiendo, además, tomarse en el Registro de la Propiedad anotación preventiva de la demanda interpuesta, según acepta la doctrina más autorizada.

Distinta es la situación de los derechos reales sobre cosa ajena que gravasen el bien antes de la expropiación y que debieron extinguirse en virtud de la purga de cargas que ordena la ley (cfr. art. 8). Tales derechos continúan extinguidos después de que tenga lugar la reversión, no reviven, ya que, como se dijo, la reversión opera *ex nunc* y, además, la reversión se concede solo al propietario expropiado (el primitivo dueño o sus causahabientes, dice el art. 54 de la Ley de Expropiación Forzosa).

La claridad del tema desaparece en el momento en que surgen cambios en la titularidad de los sujetos inicialmente implicados en la expropiación, bien por transmisión del derecho de reversión, bien por transmisión del bien expropiado. Sobre la transmisibilidad del derecho de reversión no parece haber duda: así el artículo 54 de la ley de Expropiación Forzosa alude al primitivo dueño o a sus

causahabientes. Surgida la causa que da lugar a la reversión, su ejercicio corresponderá al titular actual del mismo. Sin embargo, el sujeto pasivo del derecho de reversión lo es siempre la Administración expropiante, y no el titular actual del bien al tiempo del ejercicio de la reversión. Así lo sostiene la doctrina y la jurisprudencia (vid. sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de junio de 1987). Esta tesis hoy ha cobrado carta de naturaleza en virtud del artículo 54.4 de la Ley de Expropiación Forzosa que expresamente atribuye la competencia para resolver sobre la reversión a la Administración titular o a la que se encuentra vinculado el beneficiario titular. Ello implica que tales titulares posteriores permanecen en principio ajenos al ejercicio de tal derecho, teniendo tan solo la carga de soportarlo, sin perjuicio de su derecho a ser «oídos» en el expediente (cfr. art. 69 del Reglamento de Expropiación Forzosa).

Para justificar tan anómala situación el artículo 69 del Reglamento de Expropiación Forzosa declara que la reversión procede incluso contra terceros protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sin perjuicio del derecho de repetición de los mismos que en su caso proceda. Pero es evidente que este precepto por su carácter reglamentario y por su dificultad de encaje en la lógica jurídica no podía dejar de plantear problemas de interpretación. García de Enterría trató de salvar la antinomia legal entre el citado artículo 69 y el 34 de la Ley Hipotecaria, entendiendo que la contradicción quedaba salvada por el artículo 37 de esta última: la reversión se impone porque su causa consta ya en el Registro siempre que la expropiación esté inscrita. Esta interpretación de momento permite reducir el problema a los casos en que la expropiación no esté inscrita. No obstante, la doctrina y la misma jurisprudencia nadó en la confusión sobre este tema durante largo tiempo, apreciándose resoluciones contradictorias: frente a las sentencias del Tribunal Supremo, de 10 de mayo de 1988 y de 5 de febrero de 1991, que parten de la tesis de que el derecho de reversión perjudica siempre al tercero protegido, la sentencia de 6 de abril de 1992 y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 29 de noviembre de 1978, niegan la reversión de la finca expropiada por aparecer transmitida a tercero con título inscrito en el momento en que surge la causa de la reversión.

Ante tal panorama, la reforma de la Ley de Expropiación Forzosa operada por la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, intenta salir al paso de tal situación introduciendo un nuevo párrafo en el artículo 54 de aquella con la finalidad de compaginar los intereses en conflicto, al disponer que *«en las inscripciones en el Registro de la Propiedad del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles adquiridos por expropiación forzosa se hará constar el derecho preferente de los reversionistas frente a terceros adquirentes que hayan inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria para recuperar el bien o derecho expropiados»*. Sin dicha constancia registral el derecho de reversión *«no será oponible a los*

terceros adquirentes que hayan inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo previsto en la Ley Hipotecaria».

Esta es, pues, la solución legal al problema que impide la inaplicación del principio de fe pública registral, al tiempo que consigue una mejor coordinación entre el Registro de la Propiedad y la potestad expropiatoria de la Administración. Es cierto que el precepto genera nuevas dificultades interpretativas: cómo se cancelará este derecho de reversión, es o no necesaria la inscripción sucesiva de la transmisión del derecho de reversión para mantener su preferencia frente a terceros adquirentes inscritos, cómo se procede a la cancelación de los derechos posteriores inscritos en el caso del ejercicio del derecho de reversión inscrito, etc. Pero la contradicción legal ha desaparecido y los principios administrativos y los hipotecarios se han coordinado.

V. EL DESENVOLVIMIENTO REGISTRAL DEL DERECHO DE REVERSIÓN Y LOS PRINCIPIOS HIPOTECARIOS. INTRODUCCIÓN

Aunque hay dos grandes tipos de expropiaciones, las comunes y las urbanísticas, hay que partir de que, como afirma el Tribunal Constitucional, el modelo prototípico de expropiación para la aplicación de la reversión es el de las expropiaciones para la ejecución de obras o servicios en los terrenos expropiados. Pues bien, el régimen registral de la reversión es común para todo tipo de expropiaciones, por ser un régimen unitario y dependiente de la competencia legislativa exclusiva del Estado, y es el fijado por el vigente artículo 54 de la Ley de Expropiación Forzosa.

Por otra parte, fuerza es reconocer que las normas del citado artículo son manifiestamente insuficientes para dar solución al conjunto de problemas que plantea el desenvolvimiento registral del derecho de reversión, por lo que para cubrir tales lagunas se hace preciso un esfuerzo interpretativo, para el cual metodológicamente creo provechoso utilizar la guía de los principios hipotecarios siempre que ello sea posible.

El artículo 54 de la Ley de Expropiación Forzosa contiene dos mandatos en la materia que ahora nos interesa: uno el relativo a la constancia o inscripción registral del derecho de reversión, y otro el relativo a la eficacia de dicha constancia. Estudiaremos ambas por separado, comenzando por esta última.

VI. EFICACIA FRENTE A TERCEROS DEL DERECHO DE REVERSIÓN

1. LA EFICACIA FRENTE A TERCEROS DE LOS RETRACTOS LEGALES Y DEL DERECHO DE REVERSIÓN

Como facultad o derecho real que es el derecho de reversión sujeta el bien expropiado con eficacia *erga omnes* o frente a todos.

Como en el caso de los retractos legales (y aquí el paralelismo fue claro con la facultad reversional hasta la reforma de 1999) dicha eficacia u oponibilidad *erga omnes* es incluso mayor y más fuerte que en los derechos reales ordinarios, puesto que (como ha dicho la DGRN: vid. Resolución de 4 de octubre de 1962) se mantiene la oponibilidad, «aunque no conste en el Registro la causa de la resolución del derecho» que implican frente a terceros adquirentes que hayan inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad. Así resulta del artículo 37, número 3 de la Ley Hipotecaria, pues frente a la regla general que excluye la eficacia frente a tercero inscrito de las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias no inscritas, señala entre las excepciones a tal regla las «acciones de retracto legal».

Algunos autores (ENTERRÍA) consideran como una especificación de este precepto el contenido en el artículo 69.1 del Reglamento de Expropiación Forzosa, conforme al cual: «Cuando se dé alguna de las causas legitimadoras de la reversión, procederá esta, aun cuando los bienes o derechos hayan pasado a poder de terceros adquirentes por la presunción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sin perjuicio del derecho de repetición de los mismos contra quien proceda por los daños y perjuicios ocasionados».

Pues bien, estos preceptos, en cuanto admiten tales excepciones, han sido criticados por unos y defendidos por otros. La razón en que se fundan los críticos es que contradice y socava los principios hipotecarios y daña la seguridad del tráfico al excepcionar el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pilar en que se apoya dicho tráfico y seguridad. Sin embargo, para otros (PEÑA) el citado precepto de la Ley Hipotecaria admite una explicación acorde con los principios hipotecarios, explicación que resultaría plenamente extensible al derecho de reversión incluso antes de su nacimiento como derecho independiente. Este intento de conciliación pasa por destacar la idea de que los retractos legales constituyen una limitación legal del dominio, delimitando su contenido ordinario o natural. Por ello, inscrita la propiedad, constan ya por el Registro mismo las limitaciones consustanciales a ella, aunque no estén expresa y formalmente enunciadas a través de una mención registral especial. Es decir, constan de forma implícita (así, por ejemplo, en el retracto de comuneros, la misma inscripción del condominio revela, por efecto reflejo de la propia norma que lo establece, el retracto de comuneros).

2. LA EFICACIA FRENTE A TERCEROS DEL DERECHO DE REVERSIÓN

En este sentido cabría decir, según esta tesis, que la misma inscripción de la expropiación está ya publicando de forma implícita pero cierta el derecho de reversión. Incluso puede anteponerse por ello a otros derechos reales inscritos con posterioridad en el Registro de la Propiedad. De ahí que, en base al artículo 69 del Reglamento de Expropiación, la jurisprudencia haya podido afirmar que «la reversión es un derecho ejercitable frente a la Administración expropiante, cualquiera que sea el beneficiario o actual titular de los bienes expropiados» (vid. sentencias del Tribunal Supremo, de 21 de diciembre de 1979 y 12 de junio de 1987).

Como hemos señalado, existe una polémica no solo en relación con la conveniencia o acierto de este precepto reglamentario, sino también en torno a su legalidad. En opinión de GARCÍA DE ENTERRÍA no se trata de un precepto ilegal, sino que antes al contrario explicita un principio contenido en la propia Ley Hipotecaria (cfr. art. 37) que da prevalencia sobre la posición del tercer adquirente a las condiciones resolutorias que deban su origen a causas que consten en el Registro, teniendo en cuenta que la reversión es legalmente una condición resolutoria implícita en toda adquisición expropiatoria (vid. sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de junio de 1957), que surge, pues, de la propia expropiación y esta constará normalmente en el Registro.

Sin embargo, en mi opinión esta tesis obvia varias dificultades al no tener en cuenta que: 1.º no siempre y necesariamente la expropiación consta en el Registro, por ejemplo, cuando la finca expropiada adquiere la condición de bien de dominio público (cfr. art. 62.2 del Reglamento de Expropiación Forzosa); 2.º no toda expropiación genera un derecho de reversión, como veremos después; 3.º olvida que el artículo 37 de la Ley Hipotecaria habla de condiciones resolutorias que consten «explícitamente» en el Registro (no implícitamente); y 4.º finalmente esta tesis olvida el nuevo régimen legal del derecho de reversión introducido por la Ley de Ordenación de la Edificación, que contempla expresamente la inscribibilidad del derecho de reversión y el juego respecto del mismo de los principios hipotecarios (oponibilidad, prioridad, tracto sucesivo, etc.).

3. LA EFICACIA FRENTE A TERCEROS DE LAS LIMITACIONES LEGALES DEL DOMINIO

Pero aún admitiendo a efectos dialécticos la tesis de que el derecho de reversión constituye sin más una limitación legal del dominio de los bienes adquiridos por expropiación, formando parte de su contenido ordinario, ello no basta para excluir su sometimiento a las normas hipotecarias.

En efecto, se puede considerar ya como un tema clásico en el ámbito hipotecario el del problema de la necesidad o no de publicidad registral de las limitaciones legales del dominio, y cómo la polémica doctrinal desarrollada en torno al mismo (inicialmente entre ROCA SASTRE y TIRSO CARRETERO), dio paso a un movimiento legislativo tendente a favorecer que las limitaciones públicas del dominio (por gozar de la publicidad de la propia ley que las impone) sean también limitaciones «publicadas», a fin de respetar el principio de proscripción de las «cargas ocultas», cualquiera sea la naturaleza de estas. Este movimiento de reformas normativas emprendidas a fin de acoger este criterio ha llegado al punto de reformar el artículo 5 del Reglamento Hipotecario por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, el cual suprimió su número 3, relativo a la innecesariedad de inscribir las servidumbres legales que tenga por objeto la utilidad pública o comunal, y a incorporar en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, la obligatoriedad de la inscripción de los bienes de titularidad de las Administraciones Públicas también respecto de los bienes demaniales, y no solo a los patrimoniales (cfr. art. 36).

Precisamente en esta misma línea se inscribe la reforma introducida en el artículo 54 de la Ley de Expropiación Forzosa por la Ley de Ordenación de la Edificación (Disposición Adicional 5.^a), al modificar radicalmente el punto de vista desde el que se abordaba la cuestión en el artículo 69 del Reglamento, disponiendo ahora que: «En las inscripciones en el Registro de la Propiedad del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles adquiridos por expropiación forzosa se hará constar el derecho preferente de los reversionistas frente a terceros posibles adquirentes para recuperar el bien o derecho expropiados de acuerdo con lo dispuesto en este artículo y en el siguiente, sin cuya constancia registral el derecho de reversión no será oponible a los terceros adquirentes que hayan inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo previsto en la Ley Hipotecaria». Obsérvese que el cambio supone incluso que los terceros que se anteponen al reversionista no inscrito no necesitan reunir los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y, por tanto, no es preciso que sean a título oneroso.

Esta novedosa regulación ha sido criticada por LASO MARTÍNEZ por entender exagerado afirmar de modo terminante que la omisión de la reserva reversional en el asiento registral excluya su oponibilidad frente a terceros, ya que estos tendrán noticia del derecho preferente del reversionista a través del propio asiento de expropiación, derecho que despliega su eficacia desde la expropiación y no desde la constancia registral de su reserva. Recíprocamente considera que la mera constancia de la reserva no atribuye al reversionista una preferencia absoluta frente a los terceros pues si estos no son parte en el proceso no podrá cancelarse su derecho (a fin de evitar la indefensión). No comparto esta tesis, en cuanto al primer elemento porque se opone directamente a la nueva redacción del artículo 54 de la Ley de Expropiación Forzosa, y en cuanto al segundo porque

la necesidad de notificar a los terceros en el procedimiento de reversión, para que sean oídos en el mismo, no excluye la eficacia sustantiva de la atribución de prioridad y oponibilidad que a favor del reversionista resulta de la constancia registral de su derecho, con arreglo a la citada norma legal.

VII. CONSTANCIA REGISTRAL DEL DERECHO DE REVERSIÓN

1. ¿A QUIÉN VA DIRIGIDO EL MANDATO DE LA LEY EN CUANTO A LA CONSTANCIA REGISTRAL DEL DERECHO DE REVERSIÓN?

Contestar este interrogante supone decidir si la exigencia de consignación de la reserva es un mandato dirigido a la Administración para que lo manifieste en el título, o al Registrador para que lo consigne en la inscripción, con independencia de que figure o no en el título expropiatorio. En opinión de LASO MARTÍNEZ, el Registrador ha de hacer constar la reversión en todo caso por ser esta la consecuencia natural de la expropiación. Tan solo reconoce como excepción el caso en que el propio título de expropiación declare la improcedencia de la reversión.

Por su parte, LASO BAEZA, a la vista de los términos genéricos en que el precepto está redactado, entiende que surge la duda sobre si el Registrador deberá practicar la consignación del derecho de reversión siempre que el título de adquisición inscribible sea una expropiación, incluso en el caso de que se trate de un supuesto en que la reversión resulte improcedente (o como dice LASO BAEZA «esté intrínsecamente contradicha»).

La importancia del tema estriba en que la mera mención registral del derecho de los reversionistas constituye una carga registral que grava la finca durante un periodo de tiempo indefinido dado que dicha mención registral como tal no está sujeta a un plazo de caducidad, generando con ello una incertidumbre sobre el mantenimiento de la titularidad registral de la finca, que queda sujeta al peligro de que se declare procedente la reversión. Esta incertidumbre, señala LASO BAEZA, puede provocar el retraimiento en su transmisión, una minusvalía de los suelos afectados e incluso un claro perjuicio para el acceso al crédito territorial.

Aun reconociendo estos inconvenientes, no cabe objetar la norma legal en los casos de las expropiaciones en las que por su naturaleza y objeto puedan generar un derecho de reversión. Pero, por el contrario, a la vista de aquellos inconvenientes, no se ven motivos suficientes para hacer constar en el Registro de la Propiedad un derecho real de adquisición preferente como es la reversión cuyo reconocimiento es jurídicamente improcedente. Es cierto que la ley no hace distinciones y que, en principio, la declaración de la reversión corresponde a la Administración y a los Tribunales, pero también lo es que corresponde al Registrador su calificación a los efectos de su inscripción registral, y que con-

forme al principio de legalidad no puede inscribirse ningún derecho que carezca de existencia o de las condiciones necesarias para su validez.

Este planteamiento obliga a delimitar los supuestos en que la reversión no es posible y también las consecuencias registrales derivadas de su desaparición sobrevenida. LASO BAEZA ha estudiado esta materia en base a la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de septiembre de 1998.

2. EXPROPIACIONES URBANÍSTICAS Y AUSENCIA DE DERECHO DE REVERSIÓN

Los supuestos en que procede la reversión en las expropiaciones urbanísticas están motivados por la alteración del uso que motivó la expropiación de suelo en virtud de modificación del instrumento de ordenación territorial y urbanística, con las excepciones contenidas en el artículo 34 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008.

Frente a la regla general, se entiende que no procede la reversión en los casos de:

- a) propietarios no adheridos a la Junta de Compensación, pues siendo la adhesión voluntaria la no adhesión no puede ser calificada de incumplimiento de ningún deber urbanístico;
- b) cuando se acude al convenio expropiatorio como mecanismo para finalizar el procedimiento de fijación del justiprecio (no obstante, se ha de señalar que en este caso la jurisprudencia ha afirmado que tales convenios no suponen la pérdida de la titularidad de aquellos derechos que la Ley de Expropiación reconoce al expropiado: vid. sentencias del Tribunal Supremo, de 13 de noviembre de 1971 y 16 de junio de 1978);
- c) renuncia al derecho por el expropiado: el Tribunal Supremo ha aceptado la validez de la renuncia del derecho de reversión (incluso antes de que concurran los requisitos para su ejercicio) mediante convenio por la coincidencia entre las figuras del expropiado y el reversionista, como hemos dicho anteriormente;
- d) Otro caso de ausencia de reversión sería el del expropiado, que es compensado con un aprovechamiento urbanístico dentro del ámbito, o incluso aquel que cede su suelo anticipadamente por estar afecto al dominio público con retención del aprovechamiento que le correspondía, de forma que los bienes que, finalmente, le correspondan no han de quedar gravados con la afección de la reversión, carga que debería limitarse a los suelos adjudicados a la Administración o al beneficiario (lo contrario supondría la paradoja de gravar al propio reversionista con un gravamen que perjudica su situación en el tráfico jurídico), en contra del principio *nemini res sua servit*;

- e) Resulta cuestionable la procedencia de la reversión en las expropiaciones parciales respecto de las partes de las fincas que la Administración expropiante o el beneficiario hayan adquirido por resultar su conservación antieconómica para el expropiado (GÓMEZ FABRA);
- f) Finalmente, se ha de incluir el caso de las expropiaciones por incumplimiento de deberes urbanísticos.

3. PRINCIPIO DE ROGACIÓN

Para dotar de mayor seguridad jurídica al derecho expectante del reversionista cuya eficacia queda supeditada a su constancia registral, hubiera sido deseable que en el precepto reformado se hubiera concretado a quién le corresponde el deber de promover la constancia registral del citado derecho. En defecto de tal previsión la protección efectiva del reversionista queda en manos del proceder diligente de la Administración al tiempo de promover la inscripción de la expropiación.

En efecto, en cuanto a la cuestión de sobre quién recae la carga de promover la inscripción de fincas adquiridas por expropiación forzosa, hay que recordar que tradicionalmente las Administraciones Públicas debían inscribir en el Registro de la Propiedad los bienes inmuebles de carácter privativo integrantes de su patrimonio, mientras que estaban facultadas pero no obligadas a inscribir los bienes de dominio público (cfr. art. 2.6 de la Ley Hipotecaria, y 4 y 5 del Reglamento Hipotecario).

Sin embargo, con la nueva Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, la interpretación del artículo 5 del Reglamento Hipotecario que remite a la legislación especial queda más restringida porque el artículo 36 de aquella impone la obligatoriedad de la inscripción de todos los bienes de las Administraciones Públicas independientemente de su carácter patrimonial o demanial, «así como todos los actos y contratos referidos a ellos que puedan tener acceso a dichos Registros». Este criterio también resultaba de una lectura *a sensu contrario* del artículo 62 del Reglamento Hipotecario, respecto de los inmuebles expropiados que antes de la expropiación estuvieran inmatriculados, pues cabía entender que su adquisición por expropiación era de inscripción obligatoria aunque por su afectación a un uso o servicio público hubieran pasado a ser bienes demaniales.

Pero no hay que olvidar que también está legitimado para pedir la inscripción el particular expropiado, conforme al artículo 6 de la Ley Hipotecaria, ya que puede promover la inscripción tanto el que adquiere el derecho (sujeto expropiante) como el que lo transmite (sujeto expropiado), con independencia de que la transmisión en este caso no surge de la voluntad del *transiens*, sino que viene impuesta coactivamente por el *accipiens*, o Administración expropiante.

4. CANCELACIÓN DE LA MENCIÓN REGISTRAL DEL DERECHO DE REVERSIÓN

Si la afección registral de la reversión refleja un derecho del expropiado y un medio de control del cumplimiento de la finalidad de la expropiación, la desaparición sobrevinida de las causas legitimadoras de la reversión implican la imposibilidad del reconocimiento del derecho y la inutilidad o innecesariedad de tal medio de control.

Hay que tener en cuenta que esta constancia puede resultar perturbadora en algunos casos, especialmente en los de expropiaciones por razones urbanísticas cuando se hacen precisamente para poner suelo en el mercado mediante la formación de patrimonios públicos, en los que la enajenación de los mismos no constituye causa de reversión. Por ello se ha postulado la conveniencia de que reglamentariamente se regule la posibilidad de cancelar la mención de la reserva reversional cuando haya transcurrido el plazo legal para su ejercicio (tres meses desde la notificación), o concurra otra causa que acredite la extinción inequívoca del derecho. Por ello en tales casos debe procederse a la cancelación de dicha afección.

El título para practicar la cancelación habría de ser la correspondiente resolución administrativa dada la imposibilidad de actuación de oficio por parte del Registrador en esta materia. LASO BAEZA defiende también la aplicación como medio de cancelación del expediente de liberación de gravámenes regulado por el artículo 209 de la Ley Hipotecaria, aunque la causa de la cancelación no fuese la prescripción del derecho.

VIII. OBJETO DE DICHA CONSTANCIA REGISTRAL. INSCRIPCIÓN DE LA TRANSMISIÓN DEL DERECHO DE REVERSIÓN

Como vimos anteriormente, hay que distinguir entre el derecho expectante o latente de la reversión que deriva de la mera cualidad de expropiado y la reversión efectiva, que se produce cuando concurre alguno de los tres supuestos de hecho contemplados en el artículo 54 de la Ley de Expropiación Forzosa. Pues bien, ante dicha dualidad surge la pregunta de ¿a cual de estos derechos se refiere el artículo 54.5 de la citada Ley?

Sin duda, el precepto se refiere a la reversión que va implícitamente unida a la cualidad de expropiado, es decir, al derecho de reversión expectante, pues su constancia es simultánea a la propia inscripción de la expropiación.

Pero, a pesar del silencio legal al respecto, no solo es inscribible el derecho de reversión expectante, sino también el declarado y, además, respecto de uno y otro, cabe también la inscripción de las transmisiones o gravámenes de que puedan ser objeto. Para estudiar este punto seguiremos la doctrina de la DGRN recaída en relación al mismo.

1. RESOLUCIONES DE LA DGRN SOBRE LA TRANSMISIÓN DEL DERECHO DE REVERSIÓN Y EL PRINCIPIO DEL TRACTO SUCESIVO

En relación con la inscribibilidad del derecho de reversión y de su transmisión se ha pronunciado la DGRN en dos Resoluciones de 2001, en las que se aprecia la diferencia entre los dos estadios por los que atraviesa dicho derecho en función de que haya concurrido o no la causa que legitima su ejercicio.

1.º *La primera Resolución es la de 28 de julio de 2001.* Se trata de un supuesto en el que se presenta en el Registro una instancia solicitando la inscripción a favor de cierta sociedad de «los derechos de reversión que en su caso puedan tener lugar» respecto de ciertos terrenos que habían sido expropiados, sin que tales derechos hubieran sido objeto de declaración administrativa o judicial. A dicha instancia se acompañaba escritura de constitución de dicha sociedad en la que figuraban aportados tales derechos por personas que no resulta del Registro que fueran las expropiadas. El Registrador denegó la inscripción básicamente por dos motivos: a) la falta de cumplimiento del principio registral del tracto sucesivo por no acreditarse que los aportantes del derecho de reversión fueran los titulares expropiados ni sus causahabientes; y b) por entender que la reversión es una limitación del dominio inscrito que en tanto no sea objeto de declaración formal no es un derecho subjetivo presente y actual, sino un derecho potestativo o facultad jurídica que, por ministerio de la ley, forma parte del contenido del derecho expropiado. La sociedad recurrente entiende, por el contrario, que se trata de un derecho real administrativo de preferente adquisición, suspendido en su «ejercitabilidad».

La DGRN resuelve en los siguientes términos:

«SEGUNDO.—La doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo (cfr. de 29 de mayo de 1962, 27 de abril de 1964, 7 de mayo y 7 de noviembre de 1971) son concordes en apreciar que el derecho de reversión surge en el momento en que se produce uno de los tres supuestos de hecho contemplados en el artículo 54.1 de la Ley de Expropiación Forzosa. En consecuencia, tal derecho no podrá inscribirse mientras no se acredite dicho cumplimiento.

TERCERO.—Ahora bien, cosa distinta ha de decirse de la cualidad de expropiado, a la cual se deben anudar los efectos de una hipotética reversión. Hay que tener en cuenta que la expropiación forzosa es una limitación del dominio, y, como dice la doctrina más autorizada, la causa de la misma es la utilidad pública o el interés social. Dicha causa afecta al objeto expropiado (cfr. art. 9 de la LEF) e incide continuamente sobre dicho bien, por lo que la persona expropiada tiene derecho de resolver la expropiación que ha llegado a ser infructuosa. La cualidad de expropiado y su derecho a una hipotética reversión está en la esencia misma de la expropiación, en su configuración constitucional como instrumento de la realización de fines de utilidad pública

o interés social (cfr. art. 33.3 de la Constitución). Ninguna expropiación puede mantenerse constitucionalmente si la causa no se consuma.

CUARTO.—Normalmente la cualidad de expropiado consta en el Registro sólo de manera implícita, pues en la inscripción de la expropiación consta la persona del anterior titular contra quien se dirigió el expediente; ahora bien, legalmente está reconocida la posibilidad de transmisión de tal cualidad, puesto que el derecho de reversión se reconoce a favor del expropiado y de sus causahabientes (cfr. art. 54 de la Ley de Expropiación Forzosa), por lo que los derechos que atribuye tal cualidad son perfectamente inscribibles por gozar de la inmediatez y eficacia erga omnes de todo derecho real. Pero para inscribir tales derechos han de concurrir todos los requisitos legales, y esencialmente, los de documentación pública y “tracto sucesivo”. También los requisitos establecidos por la normativa fiscal de que los actos traslativos estén liquidados de los Impuestos de Sucesiones o Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados».

2.º *La segunda Resolución es de 26 de noviembre de 2001.* En este caso, a diferencia del anterior, se trata de un derecho de reversión administrativamente reconocido. Lo que se presenta al Registro es una Resolución de la Delegación del Gobierno en el País Vasco reconociendo el derecho de reversión sobre tres fincas a favor de los herederos de los propietarios expropiados, cuyo derecho se vende en escritura pública a terceras personas. El Registrador deniega en este caso la inscripción porque considera que el reconocimiento de la reversión no es un título inscribible, siendo preciso que se complete el expediente de reversión en que conste la desafectación, se declare la reversión y se acredite la correspondiente valoración del bien y el pago del precio reversional. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia confirmó la calificación por entender que la inscripción de la reversión en el Registro requiere la existencia de un título binario en que, además de la declaración de su reconocimiento, se acredite la entrada en la posesión de los bienes y el acta de pago por parte de los revisionistas o retrocompradores. El Notario recurrente, por el contrario, entiende que no es precisa la consumación de la reversión, ya que el artículo 7 del Reglamento Hipotecario admite la inscribibilidad de titularidades reales en formación, y que el derecho de reversión es un derecho subjetivo en el que concurren las condiciones propias de los derechos reales.

En este caso, la DGRN reproduce los argumentos de la Resolución de 28 de julio, y añade como colofón un interesante fundamento en el que diferencia los tres estadios por los que puede atravesar el derecho de reversión, llegando a la conclusión de la inscribibilidad de los tres, en los siguientes términos: «*QUINTO.—En consecuencia, son tres los hitos del “iter” de la reversión que pueden tener acceso al Registro: la cualidad de expropiado, la existencia del derecho de reversión declarada por la Administración o por los Tribunales de*

Justicia y la consumación del derecho de reversión mediante la transferencia del derecho de propiedad al reversionista. Nada obsta, reconocida la inscribibilidad del primer y el último paso de tal procedimiento, a la inscripción del segundo, que es análogo a un derecho real de adquisición, oponible a terceros, transmisible y perfectamente digno de protección registral».

2. COMENTARIO DE ESTAS RESOLUCIONES

Como vemos las resoluciones distinguen perfectamente entre la inscripción del derecho de reversión en su estado latente o cualidad de expropiado, y el derecho de reversión ya nacido y declarado.

1.º Inscripción o constancia de la cualidad de expropiado

Lo que se admite por la DGRN es el acceso al Registro de la cualidad de expropiado y ello aun cuando la reversión por estar latente no haya llegado a declararse y menos a consumarse.

La dificultad se plantea porque no hay norma legal que defina cómo ha de instrumentarse dicho acceso en los casos de expropiaciones anteriores a la reforma de 1999 (extremo que la DGRN no se cuestiona pues razona como si la modificación legal operase también respecto de expropiaciones anteriores). Se plantea, por tanto, la cuestión de si respecto de las expropiaciones anteriores cabe que el expropiado pueda pedir la constancia expresa en la inscripción de su cualidad de expropiado, y si esta petición la podrá hacer directamente ante el Registrador o si se requiere la intervención de la Administración expropiante, y si dicha constancia se podrá pedir con ocasión de su transmisión a un heredero o a un tercero.

2.º Inscripción de la declaración administrativa o judicial de reversión sin transmisión del dominio (por no haberse fijado y hecho el pago del precio de la reversión)

A favor de la posición de la DGRN en esta Resolución cabe citar, como apunta LASO MARTÍNEZ, la ejecutividad de las decisiones administrativas o la ejecutoriedad de las sentencias, y la conveniencia de dar publicidad a las situaciones jurídicas nuevas de transcendencia sobre el dominio, como ocurre con las medidas cautelares de carácter registral en el proceso contencioso-administrativo.

Sin embargo, tampoco en este caso la asimilación a los derechos reales civiles de adquisición preferente puede ser completa, ya que en esta fase no

siempre se conoce el precio de la reversión, y ni está definido en norma alguna el periodo de duración del asiento (puede ocurrir que no llegue a incoarse el expediente de retasación, o que fijado el precio no se pague), lo que dado el carácter indefinido del asiento llevaría a crear una carga irredimible.

Ante esta falta de regulación LASO propone seguir analógicamente el modelo normativo de la propia expropiación, mediante un tratamiento simétrico de la reversión, lo que llevaría a reflejar la declaración administrativa o judicial del derecho de reversión mediante un asiento de anotación preventiva con su duración ordinaria de cuatro años (prorrogables), conforme al artículo 86 de la Ley Hipotecaria. Esta anotación, o bien se cancelaría por caducidad por el transcurso del plazo, o bien se convertiría en inscripción definitiva cuando tenga lugar la consumación de la reversión con la transmisión del dominio al reversionista. En cuanto a la consignación del precio, podría admitirse a estos limitados efectos la consignación del justiprecio actualizado conforme al índice de precios (a la espera de la fijación definitiva del precio de la reversión).

Ahora bien, este estado intermedio del derecho de reversión ya declarado pero no consumado ha pasado, con la reforma de 1999, a un estado transitorio en la medida en que el nuevo artículo 55 de la Ley de Expropiación Forzosa prescribe, por un lado, que el importe del precio reversional por actualización de la indemnización lo fija la propia Administración en el mismo acuerdo en que reconozca el derecho y, por otro, que el pago, una vez fijado el precio, deberá hacerse en el plazo de tres meses bajo pena de caducidad del derecho de reversión.

3. RESOLUCIÓN DE LA DGRN SOBRE EL CUMPLIMIENTO DEL TRACTO SUCESIVO RESPECTO DE LOS ACTOS DISPOSITIVOS SOBRE FINCAS OBJETO DE REVERSIÓN CUANDO LA EXPROPIACIÓN NO FIGURA INSCRITA

Este tema es tratado por la Resolución de 29 de junio de 2001. En este caso se presentó al Registro una escritura en la que el titular registral de determinada finca expone que la misma fue objeto de expropiación forzosa y que, como consecuencia de ella, quedaron cuatro parcelas sobrantes, que procede a describir, y respecto de las cuales ejercitó y obtuvo la reversión por parte de la Administración. Acreditada la reversión mediante la correspondiente resolución administrativa y la existencia de las cuatro parcelas sobrantes, acompañando el expediente de reversión, procede a la venta de dichas cuatro fincas a otra persona. El Registrador denegó la inscripción por considerar que la falta de la previa inscripción de la expropiación produce una discordancia con la situación extrarregistral que genera dudas sobre la identidad de la finca, y que se ha de subsanar mediante la inscripción previa de la expropiación, de la reversión y de las segregaciones de las parcelas sobrantes, y que si bien la expropiación

participa de la naturaleza y efectos propios de las situaciones jurídicas que tienen una publicidad que emana de la Ley, para que sea operativa ha de constar en el Registro que la causa de la adquisición fue una expropiación. El Notario recurrente afirma de contrario que la inscripción de dominio a favor de la Administración expropiatoria no es obligatoria conforme al artículo 62.2 del Reglamento de Expropiación Forzosa.

La DGRN resuelve inscribir en base a que: *«De la documentación aportada —que consta de los planos oficiales de las fincas resultantes— resulta la esencia de todo el expediente expropiatorio —que podrá hacerse constar en el Registro mediante el mecanismo del tracto abreviado—, así como las parcelas sobrantes de la expropiación y que fueron objeto de la reversión, y las Resoluciones administrativas que dieron lugar a esta, por lo que ningún obstáculo existe para poder inscribir las parcelas objeto de la venta».*

4. COMENTARIOS DE ESTA RESOLUCIÓN.

José Manuel GARCÍA GARCÍA critica certeramente esta Resolución por estos motivos: *a)* los planos no constituyen título inscribible, según la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.ª) de 31 de enero de 2001; *b)* el tracto abreviado es un concepto tasado legalmente que no puede aplicarse a casos distintos de los previstos expresamente por el artículo 20 de la Ley Hipotecaria; *c)* la legitimación civil para vender no la ostenta la vendedora por el hecho de ser antigua titular de la finca, sino por el hecho de ser titular del derecho de reversión; *d)* el adquirente solo puede ser considerado tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria si adquiere basado en la confianza que le proporciona la legitimación dispositiva derivada de la inscripción de la reversión; *e)* el principio de legalidad del artículo 18 de la Ley Hipotecaria exige que el Registrador califique los distintos títulos que integran el *iter* transmisivo del dominio de la finca anteriores a la actual venta a terceros.

Además, el argumento del notario no se puede admitir porque la excepción del artículo 62 del Reglamento de Expropiación Forzosa se refiere solo a las fincas no inmatriculadas, y la del caso lo estaba.

5. LA LEGITIMACIÓN DE LOS REVERSIONISTAS Y LA APLICACIÓN DEL TRACTO REGISTRAL

Dado que el derecho de reversión es un derecho transmisible y dado el largo lapso de tiempo que puede transcurrir entre la expropiación y la reversión (especialmente en el caso de las expropiaciones anteriores a la reforma de 1999), es muy plausible la hipótesis de que en dicho periodo de tiempo se

hayan producido transmisiones del derecho, *inter vivos* o *mortis causa* (con el agravante en este último caso de que en muchos casos los herederos no habrán inventariado el mismo).

Ante tal situación se plantea la cuestión de si el Registrador ha de inscribir el derecho a favor del beneficiario de la declaración administrativa de su reconocimiento, prescindiendo de los títulos intermedios, o si ha de aplicar el principio registral del tracto, en su versión ordinaria o abreviada. Es indudable que quien solicite la reversión habrá de acreditar que su derecho trae causa del expropiado mediante la justificación de la cadena de transmisiones. LASO plantea dos posibles posiciones. En primer lugar, la ortodoxa que parte de que no hay razones para no aplicar el tracto. Esta es la posición que parece seguir la DGRN en una de las Resoluciones citadas (si bien admite el tracto abreviado). Y otra más flexible bajo la idea de que al expropiado no se le puede exigir la diligencia normal, entendiendo que en la práctica la interpretación más usual será la de que admitida administrativa o judicialmente la legitimación del solicitante de la reversión, esta decisión será suficiente también para la inscripción.

En opinión de LASO no es necesaria la aplicación del tracto registral, pues la cadena de transmisiones se ha de acreditar ante la Administración, pero no ante el Registrador. No comparto esta opinión, pues si, como hemos afirmado, el derecho de reversión, incluso en su estado potencial o latente anterior al cumplimiento de la *conditio iuris* de la desafección del fin expropiatorio, es un verdadero derecho subjetivo de contenido patrimonial y de carácter real, susceptible de transmisión, y si la Ley prevé su inscripción como condición de oponibilidad, no hay razón alguna para excluirlo del juego de los demás principios hipotecarios que no resulten contradictorios con su naturaleza, y menos en el caso del principio del tracto sucesivo directamente relacionado con la legitimación para el ejercicio del derecho. Esta misma tesis es la que aparece avalada por la DGRN desde su Resolución de 29 de noviembre de 1978.

IX. INSCRIPCIÓN REGISTRAL DE LA CONSUMACIÓN DEL DERECHO DE REVERSIÓN Y LA TRANSMISIÓN DE LA FINCA AL REVERSIONISTA

En este caso estamos en presencia de un título traslativo del dominio que como tal no plantea dificultad para su admisión en el Registro de la Propiedad. No obstante, la falta de regulación vuelve a manifestarse en relación con los siguientes problemas:

1. EXISTENCIA DE OBRAS NUEVAS Y OTRAS MODIFICACIONES HIPOTECARIAS SOBRE LA FINCA

Las edificaciones y construcciones que la Administración o el beneficiario hayan realizado en la finca expropiada se transmiten junto con la finca a la que se han incorporado por accesión al reversionista, sin perjuicio de su contabilización —en la parte no amortizada— en la retasación a efectos de fijar el precio de la reversión (cfr. art. 55.2 de la Ley de Expropiación Forzosa).

En el caso de que sobre la finca expropiada se hubieren realizado operaciones de segregación o división, la carga reversional se habrá arrastrado a cada una de las fincas resultantes, de modo que la reversión podrá ejercitarse sobre todas ellas o solo sobre parte de las mismas (cfr. art. 31 del Reglamento Hipotecario en relación con los bienes que el concesionario adquiera por expropiación). No obstante este es un punto dudoso, en el que también podría defenderse la tesis de que del mismo modo que la Administración está obligada a expropiar el todo en caso de expropiaciones parciales, cuando la conservación del resto resulte antieconómica para el expropiado, igualmente aquí cabría entender que si el reversionista quiere ejercitar su derecho ha de estar dispuesto a readquirir el bien expropiado en su totalidad, aunque la finca hubiese sido objeto de división o segregación tras la expropiación.

En el caso de que la finca expropiada se hubiere agrupado junto con otras, la reversión requerirá una operación previa de desagrupación, para lo que podrá servir de título formal la resolución que ponga término al propio expediente de reversión.

2. EXISTENCIA DE CARGAS O DERECHOS SOBRE LA FINCA REVERTIDA

Si se trata de cargas ya existentes en el momento de la expropiación que hubieren subsistido a la misma por su carácter compatible con la finalidad de la expropiación y consiguiente destino de los bienes (cfr. artículos 8 de la Ley de Expropiación Forzosa y 32 del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008), entiendo que la reversión no produce su extinción y no serán objeto de cancelación. Entre estas cargas podrán figurar también aquellas que no pudieron ser canceladas al tiempo de la expropiación por no haberse seguido el expediente con sus titulares (vid. Resolución de 13 de julio de 1989, que no permitió la cancelación de dos anotaciones de embargo anteriores a la expropiación al no haberse citado en el expediente a sus titulares).

Por el contrario, cuando se trate de cargas o derechos constituidos con posterioridad (por ejemplo, una concesión administrativa) esta deberá ser objeto de cancelación por aplicación del principio de prioridad con su consiguiente efecto de purga de las cargas posteriores, ya que la reversión al implicar un efecto reso-

lutorio impone la restitución de las respectivas prestaciones con la devolución de lo recibido en las condiciones que tuviera en el momento de recibirlas. Por tanto, la reversión no es solo el derecho a recuperar la finca expropiada, sino a recuperarla libre de las cargas constituidas con posterioridad a la expropiación (3).

BIBLIOGRAFÍA

- ABELLA, Fermín: *Manual de expropiación forzosa y obras públicas*. Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados Municipales, Madrid, 1979.
- ARNAIZ EGUREN, Rafael: *La inscripción registral de los actos urbanísticos*, Marcial Pons, 1999.
- ÁLVAREZ CIENFUEGOS, José María: «Un ejemplo de oportunismo legislativo: la modificación del derecho de reversión en la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación», en *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 425.
- BASSOLS COMA, Martín: «Panorama del Derecho Urbanístico español: balance y perspectivas», en *Revista del Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 166, 1998.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, 2002.
- GARCÍA GARCÍA, José Manuel: *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Tomo V, *Urbanismo y Registro*, Civitas, 1998.
- «Tracto sucesivo. Tracto abreviado. Expropiaciones y reversión no inscritas. Posibilidad de suplirlas con los datos aportados (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 29 de junio de 2001)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 669, enero-febrero de 2002.
- GÓMEZ PARRA, Lorenzo: «El derecho de reversión en el Registro de la Propiedad. Comentarios a la Resolución de 29 de junio de 2001», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 690, julio-agosto de 2005.
- GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Carlos: *La indemnización en la expropiación forzosa de los arrendamientos urbanos*, ed. Tecnos, Madrid, 1993.
- GÓMEZ-FABRA, José Luis: «La expropiación forzosa y el Registro de la Propiedad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 681, enero-febrero de 2004.
- LASO MARTÍNEZ, José Luis: «Transmisión del derecho de reversión. Oponibilidad a terceros y protección registral (Resoluciones de la DGRN de 29 de junio, 28 de julio y 26 de noviembre de 2001)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 681, enero-febrero de 2004.

(3) *¿Quid iuris* cuando la reserva reversional se hizo constar en el Registro después de inscribir la expropiación? La cuestión no es sencilla, pues no cabe invocar sin más el principio de prioridad registral para resolverla, sino que requiere poner en juego otras dos cuestiones interrelacionadas: la del momento en que nace el derecho de reversión como derecho de adquisición preferente y abandona su estado latente (momento que condiciona el régimen legal por el que se ha de regir), y la posible aplicación retroactiva de la reforma del artículo 54, número 4 de la Ley de Expropiación Forzosa, en el sentido de permitir la constancia de la reserva reversional respecto de expropiaciones ya consumadas con anterioridad a su entrada en vigor.

- «Previsiones y conjeturas en las relaciones del urbanismo con el sistema registral», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 657, enero de 2000.
- LASO MARTÍNEZ, José Luis, y LASO BAEZA, Vicente: *El aprovechamiento urbanístico*, ed. Marcial Pons, 1995.
- LASO BAEZA, Vicente: «Matizaciones a la constancia de la reversión en la inscripción de las expropiaciones urbanísticas», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 7000, marzo-abril de 2007.
- PERA VERDAGUER, Francisco: *Expropiación forzosa*, ed. Bosch, Barcelona.

RESUMEN

*DERECHO DE REVERSIÓN
REGISTRO DE LA PROPIEDAD*

La finalidad de este trabajo es profundizar en el estudio del derecho de reversión expropiatoria, que el autor reivindica como una figura vinculada al Derecho civil e hipotecario, y no sólo al Derecho administrativo, en tanto que derecho subjetivo de carácter patrimonial susceptible de tráfico jurídico y de inscripción registral. Para ello, partiendo de la idea de que la reversión constituye una garantía del derecho de propiedad, al limitar su expropiación en la medida en que esta sólo mantendrá su legitimidad y razón de ser en tanto se mantenga la causa que le dio origen, se analizan los distintos supuestos en que procede la reversión y sus excepciones, así como la justificación y el origen normativo de unos y otras, con especial referencia a los casos de las expropiaciones urbanísticas. Particular atención se dedica a las distintas teorías que se han formulado sobre su naturaleza jurídica, abogando por considerar asimilable el derecho de reversión a un derecho real de adquisición preferente aunque con un régimen sui generis.

A partir de este análisis se entra en la segunda parte del trabajo a revisar las relaciones entre el derecho de reversión y el Registro de la Propiedad, tomando como referencia la importante reforma que la Ley de Ordenación de la Edificación de 1999 operó en esta materia al modifi-

ABSTRACT

*RIGHT OF REVERSION
PROPERTY REGISTRATION*

The purpose of this paper is to provide a close study of the right of expropriatory reversion. The author claims that the right of expropriatory reversion is a concept linked not merely to administrative law, but to civil law and mortgage law, as it is a subjective right that a) concerns assets, b) may be traded and c) may be registered. The paper begins with the idea that reversion guarantees property rights, because it limits their expropriation; after all, expropriation remains lawful and meaningful only so long as the original cause of expropriation exists. An analysis is offered of the different cases in which reversion is in order and the exceptions to those rules, including the justification and legislative origin of both the normal cases and their exceptions. Special reference is made to cases of expropriation for development reasons. Particular attention is paid to the different theories about the legal nature of reversion; the author advocates the idea that the right of reversion may be compared to a pre-emption right in real property, albeit under a very sui-generis system of rules.

On the base of this analysis, the second part of the paper reviews the relationships between rights of reversion and the property registration system. The landmark event in this issue is the important reform effected by the 1999 Building Law, which

car la redacción del artículo 54 de la Ley de Expropiación Forzosa, y en particular distinguiendo como objeto de inscripción diferenciados entre el derecho de reversión en estado latente que resulta de la mera cualidad de expropiado, el derecho de reversión ya nacido por concurrir uno de los supuestos habilitantes y declarado administrativa o judicialmente y, finalmente, el derecho de reversión consumado por medio de la retransmisión de la finca expropiada a su antiguo propietario o a sus causahabientes. Se analizan detenidamente las consecuencias que la reforma de 1999 supuso en cuanto a la eficacia de la constancia del derecho de reversión, o la falta de la misma, en las relaciones con los terceros adquirentes de derechos sobre la finca, mediante la aplicación en este ámbito del principio de oponibilidad, superando el planteamiento legal anterior basado en la prevalencia del derecho reversional al margen de su publicidad registral, que algunos autores habían justificado como una manifestación del artículo 37 de la Ley Hipotecaria al considerar publicada implícitamente su existencia en la inscripción del propio título expropiatorio. Igualmente se estudian todos los aspectos relativos al desenvolvimiento registral de la reversión: desde la aplicación del principio de rogación, al del tracto sucesivo (dado el carácter transmisible del derecho de reversión), pasando por su cancelación formal. Todos estos aspectos han generado numerosas dudas doctrinales y prácticas por la parquedad de la normativa existente, que en parte ha sido paliada por el cuerpo de doctrina que ha ido construyendo la Dirección General de los Registros y del Notariado en la materia, a la que se dedica una atención preferente.

amended the wording of article 54 of the Expropriation Act. One particular feature of the reform was to draw a distinction between latent rights of reversion (which result from the mere fact of expropriation), active rights of reversion (triggered by activating circumstances and declared by administrative or judicial authorities) and, lastly, consummated rights of reversion (consummated through the re-transfer of the expropriated property to its former owner or the successors of its former owner), as different objects of registration. A careful analysis is given of the 1999 reform's consequences in terms of the efficacy of the recording of rights of reversion (or lack thereof) in relations with third-party purchasers of rights in property, through the application of the rule of enforceability. This was an improvement over the previous legal position, based on the prevalence of the right of reversion regardless of whether it received registration publicity. Some authors used to justify this standpoint as a manifestation of article 37 of the Mortgage Act, considering the existence of the right of reversion to have been implicitly publicized in the entry registering the title of expropriation. The paper moreover looks at all the points concerning the involvement of registration with reversion, from the rule of petition to the rule of chain of title (given the transmissibility of rights of reversion), including the formal cancellation of rights of reversion. All these points have been the focus of numerous doubts in legal thought and practice due to the scarcity of pertinent legislation. The scarcity has been partly palliated by the body of doctrine built on the subject by the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs, which the paper highlights.

(Trabajo presentado el 3-5-2011 y aceptado para su publicación el 18-7-2011)

La competencia legislativa civil de la Generalitat

por

VICENTE DOMÍNGUEZ CALATAYUD

*Registrador de la Propiedad, Mercantil y de Bienes Muebles
Académico de número de la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación
Coordinador del Observatorio de Derecho Civil Foral Valenciano
Coordinador de la Comisión de Codificación Civil Foral Valenciana*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA COMPETENCIA DE LA GENERALIDAD VALENCIANA PARA LEGISLAR EN DERECHO CIVIL VALENCIANO EN EL ESTATUTO DE 1982.
- III. «LOS ARGUMENTOS» DE «LA POSTURA» DOCTRINAL QUE NIEGA A LA GENERALIDAD VALENCIANA LA COMPETENCIA LEGISLATIVA EN DERECHO CIVIL VALENCIANO.
- IV. LA POSICIÓN DOCTRINAL QUE CONSIDERA QUE EL DERECHO CIVIL VALENCIANO ESTÁ CONFORMADO POR COSTUMBRES CIVILES OBSERVADAS EN LA COMUNIDAD VALENCIANA. CRÍTICA DE LA MISMA.
- V. LA POSICIÓN DOCTRINAL QUE ESTIMA QUE EL CONTENIDO DE LA COMPETENCIA LEGISLATIVA DE LA GENERALIDAD VALENCIANA EN MATERIA DE DERECHO CIVIL ALCANZA TODO EL CONTENIDO DEL DERECHO CIVIL, SALVO LAS MATERIAS RESERVADAS, EN TODO CASO, AL ESTADO POR EL ARTÍCULO 149.1.8.^a DE NUESTRA CONSTITUCIÓN O TESIS DE LA COMPETENCIA SIN CONEXIÓN FORAL. CRÍTICA DE LA MISMA.
- VI. LA POSICIÓN DOCTRINAL QUE ESTIMA QUE EL PUNTO DE PARTIDA DEL EJERCICIO DE LA COMPETENCIA LEGISLATIVA DE LA GENERALIDAD VALENCIANA EN MATERIA DE DERECHO CIVIL ESTÁ CONFORMADO POR LAS NORMAS CIVILES FORALES ACTUALIZADAS Y CONSTITUCIONALIZADAS O TESIS DE LA NECESARIA CONEXIÓN FORAL EN EL EJERCICIO DE LA COMPETENCIA. EXAMEN ESPECIAL

DEL VALOR, A ESTOS EFECTOS, DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA DE LA CONSTITUCIÓN.

- VII. EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA LA LEY 10/2007, DE 20 DE MARZO, DE RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL VALENCIANO.
- VIII. CONCLUSIÓN.
- IX. RESUMEN.

I. INTRODUCCIÓN

El tema sobre el cual se va a tratar en este trabajo es el de las posibilidades de la Generalidad para el ejercicio de la competencia legislativa en materia de Derecho Civil. Es este un tema complejo desde el punto de vista jurídico y que, además se ubica en la esencia misma de la entidad valenciana. Un tema con una larga historia entre nosotros, los valencianos, respecto del que últimamente se han dado pasos muy importantes que conviene recordar:

1. El primero, fue la creación del Observatorio de Derecho Civil Valenciano por Decreto 30/2002, de 26 de febrero, del Consell de la Generalitat, modificado por el Decreto 150/2002, de 10 de septiembre. Su objetivo fue rastrear en la sociedad valenciana la pervivencia de costumbres que pudieran considerarse como Derecho civil valenciano, es decir, constatar la existencia de un Derecho consuetudinario que, «tras la abolición de los Fueros y hasta nuestros días, subsistiera en el territorio de la Comunidad valenciana», como dice el párrafo segundo del FJ 1 de la sentencia 121/1992, de 28 de septiembre, del Pleno del Tribunal Constitucional resolviendo el recurso promovido por el Gobierno de la Nación en relación con algunas disposiciones de la Ley 6/1986, de las Cortes Valencianas, de regulación de los Arrendamientos Históricos Valencianos. El Observatorio, en su primera fase de existencia, realizó unos trabajos, fruto de los cuales fue la comprobación de la existencia de unas costumbres que, a efectos puramente didácticos, como luego tendremos ocasión de exponer con mayor amplitud, pueden considerarse como costumbres forales por razón de la época de la que proceden, tal sucedía con el testamento mancomunado o «testament del u per l'atre i a totes les passades», o con ciertos usos que regulaban las relaciones de vecindad entre los predios, la venta de cosechas, el *herbatge* o *ius usus inocui* tras la recogida del arroz, la pesca en aguas interiores y el Tribunal de las Aguas. Luego tendremos ocasión de valorar, desde un punto de vista estrictamente técnico-jurídico, la posibilidad de considerar tales costumbres como Derecho civil valenciano y la de que la Generalitat, partiendo de ellas, pueda desenvolver su competencia exclusiva para la «conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil valenciano», como decía el Estatuto aprobado

por la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, o, como dice el actual Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, resultante de la reforma del anterior llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, que reforma el Estatuto antes citado, en su artículo 49.1.2.^a para la «conservación, desarrollo y modificación del Derecho civil foral valenciano».

2. El segundo acontecimiento destacable en relación con la materia que nos ocupa fue la creación por Decreto del Consell de la Generalitat 97/2004, de 11 de junio, de la Comisión de Codificación Civil Valenciana, cuyos dieciséis miembros fueron nombrados por Resolución de 4 de octubre de 2004 del Conseller de Justicia y Administraciones Públicas. Del preámbulo de la última de las normas citadas se desprende que la función primordial de la Comisión de Codificación Civil Valenciana es «la elaboración de propuestas de creación, modificación y desarrollo de disposiciones normativas relacionadas con el Derecho Civil valenciano, con el fin de recuperar el antiguo Derecho foral valenciano y plasmarlo en un futuro Código Civil valenciano». El artículo 2 del Real Decreto 97/2004 redefine la naturaleza del Observatorio de Derecho Civil valenciano, configurándolo como órgano asesor de la Comisión de Codificación Civil Valenciana.

En la actualidad se ha modificado la ubicación orgánica de la Comisión de Codificación Civil valenciana, aunque no el espíritu y finalidad de sus funciones. Así, el artículo 12.1.a) y b) del Decreto 100/2007, de 13 de julio, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Consellería de Gobernación, nos dice que: Artículo 12:

«1. La Dirección General de Coordinación del Desarrollo Estatutario y Promoción del Autogobierno ejerce las funciones establecidas en el artículo 70 de la Ley del Consell, así como las restantes previstas en el ordenamiento jurídico, y en especial las siguientes:

- a) Promover, dirigir y orientar las iniciativas legislativas de desarrollo estatutario y dirigir y gestionar todas las actuaciones encaminadas a la recuperación, desarrollo, impulso, potenciación y divulgación del Derecho Foral Civil valenciano, así como impulsar y gestionar los organismos e instituciones implicados en dicho desarrollo, y en especial la Comisión de Codificación Civil Valenciana y su órgano asesor, el Observatorio de Derecho Civil Valenciano, con el objeto de asentar las bases para la elaboración de un Código Civil valenciano, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 49.1.2.^a del Estatut d'Autonomia. Impulsar asimismo cuantas actuaciones de distinta naturaleza a la legislativa dimanen del Estatut d'Autonomia para su desarrollo. Dichos organismos quedarán adscritos a la Consellería de Gobernación y bajo la dependencia de esta Dirección General.
- b) Promover convenios de colaboración destinados a la investigación, promoción y divulgación del Derecho Foral Civil valenciano».

La razón de ser de ese cambio de ubicación administrativa de la Comisión hay que buscarlo y se encontrará en el papel primordial que el Conseller de Governación del Gobierno valenciano que surge de las elecciones municipales y autonómicas de 2007, el Honorable señor Serafín Castellano Gómez, jugó, como portavoz, en la anterior legislatura, del grupo parlamentario popular de las Cortes Valencianas, en la redacción de la reforma estatutaria y en el logro del consenso político que posibilitó su aprobación, por los dos partidos políticos mayoritarios, tanto en las Cortes Valencianas, como en las Cortes Generales.

Ubicada en la Consellería de Governación y bajo la directa dependencia de la Dirección General de Coordinación del Desarrollo Estatutario y Promoción del Autogobierno, bajo el impulso de su titular, la Ilma. señora Carolina Salvador Moliner, el 26 de octubre de 2007 el Consell aprueba el Decreto 218, que contiene el Reglamento de la Comisión de Codificación Civil Valenciana y su órgano asesor, el Observatorio de Derecho Civil Valenciano. En el preámbulo de esta norma se dice que: «Tras esta reforma estatutaria (la llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril), que reconoce a la Generalitat la competencia legislativa plena en materia de conservación, modificación y desarrollo del Derecho foral civil valenciano y clarifica su modo de ejercicio (contenido fundamentalmente, como aclara el propio preámbulo en el art. 49.1.2.^a, en el art. 7 y en la Disposición Transitoria Tercera del Estatut), es necesario dotar de un nuevo impulso a dos organismos ya existentes, con el objeto de hacerlos más operativos y eficaces en su funcionamiento, en aras de que puedan desarrollar plenamente el Estatut d'Autonomía. Estos organismos son la Comisión de Codificación Civil Valenciana y el Observatorio de Derecho Civil Valenciano». Posteriormente, dos Resoluciones del Conseller de Governación: una, de 9 de noviembre de 2007 y otra de 31 de enero de 2008, determinaron, respectivamente, la composición de la Comisión y del Observatorio.

El cumplimiento de los objetivos de la Comisión de Codificación Civil Valenciana representará la superación de una tremenda injusticia histórica de que fue víctima el Antiguo Reino de Valencia y, desde entonces, todos los valencianos: la abolición del Derecho foral valenciano llevada a cabo por el Decreto de Nueva Planta de 29 de junio de 1707. Tal abolición fue la respuesta de Felipe V al alineamiento del Reino de Valencia con las pretensiones dinásticas del Archiduque Carlos, pretensiones con las que también se alinearon los aragoneses, los baleares y los catalanes sin que la abolición, de una u otra manera, llegara a alcanzar a sus respectivos derechos civiles que pervivieron, aunque con sus fuentes de producción cegadas, producción que pasó a dispensarse por un Estado único que vertebró jurídicamente el Reino de España.

Así acabó el periodo foral del Reino de Valencia que duró lo que este, caso 500 años, 500 años de foralidad, de régimen foral, del que formaron parte unas Instituciones, unas competencias y unas normas emanadas en el ejercicio de tales competencias, en particular y por los que aquí y ahora nos interesa, un

Derecho Civil al que podemos considerar, desde una perspectiva científica y técnica como el más perfecto de los Derechos Civiles de los Reinos y territorios de la Corona de Aragón.

La singularidad del castigo le priva de toda racionalidad, de toda explicación que pueda buscar su justificación en motivos de reorganización jurídico-política del Reino de España; no hay otra forma más ilustrativa de demostrar lo afirmado que leer las causas de la abolición en el propio Decreto de 29 de junio de 1707, a sus claras e inequívocas palabras me remito.

La injusticia permanece, agrandada, si cabe, en nuestros días. Cuando, durante el siglo XIX se inicia nuestra codificación civil se opta definitivamente por el sistema de Compilaciones, para recoger aquellos Derechos civiles especiales o forales que antes se quiso, sin éxito, que fueran meros apéndices al Código Civil. Las Compilaciones de los Derechos civiles especiales o forales se elaboraron durante el régimen político anterior y cuando, el 29 de diciembre de 1978, entró en vigor nuestra Constitución pareció, al amparo del artículo 149.1.8.ª de nuestra Norma Fundamental, que solo tenían competencia legislativa en materia de Derecho Civil las Comunidades Autónomas en las que existiera Derecho Civil Especial o Foral en tal fecha.

Tal conclusión es, muy en particular para Valencia, contraria a la igualdad, como valor constitucional, y al respeto al desarrollo de la identidad de los pueblos de España como base y fundamento políticos de su condición de región o nacionalidad y de su estructuración en Comunidades Autónomas titulares de la autonomía y el autogobierno constitucionales en el seno de la indisoluble unidad de la Nación española.

Muy al contrario, la reintegración a los valencianos del que fuera su Derecho civil foral debidamente actualizado y ajustado a los valores y principios de nuestro bloque de constitucionalidad haría que los valencianos nos reencontráramos con una buena parte de nuestra identidad perdida o abolida profundizando, de este modo, en nuestra condición de pueblo, de nacionalidad histórica.

El Derecho Civil, ese Derecho que hacen las personas en el día a día, en el ejercicio de su cotidianidad y en pie de igualdad, con absoluta libertad y espontaneidad para resolver sus conflictos de intereses o para regular la forma y las consecuencias de sus objetivos coincidentes, ese Derecho se hace por el pueblo, contiene el mapa genético de un pueblo, describe su historia y nos habla de su idiosincrasia con tanta fuerza y precisión como la lengua de ese pueblo, el otro gran instrumento identitario inventado por las gentes, conservado y modificado, en fin, ejercitado por ellas en sus relaciones cotidianas con el fin de hacerse entender. Señorías, Lengua y Derecho, por este orden, son los dos elementos que más identifican a un pueblo, los dos factores de reconocimiento y autoreconocimiento de las gentes de un pueblo. Ya las fuentes romanas definen el Derecho Civil como «*quod quisque populus ipse sibi ius constituit id ipsius proprius civitatis est, vocaturque ius civile*».

La Historia de España ha confirmado la verdad de este aserto. Nuestro país, fundamentalmente a causa de su situación geográfica, ha sido objeto de múltiples mezclas culturales producto de invasiones, unas veces, o de más pacíficas relaciones otras veces. Ni en unas, ni en otras, se produjo jamás la pretensión de sustituir el Derecho civil de unos ciudadanos, de un pueblo, por el Derecho civil de otros ciudadanos, de otro pueblo, viniera a estar entre nosotros con armas o sin ellas. El pueblo invasor, en la hipótesis más extrema, traía su Derecho Civil que aplicaba a sus miembros y respetaba el que los otros habitantes de la Península se rigieran por el que les era propio; solo cuando el devenir natural de las relaciones de los componentes de uno y otro pueblo fusionaba culturas, prácticas de conducta e intereses, solo en ese momento, se fusionaba el Derecho Civil que regía sus vidas y relaciones cotidianas, de tal suerte que bien puede decirse que el Derecho Civil de los pueblos de España siempre ha sido el que tales pueblos se han ido dando pacíficamente, día a día y sin interrupción a sí mismos o el que, respetuoso con la idiosincrasia y prácticas arraigadas del pueblo destinatario, le ha ido suministrando el legislador de turno.

En este panorama descrito, solo hay una excepción, la del Reino de Valencia, la del Histórico Reino de Valencia, la de los valencianos desde 1707 hasta hoy. Todos los demás pueblos de España, como antes decía tienen el Derecho Civil que se han dado a sí mismos o el que les han dado desde el poder político, reconociendo siempre fielmente el que el pueblo ya usaba, de algún modo, como suyo. Cierta que desde 1707 hasta la Constitución de 1978, hasta nuestra vigente Constitución, sin posibilidad de modificarlo o desarrollarlo por sí mismos, salvo el paréntesis representado por el artículo 15 de la Constitución republicana de 1931, toda vez que el poder legislativo se dispensaba por el Estado único y centralizado, que con su consabida evolución estructural posterior, sustituyó a los Reinos peninsulares de la monarquía austracista.

En el marco jurídico-político suministrado por nuestra vigente Constitución, los pueblos de España, estructurados en Comunidades Autónomas, recuperan su poder legislativo que comparten con el del Estado y lo proyectan, naturalmente, como no podía ser de otro modo, entre otras materias, sobre su Derecho Civil en los términos que resultan del artículo 149.1.8.^a En este marco constitucional de reencuentro de los pueblos de España con su Historia, con su identidad, en definitiva, consigo mismos, en ese marco de formulación jurídico-constitucional, de reconocimiento desde nuestra Constitución y nuestros Estatutos, de la entidad y de la identidad preexistente al propio bloque de constitucionalidad de los pueblos de España, sigue habiendo uno, el valenciano, al que, pese a los vigorosos principios que inspiran nuestro Ordenamiento Constitucional, ciertas interpretaciones del mismo parecen querer mantenerle en la privación de una parte de su entidad y de su identidad. Una parte de su entidad y de su identidad que perdió traumáticamente, a consecuencia de una victoria de españoles contra españoles producida desde principios y valores radicalmente incompatibles con los

que proclama nuestra Constitución y con los que esta, de manera harto confesa, pretende adentrarse en nuestra, en muchas ocasiones, convulsa Historia reciente para recomponer los residuos aún hoy persistentes de sus fracturas, como es el caso de la fractura de la entidad del pueblo valenciano, del desencuentro al que nuestro pueblo fue forzado con su propia e irrenunciable entidad.

El Derecho Administrativo, el Derecho Penal, el Derecho Tributario, el Derecho Público, en general, y el Derecho Político y Constitucional muy en particular, se pueden sustituir en bloque, se pueden modificar sustancialmente para modificar la estructura de un pueblo sometido a un cambio político sea este la consecuencia de lo que se quiera y, con independencia de la valoración que desde el punto de vista de nuestra respectiva cultura y convicciones políticas merezca la plena o nula participación del pueblo en ese proceso, no podremos negar al mismo cierta congruencia entre los medios y los fines; en cambio, el Derecho Civil, elaboración esencial del pueblo y para el pueblo, se formalice directamente por este en costumbres o con la intervención del Estado legislando no admite, en su evolución, a salvo el juego del principio de orden público, las brusquedades, no admite las aboliciones, ¿puede alguien pensar, tras estas reflexiones, en una supresión en bloque de un Ordenamiento civil, escrito y consuetudinario, y en su sustitución, también en bloque por otro Ordenamiento civil escrito y consuetudinario extraño?, ¿puede alguien entender razonable que le impongan a un ciudadano hacer testamento de forma diferente a como él quiere hacerlo con los límites impuestos por la evolución lógica de la estructura socioeconómica de su propio pueblo?, ¿puede alguien imponer a un hombre y una mujer que quieran casarse que hagan sus capitulaciones matrimoniales de forma diferente a como las han hecho sus antepasados y las quieren hacer ellos?, ¿qué utilidad política se percibe detrás de ese asalto a la autonomía privada?, ¿cabría esperar del pueblo, así maltratado en su identidad, la asunción de tal cambio, o, dicho de otro modo, sería tan radical cambio útil?, pues eso fue lo que Luis XIV vino a decirle a su nieto Felipe V y por eso este devolvió a los aragoneses el Derecho Civil del que les privó, como a los valencianos, y nunca tocó los derechos civiles de Cataluña y las Baleares.

La reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana de 1982 llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, así como la reubicación administrativa y el nuevo impulso del que se dota a la Comisión de Codificación Civil Valenciana y a su órgano asesor, el Observatorio de Derecho Civil Valenciano y, en fin, la aprobación por las Cortes Valencianas de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano, culminan una vieja pretensión manifestada por los valencianos claramente, no solo en el Estatuto de 1982, en los Anteproyectos que le precedieron, y en su reforma de 2006, como luego tendremos ocasión de ver de manera más detenida, sino también en los dos Anteproyectos y en los dos Proyectos de Estatuto de Autonomía que se redactaron durante la II República, especialmente en los

redactados en el primer trimestre del año 1937 y cuya virtualidad fue frustrada por el alzamiento militar del general Franco. Incluso estos proyectos estatutarios republicanos tienen, en la materia que nos ocupa, un precedente citado por el profesor Vicente MONTÉS PENADÉS en trabajo publicado en «Comentario al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana», dirigido por José María BAÑO LEÓN y publicado por Thomson-Civitas; en efecto, el citado catedrático de Derecho Civil, siguiendo la obra «Els Avantprojectes d'Estatut d'Autonomía de la Comunitat Valenciana», publicada por las Cortes Valencianas y encargada a Luis AGUILÓ LÚCIA y Julia SEVILLA MERINO, se hace eco del proyecto de «Constitución para el Estado valenciano» redactado en 1904, en el seno del Partido republicano Federal, en una Asamblea regional celebrada en Alicante, cuyo artículo 49 prevé que «los poderes públicos de la Región» tengan competencia para la «legislación política, civil, penal y procesal».

Podemos decir que los representantes políticos de los valencianos, siempre que las condiciones políticas lo han hecho posible, han reivindicado para los valencianos el Derecho Civil, la competencia legislativa que, en el pasado, durante la época foral del Antiguo Reino de Valencia, alumbró aquel Derecho Civil foral. Y lo hicieron con la convicción de que reclamando el pleno ejercicio de tal competencia posibilitaban el reencuentro de los valencianos con su identidad histórica y armonizaban esa historia, singularmente dolorosa, con los principios y valores democráticos que, desde los respectivos textos constitucionales, permitan la reivindicación.

II. LA COMPETENCIA DE LA GENERALIDAD VALENCIANA PARA LEGISLAR EN DERECHO CIVIL VALENCIANO EN EL ESTATUTO DE 1982

Nuestro primer Estatuto de Autonomía, aprobado por Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, se posicionó respecto de la atribución de la mencionada competencia a la Generalidad Valenciana como si no hubiera habido abolición foral, como si a la entrada en vigor de la Constitución, el 29 de diciembre de 1978, los valencianos tuviéramos nuestro propio Derecho Civil foral.

Aquel Estatuto fue el que más normas contenía, cinco artículos, referidas al Derecho Civil, naturalmente, al Derecho Civil valenciano. El más relevante y significativo de tales artículos era el 31.2, que atribuía a la Generalidad Valenciana competencia exclusiva sobre la «conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil valenciano». Aquel Estatuto, de conformidad con nuestros antecedentes históricos, se producía en términos absolutamente idénticos a los del artículo 9.2 del primer Estatuto catalán, y 27.4 del Estatuto gallego y, en términos que, contemplados con la conveniente ponderación de elementos históricos, jurídicos y sociales, son idénticos, en su significado último, a los de

los estatutos vasco, aragonés, navarro y balear. Ninguna de estas Comunidades Autónomas necesitó Ley Orgánica de Transferencia en este punto, como la que se dictó para los valencianos, la Ley Orgánica 12/1982, por la sencilla razón de que todas estas Comunidades tenían su Derecho Civil Especial o Foral existente al tiempo de entrar en vigor la Constitución. Pero es muy significativo, sin duda, el que aquel Estatuto se produjera en términos tan similares, si no idénticos, a los de los Estatutos de Autonomía de estas Comunidades y que, además, se dictara, para complementarlo, para evitar cualquier duda de constitucionalidad por razón de las competencias asumidas en él por la Generalidad, la citada Ley Orgánica 12/1982, de 10 de agosto, que luego fue derogada por innecesaria por la Ley Orgánica 5/1994, de 24 de marzo.

Por otro lado, contenía aquel Estatuto una verdadera singularidad, un auténtico guiño reintegrador. En efecto, ninguno de los Estatutos de Autonomía vigentes en nuestro país, cuando regulaban los recursos patrimoniales o financieros de sus respectivas Comunidades o Haciendas Autónomas, hacían referencia a los bienes procedentes de las herencias intestadas cuando el causante ostentare, al tiempo de su fallecimiento, la condición jurídica de ciudadano de la respectiva Comunidad Autónoma. Sin embargo, nuestro Estatuto de Autonomía, nos decía esto mismo en su artículo 50.c). Este artículo se repite en el artículo 22.2 de la Ley 3/1986, de 24 de octubre, de Patrimonio de la Generalidad Valenciana.

La naturaleza civil de la norma es incuestionable como lo demuestra, entre otros argumentos, su regulación en sede de Código Civil (arts. 956 a 958 CC) o de leyes de naturaleza civil, sean estas específicamente reguladoras del fenómeno sucesorio (arts. 347 y 348 del Código de Sucesiones de Cataluña; arts. 220 y 221 de la Ley aragonesa 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte) o sean Compilaciones de Derecho Civil Especial o Foral (las leyes 304 y 307 de la Compilación Navarra que regulan la sucesión a favor de la Comunidad Foral Navarra o el art. 51 de la Compilación de Baleares, que se remite al Código Civil para regular la sucesión intestada de quienes tienen vecindad civil balear al tiempo de su fallecimiento).

Era pues el artículo 50.c) de nuestro primer Estatuto de Autonomía una norma de naturaleza civil *ratione materiae* incrustada en nuestra norma institucional básica.

El mismo artículo 50.c) del Estatut nos decía que el causante, cuya sucesión intestada regula, ha de tener la condición jurídica de valenciano, concepto diferente de la condición política de valenciano usado por el mismo Estatut en su artículo 4.1 y que solo podemos referir, a la vecindad civil valenciana; pues bien, la existencia de la condición jurídica o vecindad civil valencianas solo tendría sentido, como en el caso concreto que nos ocupa y regula el artículo comentado, si hubiera un Derecho Civil valenciano distinto del común y aplicable a quienes tuvieran tal vecindad civil valenciana.

Así pues, nuestro Estatuto de Autonomía, con su rango de Ley Orgánica, introduce y contiene una norma de Derecho Civil valenciano, de Derecho de sucesiones y un concepto genuinamente civil, lógicamente previo a la anterior, cual es el de la condición jurídica de valenciano o vecindad civil valenciana.

Como fuera que algunas de las competencias recogidas por nuestro Estatuto de Autonomía pudieran carecer del debido acople con los artículos 148 y 149 de la Constitución, para salvar toda duda de inconstitucionalidad respecto de las mismas, se dictó, al amparo del artículo 150. 2 de la Constitución la Ley Orgánica 12/1982, de 10 de agosto, la Ley Orgánica de Transferencias a la Comunidad Valenciana de Competencias de titularidad estatal.

Por su parte, la Ley Orgánica 12/1994, de 24 de marzo, derogó la Ley Orgánica 12/1982, la cual, como dice el Preámbulo de aquella: «...cumplió en su momento el importante papel de dar cobertura constitucional a las competencias contenidas en el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, que excedían del marco del artículo 148 de la Constitución Española. En el momento actual la necesidad de esta Ley ha quedado superada una vez que por la reforma operada en el Estatuto todas las competencias que se sustentaban en ella han quedado incorporadas a este con carácter plenamente estatutario. Mediante la presente Ley se procede a derogar la indicada Ley Orgánica de transferencia, más que por una necesidad técnica, pues ha quedado sin efecto por la reforma del Estatuto, como confirmación de la asunción estatutaria de todas sus competencias por parte de la Generalidad Valenciana y reconocimiento de su capacidad para el ejercicio de tales competencias». En el mismo sentido, la Disposición Adicional Tercera del Estatut, introducida por la Ley Orgánica 5/1994, de 24 de marzo, nos dice que: «Todas las competencias atribuidas por el presente Estatuto quedan incorporadas a él plenamente, asumiéndose con carácter estatutario por la Generalidad valenciana».

«Asumida» por la Generalidad la exclusiva competencia legislativa respecto al Derecho Civil valenciano por el artículo 31.2 de nuestro primer Estatuto de Autonomía; transferida tal competencia por la Ley Orgánica 12/1982, de 10 de agosto; y confirmada la plena asunción estatutaria de tal competencia y la correlativa capacidad de la Generalidad para su ejercicio por las Leyes Orgánicas 5 y 12/1994, de 24 de marzo, no cabe duda alguna sobre la exclusiva competencia de la Generalidad Valenciana para legislar en materia de Derecho Civil, obviamente de Derecho Civil valenciano, conservándolo, modificándolo y desarrollándolo, como confirma el artículo 49.1.2 del actual Estatuto, refiriendo tal competencia al Derecho Civil Foral valenciano».

III. «LOS ARGUMENTOS» DE «LA POSTURA» DOCTRINAL QUE NIEGA A LA GENERALIDAD VALENCIANA LA COMPETENCIA LEGISLATIVA EN DERECHO CIVIL VALENCIANO

No obstante lo hasta aquí dicho, ha habido y hay autores que sostienen que sin reformar la Constitución, concretamente el artículo 149.1.8.^a de la misma, la Generalidad carece de competencia para legislar en materia de Derecho Civil Valenciano.

El argumento central de esta postura negativa es el de negar valor y eficacia a la transferencia porque el Estado no puede transferir aquello de lo que no es titular, si el Estado no es titular de la competencia para legislar en Derecho Civil valenciano, sino en Derecho Civil sin más, no puede haber transferido a la Generalidad Valenciana la competencia, que no detenta, para legislar sobre Derecho Civil valenciano. Los postulantes de esta teoría sugieren que la transferencia podría valer y producir sus efectos derivadores de la titularidad competencial si se hubiera suprimido, del artículo 31.2 del Estatut, el gentilicio valenciano que tal precepto adjunta al Derecho Civil, pues entonces el Estado habría transferido aquello de lo que es titular, es decir, la legitimidad para legislar en Derecho Civil sin más en los términos que resultan del artículo 149.1.8.^a de la Constitución. Es obvio que el Estado, tanto en la Ley Orgánica 5, como en la Ley Orgánica 12, ambas de 1982, transfirió su competencia legislativa civil a la Comunidad Valenciana, transferencia, con ocasión de la cual, el Derecho Civil se apellidó con el gentilicio propio de los habitantes de la Comunidad Valenciana, pues a no otra cosa que Derecho Civil valenciano iba a dar lugar su ejercicio por la Generalidad. Pero es que el propio Tribunal Constitucional en el inciso final del párrafo tercero del FJ I de su sentencia 121/1992 nos dice que el artículo 31.2 del EACV es un precepto «cuya virtualidad competencial ha de ser entendida, por lo demás, a la luz de lo dispuesto en la Ley Orgánica 12/1982 de transferencias a la Comunidad Valenciana de competencias de titularidad estatal».

IV. LA POSICIÓN DOCTRINAL QUE CONSIDERA QUE EL DERECHO CIVIL VALENCIANO ESTÁ CONFORMADO POR COSTUMBRES CIVILES OBSERVADAS EN LA COMUNIDAD VALENCIANA. CRÍTICA DE LA MISMA

No cabe la menor duda, por lo que resulta de las Leyes Orgánicas 5 y 12 de 1982, de que la competencia legislativa civil se detenta por la Generalidad Valenciana no al amparo del artículo 149.1.8.^a de la Constitución, sino al amparo del artículo 150.2 de la misma, pero ya sin control del Estado al haber quedado derogada la última de las citadas Leyes Orgánicas por la también Ley Orgánica 12/1994, de 24 de marzo, tras la asunción estatutaria de todas las competencias,

por aquella transferidas, por la Generalidad Valenciana en virtud de la Disposición Adicional Tercera del Estatut introducida por la Ley Orgánica 5/1994, de 24 de marzo. Llegados a este punto, hay que reconocer la existencia de tres posiciones doctrinales sobre el alcance, contenido o modo de ejercicio por la Generalidad de la competencia que le atribuía el artículo 31.2 del Estatuto.

Una primera posición, concretamente la sostenida por el Tribunal Constitucional en la sentencia 121/1992, que analizó la constitucionalidad de la Ley de Arrendamientos Históricos Valencianos, entiende que la competencia exclusiva que el artículo 31.2 del Estatut atribuía a la Generalitat Valenciana: «no puede estimarse referida sino al Derecho consuetudinario que, tras la abolición de los Fueros y hasta nuestros días, subsistiera en el territorio de la Comunidad Autónoma, siendo notoria la inexistencia de toda regla escrita que, antes de la Ley hoy impugnada, ordenara en dicho ámbito cualquier instituto civil de modo especial respecto al Derecho común». «No es, pues, dudoso que la Generalidad Valenciana ostenta competencia exclusiva para legislar sobre instituciones que hayan tenido una configuración consuetudinaria específica en su ámbito territorial, competencia que trae causa, como queda dicho, de lo prevenido en el citado artículo 149.1.8 de la Constitución y que se configura en el artículo 31.2 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, precepto, este último, cuya virtualidad competencial ha de ser entendida, por lo demás, a la luz de lo dispuesto en la Ley Orgánica 12/1982, de transferencias a la Comunidad Valenciana de competencias de titularidad estatal». «Mediante el ejercicio de la competencia legislativa autonómica, el anterior Derecho consuetudinario especial valenciano cambia pues de naturaleza, adquiriendo sus normas la condición de Derecho legislado de aplicación preferente, en su ámbito propio, respecto del Derecho Civil común..., y esa es precisamente la finalidad de la Ley impugnada: dar rango de Ley especial a reglas que hasta su adopción no habrían tenido existencia sino como costumbres de mera aplicación supletoria.», «...el presupuesto y la condición de aplicabilidad de estas normas legales, prosigue el Alto Tribunal, residen en la costumbre que recogen, régimen consuetudinario que no solo delimita el objeto, sino el mismo contenido dispositivo del régimen legal. Se quiere decir con ello que los límites constitucionales y estatutarios que condicionan la validez de la Ley son los mismos que esta establece para su aplicabilidad puesto que la misma se incardina y se restringe al objeto mismo ordenado consuetudinariamente».

En definitiva, el Derecho Civil valenciano, cuya competencia en orden a su conservación, modificación y desarrollo se transfiere en exclusiva a la Generalidad Valenciana, se limita a un supuesto Derecho Civil valenciano consuetudinario que podrá ser elevado de rango formal y convertido en Ley escrita, la cual quedará constreñida a regular exactamente el objeto mismo ordenado consuetudinariamente, limitación a la que queda condicionada la validez de la Ley emanada del ejercicio de la competencia atribuida por el artículo 31.2 del Estatuto de Autonomía. Un Ordenamiento civil foral valenciano de estas características solo podría

dar lugar, con su existencia, a incrementar los niveles de inseguridad jurídica e imprevisibilidad contra la exigencia que resulta del artículo 9.3 CE, al pretender su construcción con unas características tan imprecisas e incompletas como las resultantes de la simple elevación a rango formal de Ley escrita de unas escasas y muy imprecisas costumbres, normas que habrían de cohonestarse con el restante Ordenamiento civil estatal con el que han de convivir de manera harto precaria y sumamente inestable que reclamará la permanente intervención delimitadora y aclaradora de los Tribunales de Justicia, incluso del propio Tribunal Constitucional, al presuponer tal acotamiento en su aplicación una previa interpretación de las respectivas atribuciones constitucionales y estatutarias de competencias.

Es básico no perder en ningún momento de vista el fundamental párrafo tercero del FJ 1 de la sentencia 121/1992, del TC porque, en él, el alto Tribunal deja claro que la competencia de la Generalidad para conservar, modificar y desarrollar el Derecho Civil valenciano tiene su «virtualidad competencial» en la Ley Orgánica 12/1982, la conocida como LOTRAVA, y también reconoce que la competencia «trae causa... de lo prevenido en el artículo 149.1.8.ª de la Constitución». O sea que, como luego veremos, el TC tras reconocer la transferencia de la competencia por el Estado a la Comunidad Valenciana vincula su ejercicio a la tutela constitucional de la foralidad civil. Hasta ahí la posición del TC no nos merece crítica alguna, sino, todo lo contrario, una total y absoluta coincidencia. En un momento determinado de la realidad social y jurídica española, en general, y valenciana, en particular, se plantea al TC que enjuicie la constitucionalidad de una norma que, por confesión propia, recoge costumbres inveteradas relativas a los llamados arrendamientos históricos valencianos; el TC sienta la doctrina que sienta, cuyo punto de partida es irreprochable, aunque, como luego veremos, cuando se redacta el actual Estatuto, aprobado por la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, la «atenta observación de la realidad» social, jurídica y económica valenciana y los análisis estructurales hechos por la doctrina de la propia sentencia citada llevan al estatutario, partiendo de la misma base de la que partió la sentencia 121/92, a plantear un coherente desenvolvimiento de la misma.

V. LA POSICIÓN DOCTRINAL QUE ESTIMA QUE EL CONTENIDO DE LA COMPETENCIA LEGISLATIVA DE LA GENERALIDAD VALENCIANA EN MATERIA DE DERECHO CIVIL ALCANZA TODO EL CONTENIDO DEL DERECHO CIVIL SALVO LAS MATERIAS RESERVADAS, EN TODO CASO, AL ESTADO POR EL ARTÍCULO 149.1.8.ª DE NUESTRA CONSTITUCIÓN O TESIS DE LA COMPETENCIA SIN CONEXIÓN FORAL. CRÍTICA DE LA MISMA

Otra posición doctrinal parte de la «asunción» estatutaria de la competencia, primero transferida por el Estado, en los términos antes referidos, y entiende el

contenido de esta como coincidente plenamente con el que el Estado, al amparo del artículo 149.1.8.^a de la Constitución puede transferir, es decir, el contenido transferido sería la competencia exclusiva para legislar en Derecho Civil, generando Derecho Civil valenciano, en todas las materias, salvo en aquellas que el propio artículo 149.1.8.^a de la Constitución residencia de modo esencial en el Estado, es decir, quedaría compuesta la transferencia por la competencia para legislar en todo el contenido propio del Derecho Civil, salvo en lo concerniente a «las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial». Salvo en estas materias, en todo caso de la competencia exclusiva del Estado, se entiende que la Generalidad Valenciana podría legislar en todas las demás que conforman el Derecho Civil, produciendo, de esta forma, Derecho Civil valenciano.

Esta posición tiene algunos elementos criticables, siendo el primero y más importante la desviación originaria que encierra respecto a la doctrina de la sentencia 121/92 en cuanto que no causaliza la competencia transferida en la tutela constitucional de la foralidad civil; es decir, contradice el régimen de la garantía constitucional de la foralidad civil del artículo 149.1.8.^a de la Constitución. En efecto, el citado artículo residencia en el Estado la competencia legislativa civil salvo por lo que se refiere a la competencia para conservar, modificar y desarrollar los Derechos civiles especiales o forales allí donde existan, de suerte que no contempla una competencia legislativa civil en las Comunidades Autónomas desconectada del Derecho Civil Especial o Foral.

La propuesta defendida por esta teoría coincide sustancialmente con el modelo de atribución competencial en materia legislativa civil diseñado por el artículo 15.1 de la Constitución republicana de 1931, que, reservando en todo caso para el Estado un elenco de materias muy similar al relacionado en el artículo 149.1.8.^a de nuestra actual Constitución, atribuía a las regiones autónomas la ejecución del resto de la legislación civil, «en la medida de su capacidad política, a juicio de las Cortes» y sin conexión alguna con antecedente civil foral o especial alguno. Es evidente pues, la diferencia entre el modelo de atribución de la competencia legislativa civil seguido por nuestra actual Constitución y el que consagró la, también nuestra, Constitución Republicana de 1931.

Por la vía de la Ley Orgánica de transferencia del artículo 150.2 de nuestra Constitución, el Estado puede transferir a las Comunidades Autónomas competencias de su titularidad que no sean esencialmente intransferibles, pero no puede hacerlo contraviniendo modelos constitucionales y generando, con ello, resultados inarmónicos con el resto del Ordenamiento, a menos que un principio o valor constitucional superior, recogido en alguna norma de la misma Cons-

titución, permita devolver su esencial armonía al bloque de constitucionalidad. No es el caso. Ningún principio o valor constitucional positivado en nuestra Norma Fundamental da cobertura suficiente a esta posición sobre el contenido o modo de ejercicio de la competencia atribuida a la Generalidad Valenciana por el artículo 31.2 del Estatuto de Autonomía de 1982 y por el artículo 49.1.2 del Estatuto de Autonomía de 2006. Nuestra Constitución garantiza la foralidad civil, pero no el ejercicio por las Comunidades Autónomas de una genérica competencia legislativa civil sin conexión o anclaje alguno con la citada foralidad civil.

De admitir esta posibilidad, cabría que el Estado transfiriera su competencia legislativa civil a todas las Comunidades Autónomas, tuvieran o no tradición civil Especial o Foral, con lo que por la vía de sucesivas Leyes Orgánicas de transferencia quedaría totalmente modificado el criterio constitucional de atribución de la competencia legislativa civil a instancias diferentes del propio Estado en función, exclusivamente, de la garantía de la foralidad. Esta modificación constitucional se produciría con desconocimiento de la jerarquía normativa, de la seguridad jurídica y del procedimiento previsto en la propia Constitución para su modificación produciendo, en consecuencia, una situación carente de la necesaria cobertura constitucional para su admisibilidad.

Por otro lado, si aceptáramos la interpretación que sobre el contenido o modo de ejercicio de la competencia atribuida a la Generalidad Valenciana por el artículo 31.2 del anterior Estatuto y el 49.1.2 del actual, resultaría que estaríamos produciendo un efecto ciertamente paradójico respecto de las Comunidades Autónomas a las que, por tener Derecho Civil Especial o Foral, la Constitución les garantiza tal foralidad, permitiéndoles su conservación, modificación y desarrollo. Resultaría que las Comunidades Autónomas a las que el Estado transfiriera la competencia que tiene al amparo del artículo 149.1.8.^a podrían legislar en materia civil con un alcance y amplitud, al menos teóricamente, superior al de las Comunidades Autónomas con Derecho Civil Especial o Foral propio e históricamente diferenciado del castellano; aunque forzoso sea reconocer que en la realidad, al menos de alguna Comunidad Autónoma, la legislación civil ha superado la conexión foral e incluso ha invadido de lleno materias en todo caso reservadas al Estado. Tampoco tendría sentido hablar de «conservación, modificación y desarrollo» del Derecho Civil valenciano si la correspondiente competencia tuviera el origen y alcance que pretende este sector doctrinal, salvo que entendiéramos que el originario Derecho Civil valenciano no era otra cosa que el Derecho Civil común, es decir el del Estado y lo que el Estado transfiere es la competencia para conservarlo, modificarlo y desarrollarlo, interpretación que queda del todo imposibilitada cuando el estatutario de 2006 introduce, en el artículo 49.1.2.^a la palabra «foral».

Además, tal resultado sería redundante. Es lógico, de elemental sentido común, pensar que tal transferencia de la capacidad normativa civil por parte del Estado solo se produzca a favor de la Comunidad Valenciana, ya que las

Comunidades Autónomas con Derecho Civil Especial o Foral al tiempo de entrar en vigor la Constitución el 29 de diciembre de 1978 ya tienen la competencia legislativa que les reconoce el propio artículo 149.1.8ª de la Constitución y para las demás, salvo la valenciana, carecería de sentido la transferencia ya que siendo territorios tradicionalmente de la órbita del Derecho Civil castellano, históricamente tan foral como los demás, aunque hoy cristalizado en el Código Civil, es decir, territorios de Derecho Civil común, su Derecho Civil es, sin contradicción alguna con la esencia de tal Derecho, ni con la Historia de tales Comunidades, ni con los principios y valores de nuestra Constitución, el Derecho Civil que legisla el Estado en uso de la competencia que le atribuye el propio artículo 149.1.8.ª de la Constitución. Una interpretación que produce una conclusión solo válida para una Comunidad e innecesaria o inaplicable para las demás no puede satisfacer desde la lógica de los principios que rigen la interpretación de las normas jurídicas.

VI. LA POSICIÓN DOCTRINAL QUE ESTIMA QUE EL PUNTO DE PARTIDA DEL EJERCICIO DE LA COMPETENCIA LEGISLATIVA DE LA GENERALIDAD VALENCIANA, EN MATERIA DE DERECHO CIVIL, ESTÁ CONFORMADO POR LAS NORMAS CIVILES FORALES ACTUALIZADAS Y CONSTITUCIONALIZADAS O TESIS DE LA NECESARIA CONEXIÓN FORAL EN EL EJERCICIO DE LA COMPETENCIA. EXAMEN ESPECIAL DEL VALOR, A ESTOS EFECTOS, DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA DE LA CONSTITUCIÓN

Como antes decía, *cuando el legislador estatutario de 2006, con ocasión de la reforma del Estatuto de 1982, se plantea qué hacer con la competencia legislativa civil de la Generalitat, parte de una atenta observación de la realidad social, jurídica y económica valenciana y de los análisis de la doctrina respecto a la consistencia y armonía estructural intrínseca de la sentencia 121/92 del TC, manteniendo una plena adhesión a la doctrina del Alto Tribunal respecto de la naturaleza transferida de la competencia, luego asumida estatutariamente en virtud de la disposición adicional tercera del Estatut añadida por la Ley Orgánica 5/1994 de 24 de marzo, competencia «que trae causa» o se justifica en la realización de la tutela constitucional de la foralidad civil.*

La atenta observación de la realidad social, jurídica y económica valenciana ha puesto de manifiesto que, tras más de trece años de aplicación de la doctrina emanada de la sentencia 121/1992 del TC, la Generalitat no ha podido dictar ni una sola norma de Derecho Civil valenciano, dado el estrangulamiento, la anulación en la práctica, de la competencia transferida que tal doctrina ha significado. No es científicamente defendible sostener que el Derecho Civil

valenciano está conformado por la legislación sobre las dieciocho materias más o menos relacionadas con el Derecho Civil contenidas en los artículos 31 a 34 de nuestro primitivo Estatut o las equivalentes contenidas en los artículos 49 a 51 del actual Estatuto, ya que no tendría sentido que el legislador cometiera la reiteración de atribuir la competencia exclusiva para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil valenciano a la Generalidad y luego le atribuyera además la competencia exclusiva para legislar en materia de Patrimonio histórico, artístico o en materia de urbanismo y vivienda o de montes, cooperativas, pesca, fundaciones o propiedad intelectual, como desarrollo de la competencia en materia de Derecho Civil Foral Valenciano, al que técnicamente no equivalen, ya que ello equivaldría a admitir que nuestro legislador estatutario se refería a lo mismo en los distintos apartados de los artículos 31 a 34, actuales artículos 49 a 51 del Estatut, que aquí nos interesan, es decir, habría sido reiterativo, cuando lo lógico es pensar que cada uno de los apartados de los citados artículos del Estatuto se referían a materias distintas, sobre todo si tenemos en cuenta la gran importancia de la cuestión que regulan que no es otra que la relativa a la asunción de las competencias por la Generalidad; lo lógico es entender que el Derecho Civil valenciano es algo distinto de esas materias, más o menos relacionadas con él, enumeradas en los citados artículos de nuestro anterior Estatuto de Autonomía y que solo puede estar integrado por las antes citadas materias características y tradicionalmente consideradas como propias del Derecho Civil. Aunque tales materias adyacentes o colindantes, puedan incidir, algunas de ellas sobre el Derecho Civil o sean materias interdisciplinarias en la mayoría de los casos; pero es evidente, por ejemplo, que la limitación de la propiedad que resulta del ejercicio de la función pública de urbanizar, para cuya regulación también tiene competencia la Generalitat, no significa que, cuando esta elabora normas urbanísticas, esté legislando sobre Derecho Civil ya que una cosa es comprimir el contenido de facultades de un derecho subjetivo por un interés superior y general y en consideración a su función social y otra distinta es regularlo o normar sobre él desde dentro del mismo derecho y en consideración exclusiva a su propio fundamento y finalidad.

Sentado lo anterior, es decir, que la interpretación que hizo el TC en la sentencia 121/92, sobre la forma de ejercicio y ámbito de la competencia legislativa civil de la Generalitat no posibilitó el alumbramiento de norma civil alguna y dado que el legislador estatutario se propone como objetivos fundamentales de la reforma del Estatut, como resulta claramente del Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, «...disponer de un Estatuto que, dentro del marco constitucional, esté equiparado al más alto nivel ... que permita a nuestro autogobierno gozar de un techo competencial lo más alto posible» y, de otro, «el reconocimiento de la Comunidad Valenciana como Nacionalidad Histórica... por su Derecho Civil Foral», *era evidente que el reformador del Estatut de 1982 no podía prescindir de la competencia legislativa civil para, a fin de cuentas,*

acabar devolviéndosela al Estado que se la transfirió, lo que habría sucedido de seguir, sin más, la sentencia 121/92 del TC, sino que tenía que plantearse, siguiendo precisamente la doctrina del Alto Tribunal, hasta donde fuera posible, una superación o desenvolvimiento lógico de la misma que no produjera el efecto comprobado de vaciamiento competencial y, al mismo tiempo, en cuanto que asumía el punto de partida y también gran parte de tal doctrina del TC y tan solo proponía su desarrollo o desenvolvimiento lógico, que gozara de toda la cobertura y amparo de nuestro bloque de constitucionalidad.

Por otro lado, como antes decía, la doctrina analizó con detenimiento la estructura de la sentencia y encontró, más de trece años después, algunas quiebras de lógica y construcción que quizás permitieran entender la inoperancia práctica de la doctrina en ella establecida.

Considero, cuanto menos, dudoso que se pueda entender como Derecho Civil valenciano el «Derecho consuetudinario que, tras la abolición de los Fueros y hasta nuestros días, subsistiera en el territorio de la Comunidad Autónoma», como dice el TC en el párrafo segundo del FJ 1 de su sentencia 121/1992. Es decir, no se puede compartir que Derecho Civil valenciano, así entendido, sea un Derecho distinto y diferenciado del Derecho Civil Común contenido en nuestro Código Civil o esté ubicado fuera del ordenamiento jurídico que, de alguna manera, preside y encabeza el Código Civil.

En efecto, conviene que recordemos que el Decreto abolicionista de 29 de junio de 1707 ordenaba, literalmente, «...abolir y derogar enteramente todos los referidos Fueros, privilegios, práctica y costumbre hasta aquí observados en los referidos Reinos de Aragón y Valencia; siendo mi voluntad que estos se reduzcan a las Leyes de Castilla y al uso, práctica y forma de gobierno que se tiene y ha tenido en ella y en sus Tribunales sin diferencia alguna en nada», y el Decreto de 29 de julio de 1707 empieza diciendo: «Por mi Real Decreto de 29 de junio próximo fui servido derogar todos los Fueros, Leyes, usos y costumbres de los Reinos de Aragón y Valencia, mandando se gobiernen por las Leyes de Castilla...». Consecuentemente debemos de considerar que, tan derogados como el Derecho Civil escrito de Els Furs, quedó derogada toda la costumbre de la época foral en su función de fuente del Derecho. Tras la abolición, la costumbre, como fuente del Derecho, quedó reducida, entre nosotros, a las conductas que merecieran la consideración de tal costumbre en el marco del Derecho castellano que pasó a aplicársenos, constituido por el Ordenamiento de Alcalá, por las Leyes de las Siete Partidas, fueros y pragmáticas reales, todos ellos recogidos y refundidos en la Novísima Recopilación, aprobada y mandada imprimir el 2 de junio de 1805.

Así están las cosas cuando en 1889 se publica el Código Civil, cuyo artículo 1976, siguiendo la Base 27, en la redacción que se le dio en la primera edición del Código, decía: «Quedan derogados todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyen el Derecho Civil de Castilla en todas las materias

que son objeto de este Código, aunque no sean contrarias a él...». La segunda edición del Código Civil, sin explicación alguna sobre el cambio, que, por lo demás tampoco era muy necesaria desde su cegadora claridad, deja redactado el artículo 1976, tal y como está en la actualidad, en los siguientes términos: «Quedan derogados todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyen el Derecho Civil común en todas las materias que son objeto de este Código y quedarán sin fuerza y vigor, así en su concepto de leyes directamente obligatorias, como en el de derecho supletorio. Esta disposición no es aplicable a las Leyes que en este Código se declaran subsistentes». Los valencianos pasamos, pues, a regirnos por el Código Civil; en cuanto a las costumbres, quedaron derogadas las costumbres que los valencianos habíamos ido elaborando al amparo del Derecho castellano que sustituyó a Els Furs, costumbres que quedaron derogadas, no solo si eran contrarias al Código Civil, sino también si, como derecho supletorio, podían tener la consideración de costumbres «extra» o *praeter legem*, quedando solo vigentes, dentro del Ordenamiento presidido por el Código Civil, como fuente del Derecho dentro del mismo y debido exclusivamente a su reconocimiento como tales por el propio Código, las costumbres *secundum legem*, únicas invocables ante los tribunales y demás instancias competentes como fuente de derechos y obligaciones.

La costumbre que, a partir de la entrada en vigor del Código Civil, elaboramos los valencianos es Derecho Civil común, tan común como el Código que esa costumbre interpreta y desarrolla, tan común como el Código que le reconoce el valor de fuente del Derecho, no siendo pues correcto predicar de ella la condición de Derecho Civil valenciano como algo diferente del Derecho Civil común, como si la equiparáramos a la costumbre catalana o aragonesa, las cuales se producen dentro de un Ordenamiento presidido por unas Leyes civiles propias que la reconocen y le dan valor; a esa costumbre, de fuente del Derecho Civil catalán o aragonés.

Entre nosotros puede haber costumbres que, desde un punto de vista histórico y a efectos exclusivamente didácticos, quepa sostener que, procediendo de la época de los romanos o de los visigodos o de los musulmanes o traídas a nuestras tierras desde otras más lejanas y habiendo arraigado entre nosotros, sean «costumbres romanas o visigodas o árabes», pero nadie creo que pueda sostener que esas costumbres constituyen, hoy en día, Derecho Civil romano o visigodo o árabe, sino que solo pueden ser y son Derecho Civil común, que es el Derecho Civil que rige entre nosotros. Creo que lo mismo cabe decir de las costumbres que puedan pervivir entre nosotros, tengan un origen foral o más próximo.

Una costumbre de tiempos pretéritos, observada desde tiempo inmemorial es, material y formalmente considerada, parte del Derecho vigente que fija sus requisitos y reconoce su valor como fuente del Derecho. Un derecho supletorio lo es porque es llamado en tal función por el Ordenamiento al que complementa,

formando, por ello, por esa llamada, parte de él, pero no es otro Ordenamiento distinto que coexiste con el complementado. Si los valencianos no tenemos un Derecho Civil autóctono, propiamente valenciano, porque nos fue abolido y tenemos el Código Civil que conforma el Derecho Civil común, por oposición a los especiales o forales (balear, catalán, aragonés, navarro, vasco, gallego, etc. . .), los valencianos no tenemos un Derecho Civil valenciano, ni escrito, ni, por lo mismo, consuetudinario, sino que nuestro Derecho Civil es el Derecho Civil común. No creo que se pueda negar la existencia de un Derecho Civil valenciano de rango legal y admitir la existencia de uno de rango consuetudinario, cuando uno y otro nos fueron igualmente abolidos, o, mejor incluso, el consuetudinario nos fue abolido una vez, en 1707, y otra vez en 1889, aunque esta segunda vez mejor debiéramos hablar, quizás, de una pseudo abolición, toda vez que el Derecho castellano que nos fue aplicado tras la abolición foral se sucedió a sí mismo tras el proceso codificador.

Siguiendo con el análisis crítico de la sentencia 121/92 del TC, esta entiende que la competencia legislativa civil de la Generalitat se desenvolverá redactando leyes que recojan el régimen consuetudinario, costumbres que, de esta manera, quedarán convertidas en Leyes, alterando así su rango originario; además, esas leyes no podrán regular un ámbito social diferente del que regulaba la costumbre que acogen ni hacerlo de un modo distinto a como lo hacía esa costumbre que, «tras la abolición de los Fueros y hasta nuestros días, subsistiera en el territorio de la Comunidad Autónoma». Dos objeciones cabe hacer a este planteamiento:

1. En efecto, el TC dice en la mencionada sentencia que: «...El presupuesto y la condición de aplicabilidad de estas normas legales (las que plasman el ejercicio de la competencia elevando costumbres a rango de ley) residen en la costumbre que recogen, régimen consuetudinario que no solo delimita el objeto, sino el mismo contenido dispositivo del régimen legal» [FJ 2, apartado b) del párrafo sexto]. De suerte que el TC viene a decirnos que la elevación formal de rango de la costumbre dará lugar a una ley que tendrá por objeto la realidad social regulada por la costumbre y por contenido normativo el mismo que el de la costumbre, lo que teniendo en cuenta el carácter local y diverso de la costumbre, plantea la imposibilidad de crear una norma legal con pretensiones de aplicación general en todo el territorio de la Comunidad que contenga un régimen legal único que necesariamente coincidirá con el de la costumbre en ciertos lugares pero diferirá del régimen consuetudinario observado en otros lugares y del no régimen consuetudinario de los territorios en los que no existiera costumbre alguna que rigiera esa parte de la realidad social, lo que hace inobservable o incumplible el requisito exigido al legislador valenciano por el TC en la letra b) del FJ 2 de la sentencia 121/92, en el sentido de que la Ley que formaliza la antes costumbre se limite al objeto social por ella regulado y copie exclusivamente su mismo régimen normativo.

2. Por otro lado, las costumbres, pretendidamente forales, ya las teníamos los valencianos como fuente de nuestro Derecho Civil común, de modo que para su conservación y el mantenimiento de su eficacia jurídica entre nosotros no hacía falta que el Estado nos transfiriera competencia alguna. Desde luego, según el TC, tampoco se nos transfirió por el Estado competencia alguna para modificarlas ni para desarrollarlas dado que el régimen consuetudinario delimita, según el Alto Tribunal, el objeto y el contenido dispositivo del régimen legal que, de esta manera, en nada puede modificar ni desarrollar el ya existente régimen consuetudinario. Es muy difícil, por no decir imposible, entender que con esa interpretación del TC se le está transfiriendo a la Generalidad algo que tenga que ver con legislar, con redactar y promulgar leyes en las Cortes valencianas, en el sentido en el que la propia Constitución entiende, formal y materialmente, lo que es legislar, ya que las Cortes valencianas se han de limitar a recoger el contenido dispositivo consuetudinario y, sin más, convertirlo en Ley escrita cambiando solo su rango normativo y el ámbito de su aplicación que de local pasa a general en todo el territorio de la Comunidad contra lo que, según vimos, la propia sentencia ordena. *En definitiva, lo que, según el TC, transfirió el Estado a la Generalitat fue una competencia consistente, más que en legislar, en tomar una decisión sobre la aplicación y eficacia de una norma consuetudinaria preexistente, una decisión cuya adopción se incardinaba, más que en una competencia legislativa civil propiamente dicha, en una competencia que, contemplada desde la óptica de los resultados prácticos que produce o debería producir, más parece una competencia para dictar preceptos sobre aplicación y eficacia de las normas, lo que es una competencia, esa sí, reservada en exclusiva y en todo caso al Estado por el artículo 149.1.8.ª CE. Todo ello sin olvidar, además, que con el ejercicio de la competencia que estudiamos, así entendido, no se conserva, ni se modifica, ni se desarrolla el que se pretende que sea el Derecho Civil valenciano, nuestro Derecho consuetudinario foral, sino que se le destruye y se le sustituye, pues no otra cosa se hace con una costumbre cuando se la convierte en Ley y, en cambio, la competencia era para conservar, modificar y desarrollar, no para destruir y sustituir.*

Lo aquí sostenido sobre el papel de nuestras costumbres jurídico-civiles en lo que debería ser el Derecho Civil valenciano encuentra apoyo en la *mens legislatoris* del autor conjunto estatal y autonómico de los Estatutos de Autonomía; en efecto, nuestro primer Estatuto aprobado por la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio. Antes se había aprobado el Estatuto de Autonomía de Asturias por Ley Orgánica 7, de 30 de diciembre de 1981, cuyo artículo 16 dice que: «El Principado de Asturias impulsará la conservación y, en su caso, compilación del Derecho consuetudinario asturiano». Poco antes que el nuestro, el 9 de junio de 1982, se había aprobado el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Murciana, cuyo artículo 8 empieza diciendo que la Comunidad Autónoma prestará especial

atención al Derecho consuetudinario de la región. Después de nuestro Estatuto de Autonomía se aprobó el de Extremadura por Ley Orgánica 1, de 25 de febrero de 1983, en cuyo artículo 12 se dice que corresponde a la Comunidad Autónoma la defensa y protección de las peculiaridades de su Derecho consuetudinario. Tres Estatutos de Autonomía, dos anteriores y otro posterior en el tiempo al nuestro, concretan, para sus respectivos territorios, la atribución competencial del artículo 149.1.8.^a de la Constitución en sus derechos consuetudinarios y ello de conformidad con sus antecedentes históricos y su pertenencia a la zona territorial de vigencia del Derecho foral castellano, tan foral como el valenciano, aunque a la postre acabara imponiéndose primero tras la abolición y luego con la codificación. Es obvio que no hizo lo mismo nuestro Estatuto de Autonomía, como no podía ser de otro modo a la luz de nuestra Historia; en efecto, nuestro Estatuto de Autonomía, de conformidad con nuestros antecedentes históricos, se produjo en términos absolutamente idénticos a los del artículo 9.2 del Estatuto catalán, hoy artículo 129 del Estatut de 2006 y 27.4 del Estatuto gallego y, en términos que, contemplados con relatividad histórica, jurídica y social, son idénticos, en su significado último, a los de los estatutos vasco, aragonés navarro y balear este último reformado por la Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, que se ocupa de esta materia en su artículo 30.27.

Forzoso es admitir, por todo lo dicho, que la competencia queda, con la interpretación que hace el TC de la transferencia, irreconocible e imposible de ejercitar y si pudiera ejercitarse, cosa que no ha sucedido en la práctica y en el terreno puramente teórico, es sencillamente imposible, como acabamos de ver, tal ejercicio habría dado como resultado la conversión en leyes, con extrema fidelidad al régimen dispositivo de la costumbre transformada y a su ámbito de aplicación, de usos referidos a ciertos contratos agrícolas de venta de cosechas, a las relaciones de vecindad entre predios rústicos, a la pesca en aguas interiores, al testamento mancomunado, costumbre contraria el artículo 669 del Código Civil y al *ius usus inocui* de los arrozales conocido como *herbatge*. Es difícil encontrar un anclaje correcto de la interpretación del TC en la intención del legislador orgánico que, primero, transfiere y luego asume la competencia legislativa de la Generalitat en materia de Derecho Civil Foral. Es difícil casar tal interpretación con los principios tradicionales de la hermenéutica jurídica que buscan siempre dar a las normas la interpretación que las haga producir los máximos efectos, principio de especial oportunidad referido a las leyes que integran el bloque de constitucionalidad.

A la vista de estas reflexiones, de los objetivos de la reforma estatutaria y de las posibilidades de desarrollo que brinda la propia doctrina del TC, el legislador que reformó el Estatut, el legislador de las Cortes Valencianas y de las Cortes Generales, se planteó una profundización de la competencia transferida con el único objeto de hacerla real, útil y congruente con el propio significado de una transferencia competencial, con la tutela constitucional de

la foralidad civil, con la elevación del techo competencial de la Generalitat y con la conceptualización de la valenciana como una nacionalidad histórica. El resultado de tales premisas y objetivos fue la redacción que en nuestra norma institucional básica se dio al párrafo trece del Preámbulo del Estatuto cuando nos dice que: «el desarrollo legislativo de las competencias de la Generalitat, en plena armonía con la Constitución española, procurará la recuperación de los contenidos de los Fueros del Reino de Valencia, abolidos por la promulgación del Decreto de 29 de junio de 1707», refiriéndose, pues, de manera expresa a los Fueros y no a la mera costumbre. También el artículo 7 del Estatut dice que: «El desarrollo legislativo de las competencias de la Generalitat procurará la recuperación de los contenidos correspondientes de los Fueros del histórico Reino de Valencia en plena armonía con la Constitución y con las exigencias de la realidad social y económica valenciana» y la Disposición Transitoria Tercera que: «La competencia exclusiva sobre el Derecho Civil Foral valenciano se ejercerá por la Generalitat en los términos establecidos por este Estatuto a partir de la normativa foral del histórico Reino de Valencia, que se recupera y actualiza al amparo de la Constitución española». No son estos los únicos preceptos que contienen menciones a nuestro Derecho Civil Foral, también se refieren a este el artículo 3.4, el 7, el 36, el 49.1.2.a), el 58 y la Disposición Transitoria Tercera del Estatuto.

Recuperando el Derecho Civil escrito de nuestros Furs es como tendrá sentido técnico hablar de una costumbre propiamente valenciana y foral como hace el TC, es como tendrá sentido y contenido la competencia transferida y es como se tutelarán la foralidad civil al máximo, precisamente recuperando, desde los valores y principios constitucionales y estatutarios, un Derecho Foral del que se privó a sus creadores y destinatarios como consecuencia de una guerra, de una victoria de españoles contra españoles ... una victoria parcial y no de España entera, un resultado a todas luces incompatible con los valores constitucionales y con la conceptualización de la valenciana como una Nacionalidad Histórica.

Como dice el TC en la sentencia de 12 de diciembre de 2007, FJ 7: «la Constitución, que sí fija las materias de competencia estatal, no especifica directamente el contenido o alcance ni de las materias, ni de las funciones materiales sobre las que se proyecta aquella, ni tampoco contiene reglas expresas de interpretación que inmediatamente permitan concretar dicho contenido o alcance, lo que, en última instancia, solo corresponde precisar a este Tribunal Constitucional en el ejercicio de su jurisdicción». Y si bien es cierto que en el FJ 8 la citada sentencia dice que: «el legislador ordinario no puede dictar normas meramente interpretativa, cuyo exclusivo objeto sea precisar el único sentido, entre los varios posibles, que debe atribuirse a un determinado concepto o precepto de la Constitución, pues, al reducir las distintas posibilidades o alternativas del texto constitucional a una sola, completa de hecho la obra del poder constituyente y se sitúa funcionalmente en su mismo plano, cruzando al hacerlo la línea divisoria

entre el poder constituyente y los poderes constituidos», no es menos cierto que aquí nos estamos refiriendo al legislador estatutario, al legislador que alumbró la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de reforma del estatuto de 1982 y respecto de él dice el TC en el FJ 10 de la misma sentencia que: «Ahora bien, el legislador estatutario para poder cumplir con la función que la Constitución le atribuye ha de partir de una interpretación del Texto constitucional de especial amplitud, en atención a la doble dimensión normativa que tiene el Estatuto de Autonomía... es una norma estatal, con categoría de Ley Orgánica, integrante del bloque de la constitucionalidad y, de otro lado, ...el Estatuto es también la norma institucional básica de la Comunidad Autónoma y, por tanto, norma de cabecera de su ordenamiento». El TC prosigue diciendo que el Estatuto «puede realizar su función atributiva de competencias a la Comunidad Autónoma», las competencias a las que se refiere el artículo 149.3. de la Constitución, lo que conlleva delimitar el alcance de las competencias estatales, pero lo que no puede hacer, en ningún caso, es «quebrantar el marco del artículo 149.1 CE, desnaturalizando el contenido que sea propio de cada materia y que permite su reconocibilidad como institución. *Lo importante, en este sentido, es que el Estatuto de Autonomía, si en ocasiones hubiere de realizar alguna precisión sobre el alcance de las materias de competencia estatal, lo haga para favorecer la mayor concreción de las competencias autonómicas que se correlacionan con ella y que, al hacerlo, no impida el despliegue completo de las funciones propias de la competencia estatal regulada en el artículo 149. 1. CE de que se trate.* Solo si se satisfacen estas exigencias, tal modo de proceder resultará acorde a la Constitución». Traigo a colación esta doctrina del TC, siendo plenamente consciente de que, en la sentencia citada, el TC está refiriéndose a las competencias atribuibles por el Estatuto, las del artículo 149.3 CE, y a los límites de la correlativa atribución estatutaria en cuanto afecte a las competencias estatales del artículo 149.1 CE; *pero, me pregunto si tales límites, es decir, no desnaturalizar «el contenido que sea propio de cada materia y que permita su reconocibilidad como institución» no deberían ser, por pura lógica, igualmente observados por el TC cuando interpreta el alcance y forma de ejercicio por una Comunidad Autónoma, no de una competencia atribuible y asumida de las del artículo 149.3 CE, sino de una competencia de las del artículo 149.1 CE transferida por el Estado al amparo del artículo 150.2 CE y luego estatutariamente asumida por una LO, la 5/1994, posterior a la sentencia 121/1992, de suerte que tal interpretación no pueda desnaturalizar el contenido que sea propio de tal materia y «que permite su reconocibilidad como institución», como hace con la competencia legislativa civil de la Generalitat, la sentencia 121/1992, lo que motiva, entre otras razones, su desenvolvimiento lógico por el Estatuto de 2006 a partir de las mismas premisas admitidas por el propio TC.*

VII. EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA LA LEY 10/2007, DE 20 DE MARZO, DE RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL VALENCIANO

Para terminar este trabajo, es inevitable hacer una referencia al recurso de inconstitucionalidad número 9888-2007, interpuesto por el Excelentísimo Señor Presidente del Gobierno de la Nación contra la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat, el 21 de diciembre de 2007, admitido a trámite por providencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 17 de abril de 2008, la cual fue publicada en el *BOE* de 22 de abril de 2008. Tal admisión a trámite comportaba la suspensión automática de la entrada en vigor de la referida Ley, que estaba prevista para el día 25 de abril de 2008, toda vez que tal efecto era consecuencia, conforme al artículo 30 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, de la invocación por parte del Presidente del Gobierno del artículo 161. 2 de la Constitución.

El mismo día en el que la Ley recurrida debió entrar en vigor, el Tribunal Constitucional notificó a la Generalitat la concesión de un plazo de cinco días hábiles para oponerse a la suspensión de la entrada en vigor, presentándose por la Abogacía General de la Generalitat las pertinentes alegaciones contra la suspensión dentro del citado plazo que concluyó el día 6 de mayo a las 14 horas.

Esta es la situación actual y, por el momento, final de un camino que se inició cuando la Comisión de Seguimiento de Actos y Disposiciones de las Comunidades Autónomas del Ministerio de Administraciones Públicas, examinó, en su reunión del día 14 de mayo de 2007, la Ley de la Comunidad Valenciana 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat, de Régimen Económico-Matrimonial Valenciano, «con respecto a la cual y a iniciativa del Ministerio de Justicia, se han planteado determinadas discrepancias en relación con los artículos 15, 17.2, 27.2, 30, 33, 37, 39, 42, 46, 47 y 48».

A la vista de la citada discrepancia, referida a nueve artículos y a dos párrafos de otros dos artículos, el Director General de Desarrollo Autonómico del Ministerio de Administraciones Públicas, comunicó, el 29 de mayo de 2007, a la Secretaría Autonómica de Política Institucional de la Generalitat su opción por el cauce cooperativo previsto en el artículo 33. 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que «permitiría la búsqueda de la solución adecuada a fin de evitar el recurso de inconstitucionalidad». La comunicación a que vengo refiriéndome concluía con el ruego del Director General de Desarrollo Autonómico del Ministerio de Administraciones Públicas dirigido a la Secretaría Autonómica de Política Institucional de la Generalitat de que le comunicara, «con la mayor celeridad, la disposición de esa Comunidad Autónoma a participar en este procedimiento, a efectos de realizar la oportuna convocatoria de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Generalitat Valenciana que, en su caso, debería celebrarse antes del miércoles, 13 de junio de 2007». El 30 de mayo de 2007, la Secretaría Autonómica de

Relaciones con el Estado y Comunicación comunicó al Director General de Desarrollo Autónomico «la disposición de nuestra Comunidad Autónoma para participar en este procedimiento», es decir, el cauce cooperativo previsto en el artículo 33.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

A la comunicación de 29 de mayo de 2007, a la que me acabo de referir, se acompañaba informe de la Dirección General de Desarrollo Autónomico «sobre la controversia planteada» en el que se concluía, con citas de la sentencias del Tribunal Constitucional 88/1993 y 121/1992, que «los artículos 15, 17.2, 27.2, 30, 33, 37, 39, 42, 46, 47 y 48 de la Ley de Valencia 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico-Matrimonial Valenciano exceden las competencias atribuidas a la Comunidad Autónoma sobre la «conservación, desarrollo y modificación del Derecho Civil Foral valenciano» y vulneran la competencia exclusiva del Estado sobre la legislación civil, de acuerdo con el artículo 149.1.8.ª CE».

El día 7 de junio de 2007 se reunió la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Generalitat, en relación con la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat, de Régimen Económico-Matrimonial Valenciano y adoptó el siguiente Acuerdo: «1. Iniciar negociaciones para resolver las discrepancias manifestadas sobre los artículos 15, 17.2, 27.2, 30, 33, 37, 39, 42, 46, 47 y 48 de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat, de Régimen Económico-Matrimonial Valenciano. 2. Designar un grupo de trabajo para proponer a la Comisión Bilateral de Cooperación la solución que proceda. 3. Comunicar este Acuerdo al Tribunal Constitucional, antes del próximo día 22 de junio por cualquiera de los órganos mencionados en el artículo 33.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, a los efectos que en el propio precepto se contemplan, así como insertar el presente Acuerdo en el Boletín Oficial del Estado y en el Diario Oficial de la Comunitat Valenciana». Firmaron el Acuerdo el Ministro de Administraciones Públicas y el Vicepresidente del Gobierno de la Generalitat.

El día 20 de noviembre de 2007 se reunió la Comisión Bilateral constituida para evitar el recurso sin llegar a acuerdo alguno respecto al tema que constituía el objetivo exclusivo de sus trabajos que no era otro que salvar las discrepancias entre el Gobierno de la Nación y la Generalitat respecto de la constitucionalidad de los artículos 15, 17.2, 27.2, 30, 33, 37, 39, 42, 46, 47 y 48 de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano.

Como antes dije, en el Consejo de Ministros último de la anterior legislatura, celebrado el día 21 de diciembre de 2007, el Presidente del Gobierno acordó, con apoyo en Dictamen previo del Consejo de Estado, interponer recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 10/2007 de la Generalitat con expresa invocación del artículo 161.2 de la Constitución. Tal recurso, según resulta de la notificación a la Generalitat de la providencia del Pleno del Alto Tribunal

admitiendo el recurso a trámite, se formuló por el jefe del ejecutivo contra la referida Ley en su totalidad, en todo su contenido.

El diferente alcance de la discrepancia, objeto de superación a través de los trabajos de la Comisión Bilateral de Cooperación creada entre el Gobierno de la Nación y la Generalitat, por una parte, y la que constituye el objeto del recurso del Presidente del Gobierno, por otra, suscitó, desde el primer momento, dudas acerca de si el recurso, tal y como se formuló, se interpuso en plazo o fuera de plazo, caso este último que tendría que haber determinado, necesariamente, su inadmisión a trámite por el Tribunal Constitucional. Tales dudas se manifestaron, por vez primera, en una reunión del Pleno de la Comisión de Codificación Civil Valenciana por Jesús-Emilio Torrejón Puchol, Director General de la Abogacía General de la Generalitat, en quien concurre, además, la condición de ser uno de los Vicepresidentes de la citada Comisión.

En efecto, según la Disposición Final Cuarta de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat, de Régimen Económico-Matrimonial Valenciano: «Esta Ley entrará en vigor el 25 de abril de 2008». Este es el momento de entrada en vigor de la Ley, cuya constitucionalidad se recurre, que hay que entender suspendido por la interposición del recurso de inconstitucionalidad.

La Ley de la Generalitat Valenciana 10/2007 se publicó en el DOCV número 5475, de 22 de marzo de 2007. Según el artículo 33.1 de la LOTC: «El recurso de inconstitucionalidad se formulará dentro del plazo de tres meses a partir de la publicación de la Ley... impugnado mediante demanda presentada ante el Tribunal Constitucional»; añadiendo el párrafo segundo del indicado artículo que: «No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el Presidente del Gobierno y... podrán interponer recurso de inconstitucionalidad en el plazo de nueve meses contra leyes... en relación con las cuales, y con la finalidad de interponer el recurso, se cumplan los siguientes requisitos: a) Que se reúna la Comisión Bilateral de Cooperación entre la Administración General del Estado y la respectiva Comunidad Autónoma... b) Que en el seno de la mencionada Comisión Bilateral se haya adoptado un acuerdo sobre iniciación de las negociaciones para resolver las discrepancias... c) Que el acuerdo sea puesto en conocimiento del Tribunal Constitucional por los órganos anteriormente mencionados dentro de los tres meses siguientes a la publicación de la Ley...», nada se dice, pues, sobre que en el seno de la citada Comisión Bilateral se haya alcanzado el acuerdo pretendido y perseguido por ambas partes, acuerdo que pudo haberse alcanzado o no, como así sucedió.

De lo antes dicho, se desprende que el recurso de inconstitucionalidad, que, según el artículo 31.1 de la LOTC, se ha de plantear en el plazo de tres meses a partir de la publicación de la Ley recurrida, es decir, en el caso que nos ocupa, debió interponerse antes del día 22 de junio de 2007, se puede interponer antes de los nueve meses desde la referida publicación, es decir, en el caso de referencia antes del 22 de diciembre de 2007, siempre que se haya reunido la Comisión Bilateral de Cooperación, como efectivamente sucedió, para buscar

«la solución adecuada a fin de evitar el recurso». La Comisión se reunió e intentó, sin resultado positivo alguno, dar una nueva redacción a los artículos de cuyo encaje constitucional duda el Gobierno de la Nación, es decir, a los artículos 15, 17.2, 27.2, 30, 33, 37, 39, 42, 46, 47 y 48 de la Ley de Régimen Económico-Matrimonial Valenciano.

El efecto suspensivo previsto en los artículos 161.2 de la Constitución Española y 30 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional es, exclusivamente, consecuencia de la impugnación de la norma en su totalidad o en parte de la misma ante el Tribunal Constitucional como consecuencia de la duda que el recurrente, en este caso el Presidente del Gobierno, alberga sobre su constitucionalidad, de suerte que la parte de la Ley no impugnada no puede, en modo alguno, ver suspendida su entrada en vigor puesto que, no habiendo sido recurrida, es decir, no siendo sospechosa de reproche alguno de ortodoxia constitucional, nada puede impedir su entrada en vigor en los términos que la misma Ley prevé.

Los únicos artículos que cabe racionalmente entender recurridos por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de la Nación son los artículos 15, 17.2, 27.2, 30, 33, 37, 39, 42, 46, 47 y 48 de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico-Matrimonial Valenciano, DOCV número 5.475, de 22 de marzo de 2007, toda vez que son los artículos respecto de los cuales la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Generalitat intentó encontrar un acuerdo dada su sospecha de inconstitucionalidad por parte del Ministerio de Administraciones Públicas y por parte del Ministerio de Justicia. De no ser estos artículos los afectados por una posible inconstitucionalidad sino todos los de la Ley 10/2007 de la Generalitat Valenciana, el objetivo de la citada Comisión debió ser buscar un acuerdo sobre todos ellos y no solo sobre los mencionados preceptos, como se desprende del Acuerdo de la Comisión notificado el día 7 de junio de 2007 al Tribunal Constitucional por el Excmo. Sr. Ministro de Administraciones Públicas y por el Excmo. Sr. Vicepresidente del Gobierno de la Generalitat, como antes vimos o, alternativamente, el recurso de inconstitucionalidad se debió interponer antes del día 22 de junio de 2007.

La reunión de la citada Comisión Bilateral de Cooperación permite alargar el plazo para recurrir la Ley afectada de presunta inconstitucionalidad conforme al artículo 33 de la LOTC. En efecto, tal plazo es el de tres meses desde la publicación de la Ley cuya constitucionalidad se cuestiona (art. 33.1 LOTC), plazo que puede prorrogarse hasta nueve meses desde la indicada publicación caso de que, como sucedió en esta ocasión, se reúna la citada Comisión, aún sin lograr el pretendido acuerdo. Si en este momento procedimental el recurrente pretendiera haber cuestionado ante el TC otros artículos distintos de aquellos sobre los que la mencionada Comisión buscó, aunque infructuosamente, el acuerdo, se debería de tener por no celebrado o cumplido el trámite dilatorio previsto en el artículo 33.2 de la LOTC, es decir, la reunión de la Comisión Bilateral de Cooperación y, consecuentemente, se debería considerar como interpuesto

fuera de plazo el recurso ante el Tribunal Constitucional, de suerte que no debería haber sido admitido a trámite el antes referido asunto identificado bajo el numeral 9888-2007.

En resumidas cuentas, como se desprende de los artículos 30 y 32 de la LOTC y 161 CE, la reunión de la Comisión Bilateral de Cooperación no es un trámite esencial del procedimiento del recurso de inconstitucionalidad, sino solo un requisito indispensable para que el plazo de interposición del mismo pase de ser de tres meses a ser de nueve meses desde la publicación de la norma recurrida. En el caso de la Ley de Régimen Económico-Matrimonial, como esta se publicó en el DOCV el día 22 de marzo de 2007, el plazo para recurrirla concluyó el 22 de junio; pero, como antes de que venciera ese plazo se constituyó la indicada Comisión, el plazo para recurrir se prolongó hasta el día 22 de diciembre de 2007.

Una vez que se constituye la Comisión y esta centra la duda de constitucionalidad sobre determinados preceptos, once artículos en este caso, buscando el acuerdo respecto de ellos y no respecto de los restantes artículos de la Ley, cuya constitucionalidad no se discute, no cabe duda de que si la Comisión no logra su objetivo de suprimir tales artículos o darles una redacción aceptable para ambas partes, la prórroga del plazo para recurrir afecta solo a los artículos sobre los que versó el trabajo de la Comisión, sin extenderse al resto de los artículos no cuestionados, por lo que cabe decir que el 21 de diciembre de 2007 el Presidente del Gobierno solo podía recurrir de inconstitucionalidad los artículos 15, 17.2, 27.2, 30, 33, 37, 39, 42, 46, 47 y 48 de la Ley de Régimen Económico-Matrimonial Valenciano.

Y, aunque a la vista de la providencia de admisión del Pleno del TC del recurso 9888-2007, debe entenderse, como acertadamente puso de relieve Juana-María Forés Villanueva, Subsecretaria de la Consellería de Gobernación y Secretaria General de la Comisión de Codificación, que la suspensión resultante del juego de los artículos 161.2 CE y 30 LOTC afecta y se refiere a toda la Ley 10/2007 de la Generalitat, quizá no fuera del todo descabellado pensar que si el TC inadmitiera finalmente el recurso por presentación fuera de plazo y correlativamente, en tal caso, levantara la suspensión respecto del resto de la Ley no referida a sus artículos 15, 17.2, 27.2, 30, 33, 37, 39, 42, 46, 47 y 48 por haber sido recurridos fuera de plazo en la medida en que, al no ser tal contenido objeto de conciliación en el seno de la Comisión Bilateral, el plazo para recurrir tal articulado vencía el 22 de junio de 2007, tal inadmisión y/o levantamiento, correlativo en su caso, de la suspensión se produjera con efecto retroactivo, es decir, con efecto desde el día 25 de abril de 2008, fecha en la que la Ley recurrida debió, según su Disposición Final Cuarta, haber entrado en vigor, dada la excepcionalidad de la medida cautelar suspensiva levantada que limita los efectos del ejercicio del poder de legislar por una entidad legitimada para ello en cuanto depositaria de la representación democrática, a tal efecto, del pueblo valenciano

títular del «derecho de autogobierno que la Constitución Española reconoce a toda nacionalidad», como nos dice el artículo 1.1 de nuestro Estatuto de Autonomía.

Entre el contenido de la Ley no llevado al seno de la Comisión Bilateral están sus artículos 6 y 44 que establecen, como régimen económico-matrimonial valenciano supletorio de primer grado el de separación de bienes, con lo que de ser aceptada esta posibilidad por el Alto Tribunal, los matrimonios celebrados desde el 25 de abril, inclusive, entre personas a quienes les resulte aplicable la Ley 10/2007 de la Generalitat, según los artículos 149.1.8.^a de la Constitución, 3.4 del Estatuto de Autonomía y 14, 16 y 9.2 y 3 del Título Preliminar del Código Civil se deberán entender celebrados bajo el régimen de separación de bienes si los contrayentes no pactaron en capitulaciones matrimoniales o carta de nupcias un régimen distinto, con independencia de que tal efecto, a estas alturas, no se considere razonable en cuanto atentatorio contra la seguridad jurídica e incoherente con la filosofía esencialmente dispositiva de la Ley 10/2007 de la Generalitat.

No obstante lo dicho en los dos párrafos anteriores, el Tribunal Constitucional, en Pleno, dictó auto de 12 de junio de 2008, por el que levantó la suspensión que, sobre la totalidad de la misma había acordado en el auto de admisión a trámite. El levantamiento de la suspensión tuvo efecto a partir del día 1 de julio de 2008, toda vez que el auto fue publicado en el Boletín Oficial del Estado del día 30 de junio. El TC manifiesta que: «...en este momento procesal, y a los efectos de la resolución del incidente, lo discutido no han de ser cuestiones procesales o relativas a la delimitación de competencias entre el Estado y la Comunidad Valenciana en materia de Derecho Civil, sino, únicamente, si la aplicación de la norma impugnada resulta susceptible de provocar perjuicios de imposible o difícil reparación en los intereses públicos o en los de los ciudadanos afectados por la norma en cuestión, los cuales, precisamente por revestir tal carácter, hayan de prevalecer frente a los perjuicios derivados del eventual mantenimiento de la suspensión inicialmente acordada». Parte también el TC de la idea de que «la prolongación de la suspensión... es una medida que debe tomarse con sumo cuidado y con carácter excepcional, pues solo así se evitará un indebido bloqueo del ejercicio de sus competencias por las CCAA...». *Tras una serie de meditadas consideraciones efectuadas a partir de las premisas referidas, el TC acuerda «levantar la suspensión de la Ley de la Comunitat Valenciana 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico-Matrimonial Valenciano».* Respecto del citado auto, el Magistrado don Javier Delgado Barrio formuló un voto particular concurrente al que se adhirió el Magistrado don Jorge Rodríguez Zapata Pérez, en el que, entrando en las cuestiones procesales que quedaron planteadas antes, en este trabajo, se concluye que el recurso del Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de la Nación es extemporáneo parcialmente, es decir, en cuanto recurre más artículos de la Ley que los llevados al seno de la Comisión Bilateral de Cooperación por lo que «debió, por tanto, inadmitirse el recurso en cuanto excedía de las cuestiones planteadas ante la Comisión

Bilateral, por lo que, en este ámbito, ni siquiera era planteable la cuestión de la suspensión de la Ley impugnada».

VIII. CONCLUSIÓN

Solo cabe, para concluir, dejar muy claramente manifestado el deseo de que, sea por la vía procesal de la inadmisión por extemporaneidad parcial del recurso, sea por la vía material y sustantiva de los argumentos que fundamentan un desenvolvimiento lógico por parte del TC de su propia doctrina sentada en la sentencia 121/1992 o sea por ambas vías, quede claramente atribuida a la Generalitat su competencia para legislar en Derecho foral civil valenciano con plenitud, con la misma plenitud con que ejercen la competencia equivalente las Comunidades Autónomas que, como la valenciana, como su antecesora histórica, el Reino de Valencia, la tuvieron y no sufrieron, como sufrió el Reino de Valencia, la triste y discriminadora singularidad de ver abolidos sus Fueros pese a incidir en las mismas causas de abolición que concurrieron en nosotros. La Constitución ampara y los valencianos, a través de sus legítimos representantes, han pedido en el Estatut y en la Ley 10/2007 el desenvolvimiento pleno de la doctrina iniciada por el TC en su sentencia 121/1992. Lo único que falta es que el Gobierno de la Nación y el Tribunal Constitucional lo reconozcan y admitan como una pretensión irrenunciable derivada de la inapelable lealtad y fidelidad constitucionales de los valencianos y sus órganos de autogobierno.

Los valencianos perdimos nuestro íntegro patrimonio foral a resultas de una victoria militar de españoles contra españoles, un botín de guerra, una dolorosa singularidad que, desde entonces, ha discriminado dolorosamente a la Comunidad Valenciana en contra de los principios y valores proclamados en nuestra Constitución, la cual, por ejemplo, en los apartados 1 y 2 de su Disposición Derogatoria, deja sin valor ni efecto alguno una serie de normas por oponerse a ella, y en su apartado 3 declara: «...derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la presente Constitución», ¿no cabe entender derogados los Decretos de 29 de junio y de 29 de julio de 1707?, ¿no cabe entender restaurada por nuestro proceso estatutario en su conjunto, e íntegramente recuperada nuestra foralidad civil, la que tales Decretos abolieron, a los efectos de ejercer plenamente la competencia transferida y asumida con pleno respeto a las mismas transferencia y asunción acaecidas, así como a la tutela constitucional de la foralidad civil?

En definitiva, lo que en estas reflexiones se propone es un desenvolvimiento de la doctrina que sentara el Tribunal Constitucional en su sentencia 121/1992; un desenvolvimiento para hacer efectiva y llenar de contenido la transferencia y posterior asunción estatutaria de una competencia, un desenvolvimiento lógico con su propia doctrina: a) o bien con la que resulta de su generosa aplicación

de la institución de las materias conexas y con la situación resultante del desistimiento del Abogado del Estado respecto del recurso contra la Ley Primera del Código Civil Catalán, es decir, con la doctrina de la desvinculación de la competencia legislativa en Derecho Civil de la tutela de la foralidad civil, aunque, evidentemente, no sea esto lo querido por el legislador estatutario de 2006, ni por la misma CE, que, de este modo, ha mutado; b) o bien con la doctrina de la propia sentencia 121/1992, que recoge el criterio constitucional de tutela de la foralidad civil, recogido también en el Estatut de 2006, pero sin limitarla a la costumbre foral, la cual, además de estéril desde el punto de vista de la efectividad de la competencia, como ha quedado demostrado en la práctica legislativa de la Generalitat, resulta conceptualmente contradictoria y, por ello, imposible si se la separa del Derecho Civil escrito contenido en nuestros Furs.

RESUMEN

ESTATUTO DE AUTONOMÍA COMUNIDAD VALENCIANA

La reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, tuvo como objetivos elevar al máximo el techo competencial del autogobierno valenciano y lograr el reconocimiento de la Comunidad Valenciana como nacionalidad histórica, entre otros motivos, por su Derecho Civil foral.

Este planteamiento estatutario exigía revisar el alcance de la competencia legislativa en materia de Derecho Civil de la Generalitat tal como quedó diseñado por la sentencia 121/1992 del Tribunal Constitucional.

Esta revisión, objeto del presente trabajo, parte de dos premisas básicas: el respeto al planteamiento doctrinal inicial del TC acerca del carácter transferido de la competencia y de la razón de ser de tal transferencia centrada en la tutela de la foralidad civil, por un lado, y la crítica del alcance de la foralidad civil valenciana tutelable mediante el ejercicio de tal competencia transferida centrada exclusivamente en la llamada, por el propio TC, costumbre foral, doctrina que, además, ha

ABSTRACT

STATUTE OF AUTONOMY VALENCIAN COMMUNITY

In 2006 the Statute of Autonomy of the Valencian Community underwent a reform enacted through Constitutional Act 1/2006 of 10 April. The point of the reform was to push the ceiling of Valencia's self-government competence as high as it could go and to attain recognition of the Valencian Community as a historic nationality, based on grounds including civil law enacted under historic privileges called fueros.

This new take on the statute required a review of the scope of the Valencian regional government's competence to create civil law, as outlined in ruling 121/1992 of the Spanish Constitutional Court.

This article takes a look at the court's review of the issue from the standpoint of two basic premises. The first is respect for the Constitutional Court's initial doctrine-based approach to the fact that competence was transferred and the reason for the transfer (focusing on protecting the inherent nature of civil fueros). The second is a critique of the scope of the inherent nature of Valencian civil fueros that can be protected by the exercise of transferred powers (focusing exclusively on what the Consti-

llevado, en la práctica, al vaciado de la competencia pese a las cinco leyes orgánicas que, desde 1982, fecha del primer Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, han abordado el alcance de la competencia como si los valencianos no hubieran sufrido la abolición foral que fue consecuencia del alineamiento de la mayoría de los valencianos y de sus instituciones de gobierno con las pretensiones dinásticas de la casa de Austria frente a la dinastía borbónica que es la que finalmente triunfó en la Guerra de Sucesión.

Esta proposición interpretativa del alcance de la transferencia que se estudia y fundamenta en este trabajo y que se llevó a cabo en el Estatuto de 2006, aprovechando la singular y trascendente naturaleza jurídica, material y formal, del Estatuto como norma institucional básica de una comunidad autónoma y su pertenencia al bloque de constitucionalidad, ha cristalizado en dos normas civiles: la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano, reformada por la Ley 8/2009, de 4 de noviembre, y la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. La primera de ellas, no las otras dos, recurrida por el Presidente del Gobierno ante el TC, aunque en vigor desde el día 1 de julio de 2008 en virtud de auto del TC de 12 de junio de 2008 que levantó la suspensión solicitada por el recurrente.

tutional Court itself called «custom under fueros»). This doctrine has, to all intents and purposes, drained the strength from Valencia's competence, despite the five constitutional acts since 1982 (the date of the first Statute of Autonomy of the Valencian Community) that have addressed the issue of the scope of competence as if the Valencians' fueros had never been abolished –and they were, since the majority of the Valencian people and their government institutions sided with the losing House of Habsburg against the Bourbon dynasty in the War of the Spanish Succession.

This paper examines the Constitutional Court's interpretative view of the scope of the transfer of competences and explores its underlying reasons. The same view was espoused in the 2006 Statute, taking advantage of the extremely important and singular legal, material and formal nature of the statute as the basic institutional rule for an entire autonomous community and the fact that the statute belongs to what is known in Spain as «the constitutional block of rules» (the Spanish Constitution, the statutes of autonomy and the other main laws under which Spain is organised as a state of autonomous communities). The view was crystallized in two civil laws, Law 10/2007 of 20 March of the Regional Government of Valencia on the Valencian matrimonial property regime (reformed under Act 8/2009 of 4 November) and Act 5/2011 of 1 April of the Regional Government of Valencia on the family relations of children whose parents do not live together. Act 10/2007 was the subject of an appeal to the Constitutional Court by the central Spanish government (not extending to the other two laws), although the act has been in force since 1 July 2008 by virtue of the Supreme Court's decision of 12 June 2008, which ended the suspension requested by the appellant.

(Trabajo recibido el 15-06-2011 y aceptado para su publicación el 18-07-2011)

El derecho a alterar los elementos comunes del inmueble como facultad implícita en el destino comercial de los locales de negocio (1)

por

JESÚS FLORES RODRÍGUEZ
Profesor de Derecho Civil.
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

SUMARIO

- I. DERECHO DE EXPLOTACIÓN COMERCIAL, ALTERACIÓN DE LOS ELEMENTOS COMUNES O MODIFICACIÓN DEL TÍTULO: NO CABE IDÉNTICA INTERPRETACIÓN ENTRE VIVIENDAS Y LOCALES COMERCIALES:
 1. LA FLEXIBILIZACIÓN DEL RÉGIMEN DE ALTERACIÓN DE LOS ELEMENTOS COMUNES. A VUELTAS CON EL DEBATE SOBRE LA PREVALENCIA DE LO PRIVATIVO SOBRE LO COMÚN.
 2. EL DESTACADO PAPEL DE LOS ESTATUTOS COMO INSTRUMENTO DE MODULACIÓN DE LAS DIFERENCIAS: LAS RESERVAS ESTATUTARIAS.
- II. EN PARTICULAR: ALGUNOS EJEMPLOS DE ALTERACIONES O MODIFICACIONES IMPLÍCITAS EN LA FINALIDAD COMERCIAL:
 1. LA NECESIDAD DE DISTINGUIR ENTRE OBRAS DE REFORMA MENORES, ALTERACIONES SUSTANCIALES Y MODIFICACIONES IMPRESCINDIBLES, NECESARIAS O IMPLÍCITAS.
 2. INSTALACIÓN DE ANUNCIOS, PLACAS Y CARTELES PUBLICITARIOS.
 3. APERTURA DE PUERTAS DE EMERGENCIA.
 4. INSTALACIÓN DE CHIMENEAS DE EVACUACIÓN DE HUMOS Y GASES.
 5. LA ADAPTACIÓN DEL LOCAL COMERCIAL A CRITERIOS DE CONFORTABILIDAD CLIMÁTICA.
 6. DIVISIÓN, AGREGACIÓN Y SEGREGACIÓN DE LOCALES COMERCIALES.

(1) Este trabajo obtuvo una «mención honorífica» en la IX edición del Premio «Santiago Gutiérrez Anaya» sobre Propiedad Inmobiliaria.

7. «EXONERACIONES EXPRESAS» Y «EXONERACIONES IMPLÍCITAS»: EL PROBLEMA DE LA AUSENCIA DE USO O BENEFICIO PARA EL DUEÑO DEL NEGOCIO Y SU INFLUENCIA EN LA IMPUTACIÓN DE LOS GASTOS DE COMUNIDAD.
- III. LA INTERPRETACIÓN SOCIOLÓGICA DE LAS NORMAS Y OTROS CRITERIOS UTILIZADOS PARA FLEXIBILIZAR LAS DIFERENCIAS ENTRE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS COMUNEROS:
 1. LA REALIDAD SOCIAL COMO ELEMENTO DE INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS EN BENEFICIO DE LA FINALIDAD COMERCIAL.
 2. LA DOCTRINA DE LOS ACTOS DE EMULACIÓN.
 3. EL DERECHO AL USO INOCUO DE LOS ELEMENTOS COMUNES.
 4. LA DOCTRINA DEL ABUSO DEL DERECHO EN LA PROPIEDAD HORIZONTAL.
 - IV. ¿DEBERÍA TENER RECONOCIMIENTO EN LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL EL DIFERENTE TRATAMIENTO ENTRE LOCALES DE NEGOCIO Y VIVIENDAS COMO OCURRE EN LA LEGISLACIÓN ARRENDATICIA?
- I. DERECHO DE EXPLOTACIÓN COMERCIAL, ALTERACIÓN DE LOS ELEMENTOS COMUNES O MODIFICACIÓN DEL TÍTULO: NO CABE IDÉNTICA INTERPRETACIÓN ENTRE VIVIENDAS Y LOCALES COMERCIALES
 1. LA FLEXIBILIZACIÓN DEL RÉGIMEN DE ALTERACIÓN DE LOS ELEMENTOS COMUNES. A VUELTAS CON EL DEBATE SOBRE LA PREVALENCIA DE LO PRIVATIVO FRENTE A LO COMÚN

Decía el gran especialista en esta materia, don Manuel BATLLE VÁZQUEZ, y padre de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal —de la que este mismo año se celebra su 50 aniversario—, que la copropiedad o condominio admite infinidad de matices y posiciones conceptuales (2), y un buen ejemplo de ello es, precisamente, el tema que abordamos en este trabajo.

Con razón afirma VENTURA-TRAVERSESET Y GONZÁLEZ, que «es de esencial naturaleza de los locales ya industriales, ya de comercio, despachos, clínicas, farmacias, etc., la adaptación del local para el objeto al que se destina» (3). Lo cierto es que, en la mayoría de las ocasiones, solo es posible adaptar el local comercial a las exigencias que para los nuevos negocios demanda la sociedad, el mercado o la actividad empresarial, mediante la modificación de lo que también es común al resto de propietarios.

En la moderna jurisprudencia existe una clara tendencia a flexibilizar el régimen que debe aplicarse a las alternaciones que, en ciertos casos, pueden llevar a cabo los propietarios de las lonjas o locales de negocio sobre los elementos

(2) BATLLE VÁZQUEZ, M., *La propiedad de casas por pisos*, Marfil, Alcoy, 1970, pág. 52.

(3) VENTURA-TRAVERSESET Y GONZÁLEZ, A., *Derecho de Propiedad Horizontal*, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1966, pág. 199.

comunes del edificio, atendiendo fundamentalmente a razones de justicia material. Igual inquietud moderadora cabe advertir en relación con la admisibilidad de las operaciones de división, agregación o segregación de locales que, en la práctica, también suelen encontrarse ligadas a las plantas de calle del edificio, dado que, en principio, los bajos comerciales son los únicos que materialmente permiten su realización en condiciones lo suficientemente favorables para servir al destino asignado.

En realidad —como ya observara ÁLVAREZ CASCOS en su momento (4)—, lo que hay de propiedad privativa en un piso o local situado en un inmueble dividido por casas o apartamentos, arquitectónicamente hablando, es en la mayoría de los casos «nada o casi nada». Desde una perspectiva jurídica, «lo colectivo» adquiere en este contexto una dimensión capital. De ahí que cuando se trata de acometer operaciones de la categoría de las descritas, el asunto puede llegar a adquirir una gran complejidad. Todo ello nos traslada al antiquísimo debate sobre si, en caso de conflicto, debe prevalecer lo privativo sobre lo común, o si se debe conceder preponderancia a los aspectos colectivos sobre los estrictamente particulares (5).

En el mundo actual, las exigencias comerciales cambian y se transforman con rapidez, y ello exige la presencia de instrumentos o herramientas, ya en el Título, ya en la propia Ley, que permitan agilizar o facilitar la modificación del inmueble privativo cuando ello resulte preciso —casi siempre—, sin que esta labor de adaptación, que inevitablemente no puede resultar inocua, tenga necesariamente que ocasionar, en todos los casos, un perjuicio con suficiente entidad a la comunidad de propietarios, o a alguno de los vecinos a título individual, que estos no tengan la obligación de soportar.

Llegados a este punto, una rigurosa interpretación de la Ley de Propiedad Horizontal dejaría fuera de lugar estos mecanismos imprescindibles en aquella labor de adecuación necesaria, ocasionando un serio quebranto en el valor patrimonial del derecho de propiedad del dueño del negocio, sin que en muchas ocasiones, conforme a un elemental juicio de reciprocidad, pueda afirmarse que con esa limitación o prohibición a la realización de determinadas obras de alteración u otras autorizadas operaciones de modificación del Título, haya quedado salvaguardado, de forma efectiva, un interés general de la comunidad digno de protección, con análogo o superior valor al que se proscribiera o es objeto de limitación.

(4) ÁLVAREZ CASCOS, A., «Condominio de casas divididas por pisos en Santander», en *RDP*, t. XV, núm. 180, 1928, pág. 268.

(5) DORREGO DE CARLOS (A.) y ARANDA ESTÉVEZ (J. L.), en *Derecho de la Propiedad Horizontal*, Cisspraxis, 2000, págs. 35 a 45, explican con abundancia de citas y detalles, la evolución que ha experimentado esta importante cuestión dogmática, desde los orígenes del fenómeno de la propiedad dividida por apartamentos hasta los actuales postulados más próximos a la preponderancia de lo común y de las relaciones colectivas sobre la propiedad privativa.

A este respecto, al hilo de este particularmente controvertido debate sobre el valor que debe concederse a lo colectivo frente a lo particular, resulta conveniente traer a colación la interesante doctrina que resulta de la reciente STS de 17 de enero de 2008 (*RJ* 2008, 10), cuyo FJ 2.º destaca «el carácter preponderante de la propiedad individual y el accesorio de la comunidad dentro del régimen de la propiedad horizontal —extensivo a las urbanizaciones privadas y a los casos de las denominadas propiedades tumbadas—, pues serían los derechos privativos sobre los pisos la razón de ser de la institución, aquello que en primer término responde a su finalidad económica y social». Conforme a ese carácter instrumental de lo común frente a lo privativo —concluye— «sería necesario tolerar las modificaciones o instalaciones que, afectando a los elementos comunes, exija la normativa ordenancista para adecuar esos locales en forma que puedan ser útiles según su destino estatutario, procurando, eso sí, la menor molestia, daño e invasión de los elementos comunes».

Con razón y acierto, explica HERNÁNDEZ ANTOLÍN que las limitaciones en el derecho de goce y disfrute de los elementos privativos, en un sentido amplio de la expresión (al menos en este ámbito), no pueden suponer una vulneración absoluta del derecho de propiedad inmobiliaria, con fundamento en la STC de 21 de octubre de 2003 (*RTC* 2003, 301), ni privar o vaciar de forma sustancial o significativa su contenido o interés económico y, más concretamente, desvirtuar o menoscabar el fin propio del elemento en cuestión. Añade además este autor que —con toda justicia— en aplicación del principio de no discriminación singular, las limitaciones dirigidas al conjunto de los propietarios han de realizarse con elementos de análogas características y con una clara justificación (6).

Ante este panorama, no debería existir temor o reparo a afirmar que la discutible doctrina de la prevalencia de lo común sobre lo privativo, siempre que sea esta la tesis que se sostenga, admite justificadas excepciones.

En esa línea de principio, la jurisprudencia ha terminado consolidando un particular régimen jurídico aplicable a los locales de negocio —ya presente en buena parte de la jurisprudencia menor—, en virtud del cual estos propietarios podrían ejercitar, sin necesidad de contar con una reserva estatutaria o con el consentimiento del resto de condueños, ciertas facultades alteradoras o modificadoras de los elementos comunes del edificio (de muy diversa índole) que originariamente se consideraban exorbitantes. La justificación habría que buscarla en el carácter simple, moderado o no sustancial de la operación. Pero en otras ocasiones —en lo que ahora nos interesa— el fundamento va más allá y se asienta sencillamente en el carácter «imprescindible» de la obra o adaptación a realizar, aunque la modificación sea de importancia o sustancial y el interés perseguido no sea general sino privativo. Nos encontramos, en definitiva, ante

(6) HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J. M., *Estudios sobre Propiedad Horizontal*, coordinado por San Cristóbal Reales, La Ley, Madrid, 2009, pág. 201.

facultades inherentes al destino negocial o comercial asignado al local que, así entendido, entrarían a formar parte del contenido normal del derecho de propiedad de forma implícita.

Ello nos obliga a diferenciar entre viviendas y locales —como primera operación— a la hora de aplicar este particular régimen jurídico.

En efecto, como señala la STS de 11 febrero de 2010 (*RJ* 2010, 530), en la aplicación del artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal, «no cabe idéntica interpretación entre locales de negocio y pisos, con fundamento en que los primeros se ubican generalmente en las plantas bajas y los segundos en las siguientes, y aunque la fachada es todo lo correspondiente al exterior del inmueble en su completa superficie, la zona relativa a los pisos constituye una situación arquitectónica más rígida, donde cualquier modificación puede romper la armonía del conjunto, mientras que en las plantas bajas existe una mayor flexibilidad, tanto en su inicial construcción y acabado, a veces elemental, rudimentario y sin división alguna, como en cualquier cambio de su configuración o aspecto externo, en atención a la naturaleza de la actividad a desarrollar en los locales, siempre mudable, y susceptible de notables transformaciones de destino surgidas por iniciativa de los iniciales titulares, o de sus sucesores, pues, como ejemplo, es distinta su conformación, entre otras, para una cafetería, un supermercado o una oficina bancaria, de manera que la realidad operativa exige alteraciones esenciales para el fin perseguido, que a veces afectarán a la fachada, siempre que no perjudique a otros copropietarios y que la porción utilizada de la misma no sea susceptible de uso o aprovechamiento por el resto de los comuneros» (7).

A diferencia de lo que ocurre en la legislación arrendaticia, el régimen jurídico de la propiedad horizontal no distingue entre inmuebles destinados a «viviendas» o a «usos diferentes a los de vivienda». El contenido del derecho de propiedad privativa —el aprovechamiento independiente al que se refiere el art. 3.a) de la Ley de Propiedad Horizontal—, aparece originalmente configurado, en uno y otro caso (según se trate de vivienda o local), de forma idéntica. De este modo, el hecho de que un propietario pueda ejercitar facultades que otros comuneros no ostentan —como ejecutar determinadas obras en los elementos comunes para la implantación o mejora de su actividad empresarial o profesional, efectuar divisiones o agregaciones, o quedar exonerado de ciertos gastos— solo podría venir atribuido en virtud de un pacto expreso al efecto (en el Título constitutivo, en los Estatutos o en virtud de un acuerdo unánime de los comuneros).

La titularidad de un piso o local en régimen de propiedad horizontal, al igual que ocurre en otras situaciones de copropiedad, implica la existencia de una serie de limitaciones impuestas a cada propietario a la hora de ejercitar las

(7) Esta misma doctrina viene siendo mantenida con reiteración por nuestro Alto Tribunal, últimamente en las SSTs de 15 (*RJ* 2009, 5572), 28 de octubre (*RJ* 2009, 5818) y 11 de noviembre de 2009 (*RJ* 2010, 97).

facultades de uso y disfrute de los elementos comunes y privativos. Se trata de límites recíprocos, pues cada limitación tiene por causa el correlativo derecho que asiste a los restantes comuneros de ejercitar, a su vez, las facultades que dimanen de sus respectivas titularidades. En suma, cada miembro de la comunidad de propietarios constituida en propiedad horizontal ejercita los derechos inherentes a su título, con las limitaciones propias del respeto que requiere el uso de su respectivo derecho por los restantes comuneros, a la vez que debe cada uno soportar el correcto ejercicio de las facultades del dominio por los demás miembros de la comunidad.

En este complejo contexto, tal y como se desprende del artículo 7.1 de la Ley de Propiedad Horizontal, el propietario solo puede modificar los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios de su piso o local si no menoscaba o altera la seguridad del edificio, estructura general, configuración o estado exteriores ni perjudica los derechos de otros propietarios (8); mientras que, en el resto del inmueble, no puede efectuar alteración alguna salvo que lo consientan todos los demás por unanimidad (9).

En cambio, la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro V del Código Civil de Cataluña, relativo a derechos reales, no contiene una afirmación tan categórica como la prevista en el artículo 7.1 de la Ley de Propiedad Horizontal, lo que permite un más que holgado margen de apreciación al respecto (10). En realidad, el artículo 553.36.2 del Código catalán, se limita a disponer que si las obras comportan la alteración de elementos comunes, deberán aprobarse de acuerdo con el régimen de mayorías que resulte de lo establecido en el artículo 553.25. De este modo, resultará preciso obtener el voto favorable de las cuatro quintas partes de los propietarios que, a su vez, deben representar las cuatro quintas partes de las cuotas de participación.

Asimismo, el artículo 553.36.2 del Código catalán introduce otro importante matiz igualmente dirigido a flexibilizar el régimen objeto de nuestro comentario —en concordancia con la jurisprudencia que ahora comentamos—, pues aunque la comunidad puede exigir la reposición al estado originario de los elementos comunes alterados sin su consentimiento, considera —dando entrada en su seno a la doctrina del consentimiento tácito, y, en cierta forma, a la prohibición del abuso del derecho— que esta habría dado la autorización si es notoria la

(8) Dice FUENTES LOJO, J. V. (*Novísima Suma de Propiedad Horizontal*, t. II, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2007, pág. 1820), que, en rigor, no se trata de una norma imperativa, en cuanto que es admisible que pueda modificarse en virtud de un pacto expreso al efecto.

(9) SSTS de 15 de diciembre de 2008 (*RJ* 2009, 154) y 6 de noviembre de 1995 (*RJ* 1995, 8076).

(10) El artículo 553.36.1 del Libro V del Código Civil de Cataluña dispone al respecto lo siguiente: «*Los propietarios de un elemento privativo pueden hacer obras de conservación y reforma siempre que no perjudiquen a los demás propietarios ni a la comunidad y que no disminuyan la solidez del edificio ni alteren la composición o el aspecto exterior del conjunto*».

existencia de obras que no disminuyen la solidez del edificio ni comportan la ocupación de elementos comunes, y la comunidad no ha mostrado oposición en el plazo de seis años desde que finalizaron.

2. EL DESTACADO PAPEL DE LOS ESTATUTOS COMO INSTRUMENTO DE MODULACIÓN DE LAS DIFERENCIAS: LAS RESERVAS ESTATUTARIAS

Pese a que pueden ser muchas las facultades de modificación, adaptación, redistribución o decoración atribuidas al propietario del local en el Título constitutivo de la propiedad horizontal o en los Estatutos —otra cosa son los contratos privados—, ello no faculta expresamente al propietario a modificar, en libertad, los elementos comunes ni a imponer servidumbres al resto de los comuneros. Ahora bien, ello no quiere decir que tales modificaciones no sean posibles en ningún caso. Incluso, en ocasiones, resulta necesario presumir la existencia de algunas excepciones a dicha regla.

No está de más recordar que los Estatutos de la comunidad, a los que se refiere el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal en su párrafo tercero (11), lo integran aquellas normas o pactos con trascendencia normativa, con sujeción a la ley, tendentes a regular la vida de la comunidad —de la copropiedad horizontal—, una vez creada por el contrato constitutivo, todas aquellas que creen un derecho subjetivo a favor de todos o algunos de los condueños, al igual que toda clase de derechos reales, obligaciones *propter rem* u *ob rem* en orden al uso y disfrute de las cosas privativas o comunes, en una palabra, todas las normas que integran derecho y no mera cuestión administrativa.

Los Estatutos tienen como límite infranqueable lo dispuesto en la propia ley con carácter prohibitivo e inamovible, así como la moral y el orden público, en el sentido de respeto a los principios básicos que se abstraen del conjunto de las leyes (art. 1255 CC). De esta forma, la función que cumplen los Estatutos ha de integrar, en su seno, a la propia ley, y solo dentro de dicho contexto los Estatutos pueden suponer la expresión de la autonomía de la voluntad del conjunto de propietarios.

En resumidas cuentas, solo puede corresponder al propio Título, o, más concretamente, a los Estatutos de la comunidad —conforme a lo dispuesto en los arts. 5 y 9.1.e) de la Ley de Propiedad Horizontal—, matizar ese conjunto de derechos, deberes y facultades que corresponde a los propietarios, así como

(11) Dice el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal que: «*El título podrá contener, además, reglas de constitución y ejercicio del derecho y disposiciones no prohibidas por la Ley en orden al uso o destino del edificio, sus diferentes pisos o locales, instalaciones y servicios, gastos, administración y gobierno, seguros, conservación y reparaciones, formando un estatuto privativo que no perjudicará a terceros si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad*».

su alcance o extensión, para adaptarlos a cada situación o caso concreto. El Estatuto constituye, en definitiva, el instrumento adecuado para la introducción de «diferencias» entre los propietarios, siempre que aquellas obedezcan a una clara justificación, y no a un mero capricho del que los otorga.

La exigencia de consentimiento unánime no es preceptiva cuando en el Título constitutivo o en los Estatutos de la comunidad se ha hecho constar que los propietarios de los locales comerciales disponen de la capacidad de realizar determinadas obras u operaciones, o efectuar ciertas instalaciones. En estos casos, no sería necesario solicitar el consentimiento del resto de vecinos, pues se entiende que la autorización por unanimidad se ha ido otorgando, propietario a propietario, a medida que cada uno de ellos ha adquirido su propiedad privativa, al firmar la escritura de compraventa, aceptando así el Título en el que consta la obra nueva y la división horizontal, sino, en lo que ahora nos interesa, los Estatutos a él incorporados.

Cualquier limitación al derecho de propiedad ha de establecerse necesariamente en el Título constitutivo o en los Estatutos. Si tales limitaciones solo se encontraran presentes en el Título de adquisición (en el contrato de compraventa), y no en el título de constitución o en sus posteriores modificaciones, no serían oponibles frente a terceros. En definitiva, las limitaciones establecidas en el Título o en los Estatutos son susceptibles de producir efectos frente a los nuevos propietarios, que gozan, de este modo, de la protección que brinda el Registro de la Propiedad a los nuevos adquirentes de buena fe (12).

Ello explica que no se pueda oponer a los terceros compradores de un local comercial las prohibiciones que pueda haberse impuesto a los primeros en la escritura de compraventa, o en virtud de acuerdos de la Junta de Propietarios cuyos términos o modificaciones limitativas no hayan accedido finalmente al Registro de la Propiedad (STS de 20 de octubre de 2008; *RJ* 2008, 5779) (13).

(12) Dice el artículo 553.11.3 del Libro V del Código Civil de Cataluña que: «*Las normas de los estatutos son oponibles a terceras personas desde que se inscriben en el Registro de la Propiedad*».

(13) La jurisprudencia no es del todo pacífica sobre esta última cuestión, en lo que se refiere a la eficacia frente a terceras personas de las modificaciones estatutarias aprobadas por la Junta de Propietarios pero no inscritas. Comparte esta discutible tesis la SAP de Sevilla, de 10 de junio de 2002 (*EDJ* 2002, 57053), que considera que el comprador tiene la carga y la facultad de realizar, con carácter previo a la compra, la averiguaciones necesarias para conocer las normas de los Estatutos, de régimen interior, y los acuerdos más importantes sobre la cuantía de participación en gastos comunes. Así entendido, el nuevo adquirente de un local comercial podría quedar obligado, sin previo conocimiento, por ciertas modificaciones estatutarias que afecten incluso al destino del inmueble (por ejemplo, incluyendo una prohibición de determinadas actividades comerciales o profesionales, como la que precisamente pretendía desarrollar en ese local), con independencia de que se hallen o no escritas (en esa misma dirección, cabe citar la SAP de Burgos, de 6 de marzo de 2003; *EDJ* 2003, 19057). Ello podría significar dejar vacío de contenido patrimonial el derecho de propiedad del nuevo comunero, sin tener previa noticia de tan gravosa y sorpresiva consecuencia para sus intereses.

Si recapitulamos todo lo dicho hasta este momento, habría que entender que el valor de la doctrina jurisprudencial a la que venimos refiriéndonos (presente, indudablemente, en la mente del legislador catalán en la redacción del art. 553.36 CC de Cataluña), radica en que consolida un criterio de flexibilidad y tolerancia frente a determinadas intervenciones privativas en los elementos comunes, usuales en la práctica, por el mero de hecho de que la propiedad se destine a un uso comercial, empresarial o profesional. En cierta forma, ello implica reconocer esa capacidad alteradora como parte del contenido del derecho a la explotación comercial que, como destino, dicha propiedad lleva implícito, siempre que sus consecuencias no sean gravemente perjudiciales para el resto de comuneros, y resulten necesarias o imprescindibles para cumplir la finalidad implícita en este tipo de propiedad.

El derecho de uso privativo, la capacidad de realizar determinadas actuaciones que exceden de la utilización normal del derecho de propiedad (tales como modificar la configuración del inmueble en determinados casos, o, llegado el caso, realizar operaciones materiales de división, agregación o segregación de propiedad), se encuentra dotado de un indudable valor patrimonial, que, en muchos casos, puede llegar a alcanzar una entidad muy superior al de otras unidades inmobiliarias análogas situadas en el mismo inmueble.

En la ponderación de los intereses en juego —del derecho de la comunidad a no sufrir quebranto en los elementos que la componen, frente a la necesidad de realizar ciertas operaciones necesarias para la apertura o adaptación del local comercial—, la desproporción de los daños originados en uno y otro caso puede llegar a resultar abismal en términos estrictamente económicos. En uno y otro caso, existiría una evidente divergencia entre el valor del negocio cuya apertura queda definitivamente frustrada en razón de determinados incumplimientos del Título o de ciertas alteraciones justificadas pero denegadas, frente al valor del perjuicio originado sobre las instalaciones pertenecientes a la comunidad de propietarios.

Precisamente, el principal argumento que se ha utilizado para autorizar la realización de obras en las fachadas u otros elementos comunes ha consistido, tradicionalmente, en que estas actuaciones, a pesar de constituir una modificación en el aspecto exterior del inmueble, no constituyen una alteración notoria o sustancial de la fábrica del edificio, sino de carácter menor, inocuo, no grave o sustancial, e, incluso, afirmando que forman parte de las que suelen ser toleradas socialmente. A estas habría que añadir, en este momento, aquellas alteraciones que aún no siendo estrictamente menores, sino sustanciales, en cambio resultan imprescindibles o necesarias para el destino comercial, si bien no originan perjuicios graves o irreparables al resto de condueños.

Analizaremos este particular concepto de «alteración» en sus diversas variantes o acepciones jurídicas en el siguiente apartado de este trabajo, para, a renglón seguido, entrar de lleno en el delicado asunto de la validez y eficacia

de las reservas o cláusulas de autorización de actividades, o de exoneración de deberes, contenidas en los Estatutos, mediante las cuales se trata de adaptar todas las particularidades del negocio a la vida en comunidad.

II. EN PARTICULAR: ALGUNOS EJEMPLOS DE ALTERACIONES O MODIFICACIONES IMPLÍCITAS EN LA FINALIDAD COMERCIAL

Si efectuamos un repaso de los supuestos en los que, recientemente, la jurisprudencia ha apreciado con mayor laxitud y flexibilidad las facultades de los propietarios de locales de negocio frente a los de viviendas, reconociendo de forma explícita o implícita la capacidad alteradora que resulta implícitamente del mismo, como parte del contenido y destino del derecho de propiedad, no resultará difícil encontrarnos con grandes —y gratas— sorpresas sobre lo que ocurre a este respecto.

No obstante, debe advertirse que este conjunto de interesantes pronunciamientos de «justicia material», aún cuando la jurisprudencia avanza con paso decidido en aquella dirección, no constituyen hoy precisamente la regla general, por lo que su invocación ante los tribunales debe administrarse con la debida prudencia y cautela. Vayamos por partes.

1. LA NECESIDAD DE DISTINGUIR ENTRE OBRAS DE REFORMA MENORES, ALTERACIONES SUSTANCIALES Y MODIFICACIONES IMPRESCINDIBLES, NECESARIAS O IMPLÍCITAS

En la redacción original del artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal, se prohibía a los propietarios la realización de obras de alteración de los elementos comunes haciendo referencia exclusivamente a los pisos, pero no a los locales, lo que llevó a la doctrina (14) a entender que, al quedar excluidos los locales de negocio del texto de la norma, también estos deberían quedar al margen de tan estricta limitación. Este pequeño resquicio dejaba un portillo abierto a la justificación de que los bajos o las lonjas comerciales pudieran disfrutar de un mayor margen o capacidad alteradora de los elementos comunes, o incluso del propio Título de forma implícita, cuando el objetivo perseguido fuera adaptar el propio negocio a las necesidades de la actividad empresarial o profesional.

En la actualidad, el problema se encuentra resuelto de forma más rigurosa y taxativa. Precisamente, en la redacción dada a aquel precepto por la Ley 8/1999,

(14) VENTURA-TRAVERSET Y GONZÁLEZ, A., *ob. cit.*, pág. 199. En esta misma dirección, FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M., *La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho español*, Madrid, Edersa, 1983, pág. 745.

de 6 de abril, este se refiere indistintamente a *pisos y locales*, sometiéndolos a todos a su férrea disciplina. De hecho, el vigente artículo 7.1 de la Ley de Propiedad Horizontal, que debe ponerse en relación con el artículo 12 de ese mismo texto legal, consagra un rígido *ius prohibendi* a la alteración de forma unilateral de los elementos comunes del edificio (15).

Dicha regla de principio, al día de hoy, solo puede resultar corregida o atemperada por vía de interpretación o a virtud de una reserva estatutaria en un sentido favorable a la autorización de la obra de adaptación o modificación.

El aspecto más destacado del artículo 7.1 de la Ley de Propiedad Horizontal, frente a la parquedad del ya comentado artículo 553.36.1 del Código Civil catalán, lo encontramos en que el primero dispone expresamente las «excepciones» a la facultad de modificación de los elementos comunes por los propietarios. Estas serían la seguridad del edificio, el estado o configuración exterior y los derechos del resto de comuneros, aspectos que constituirían las fronteras infranqueables a la actuación alteradora de todo propietario.

Ciertamente, los conceptos de «alteración» o «menoscabo» que contiene dicho precepto se enfrentan al problema de sus múltiples matices e interpretaciones posibles. Unas veces nos enfrentaremos ante criterios puramente estéticos, de ornato o decoro. En cambio, en otras ocasiones tendremos que referirnos a obras que pueden llegar a comprometer seriamente la seguridad del edificio.

Ahora bien, aunque en muchas ocasiones puede resultar difícil distinguir entre lo que son pequeños «menoscabos» frente a lo que es propiamente una «alteración», de modo que pueda materializarse u objetivarse el daño producido en cada caso, lo que no cabe admitir es que, a aquellos efectos excluyentes, baste con que se produzca cualquier «mera alteración incontestada» (16), verdadero cajón de sastre que significaría la prohibición de toda obra de modificación, alteración o adaptación por el simple hecho de que esta tenga lugar, sin valorar antes su entidad o la realidad del impacto que estas producen sobre los elementos comunes del inmueble. No en vano, con lógica prudencia tiene establecido el Tribunal Supremo, en sentencias como la de 9 de marzo de 1993 (*RJ* 1993, 1825), que la apreciación de la alteración de la cosa común es puramente un problema de hecho que variará en cada supuesto, siendo los Tribunales de Instancia quienes en definitiva tendrán que valorarlo.

En el análisis de esta cuestión, la doctrina suele distinguir varias clases o categorías de modificaciones en función de su naturaleza, lo que resulta de extraordinaria importancia a los efectos que ahora nos interesan.

(15) Conforme al artículo 397 del Código Civil, se prohíbe a los propietarios realizar alteraciones en los elementos comunes, aunque conlleven ventajas para todos los demás, sin el consentimiento de estos.

(16) La expresión es de BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, coordinado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 3.ª ed., Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, pág. 164.

De una parte, se suele hacer referencia a las alteraciones «menores», «ino-cuas», «no graves» o «simples» de los elementos comunes. En estos casos, dada su poca entidad, no sería exigible una previa autorización o consentimiento por los propietarios (17). Frente a estas, habría que distinguir lo que propiamente constituyen alteraciones «graves» o «sustanciales» en la estructura o fábrica del edificio. Estas alteraciones sustanciales, a las que se refieren los artículos 7.1 y 12 de la Ley de Propiedad Horizontal, serían las únicas expresamente prohibidas a no contar con una previa autorización o reserva estatutaria.

Así entendido, resulta necesario distinguir entre obras que simplemente afectan a los elementos comunes, de aquellas que alteran su configuración o contradicen su destino o naturaleza, siendo exigible el consentimiento unánime de la Junta solo para estas últimas (18).

Además, a este respecto no resulta posible obviar los requisitos de Derecho administrativo —como son las licencias— que pueden ser necesarios para la ejecución de dichas obras, y que operan al margen o con independencia de las exigencias previstas en el Derecho Civil. En efecto, la presencia de una mera licencia administrativa que autorice la ejecución de una determinada adaptación o modificación de una instalación común no justifica por sí sola que el propietario de cualquier local pueda llevarla a cabo «cuando no tiene la previa autorización de la comunidad de propietarios» (SAP de Madrid, de 25 de abril de 2007; *JUR* 2007, 211251).

Todo ello ha llevado a la jurisprudencia a afirmar que «frente a posturas más ortodoxas de antaño, extremadamente rígidas con el criterio de la unanimidad para la toma de acuerdos sobre los elementos comunes, lo cierto es que la jurisprudencia actual, más sensible, aplica una *regla de razonabilidad* en virtud de la cual, si existen locales y su funcionamiento es lícito, no pueden ponerse obstáculos insuperables a la realización de innovaciones o instalaciones que son imprescindibles para su funcionamiento habida cuenta del destino comercial o industrial de los locales establecido en los Estatutos, que permite concluir con la afirmación de una autorización tácita para ello» (SAP de Murcia, de 17 de enero de 1995; AC 1995, 181).

Sin duda, el elemento común que tradicionalmente es más susceptible de sufrir un mayor número de alteraciones o modificaciones es la fachada exterior del inmueble. Respecto de esta último elemento, parece existir un consenso en que existe una zona o porción de la fachada del inmueble, que coincide con la planta baja o de calle, que, salvo excepciones (como, por ejemplo, cuando

(17) La SAP de Barcelona, de 7 de octubre de 2008 (*JUR* 2009, 38444) habla en estos casos de «alteración de la configuración estética mínima en relación al perjuicio posible».

(18) La jurisprudencia, desde antiguo, tiene una clara tendencia a limitar el concepto de alteración a las modificaciones esenciales de cierta entidad, que afecten a la estructura o fábrica del edificio o a sus elementos comunes [STS de 15 de febrero de 1988 (*RJ* 1988, 1989), 12 de abril de 1989 (*RJ* 1989, 3004) y 16 de octubre de 1993 (*RJ* 1992, 7829)].

existe una única solución constructiva o arquitectónica «de conjunto» a la vista de la singularidad del edificio), no cabe considerar propiamente como elemento común inalterable. Precisamente, una de las razones que llevaron a la SAP de Sevilla, de 28 de marzo de 2008 (AC 2008, 1762) a rechazar la apertura de ciertos huecos fue, precisamente, que estos se realizaron en una zona que «no es elemento constructivo de aprovechamiento singular y exclusivo para el local de planta baja».

La justificación de la alteración es clara. En casi todos los casos, para el adecuado aprovechamiento de un local y para hacerlo más atractivo a la clientela, según la actividad que se desarrolle, se exige que se aproveche la fachada de modo diferente, «bien abriendo grandes huecos a la calle o amplios escaparates para mostrar la mercancía o cerrarlos al exterior para buscar cierta intimidad, por lo que ello no puede estar sometido a la aprobación de la comunidad de propietarios en la misma forma que otras actuaciones, pues ello constituirá una grave limitación a los intereses económicos de los propietarios de los locales» (SAP de Málaga, de 21 de abril de 2008; *JUR* 2008, 252028).

En realidad, las obras de acondicionamiento o reforma de los locales comerciales pueden afectar a diversos elementos comunes, no solo en el ámbito interno, como los tabiques, muros o techos, sino en el ámbito exterior, como los muros perimetrales, suelo, subsuelo, o cubiertas. En estos casos, no se ha considerado alteración de los elementos comunes el cerramiento de un local diáfano, cuando de la declaración de obra nueva resulta que la obra estaba inconclusa [STS de 18 de mayo de 1995 (*RJ* 1995, 3931) o SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 22 de abril de 1995 (AC 1995, 1706)]. Tampoco se ha considerado obra de alteración sustancial la ampliación, adelantamiento y separación de la cerradura de lamas de madera de una de las ventanas situadas en la entreplanta de un local comercial del demandado, a la vista de la irrelevancia a los efectos de afectación de la estructura del edificio, de su configuración o aspecto exterior (SAP de Cantabria, de 24 de junio de 2009; *JUR* 2009, 318925).

Por su parte, la colocación de tuberías sobre el techo del garaje para dar servicio al local comercial se ha considerado como una «obra imprescindible para el adecuado uso de la finca conforme a su destino de local comercial» (SAP de Lugo, de 1 de octubre de 2009; *JUR* 2009, 452031). Se trataría de «una práctica usual, correcta y lógica» (SAP de La Coruña, de 17 de abril de 2008; *JUR* 2009, 258315). Asimismo, se ha permitido la colocación de persiana metálica en fachada de local ante la ausencia de impacto estético alguno en el resto del edificio (SAP de León, de 30 de junio de 2009; AC 2009, 1776).

Siguiendo este recorrido casuístico, hay que recordar que la instalación de sillas, mesas o veladores, toldos u otras estructuras en «dominio público», y no en espacios o zonas comunes, no se encuentra sujeta a autorización de la comunidad de propietarios, sino tan solo a la concesión de la correspondiente licencia administrativa (SAP de 15 de octubre de 2007; AC 2008, 208). Por el

contrario, cuando la instalación se realiza en una zona común, nos hallaríamos ante una ocupación temporal de un espacio privativo de la comunidad que debería contar con la previa autorización de los comuneros. Al tratarse de una cesión sujeta a plazo, la doctrina suele incardinar este último supuesto en el arrendamiento de los elementos comunes, que recibe un tratamiento específico en el artículo 17.1 de la Ley de Propiedad Horizontal, que exige el acuerdo de las tres quintas partes del total de propietarios que a su vez representen las tres quintas partes de las cuotas de participación.

Por lo demás, siempre resulta recomendable tener en cuenta la totalidad de circunstancias concurrentes, propicias en muchas ocasiones para la aplicación de la doctrina del *consentimiento tácito* de la comunidad cuando esta, durante años, no ha reaccionado frente a ciertas alteraciones [SSTS de 19 de diciembre de 2005 (*RJ* 2006, 152), 11 de julio de 1994 (*RJ* 1994, 6388), y 26 de mayo de 1986 (*RJ* 1986, 2822) (19).

Dicha doctrina del consentimiento tácito ha sido acogida, como hemos observado anteriormente, en el artículo 553.36.3 del Código Civil de Cataluña (20).

2. INSTALACIÓN DE ANUNCIOS, PLACAS Y CARTELES PUBLICITARIOS

A falta de previsión estatutaria, la doctrina se muestra favorable a la posibilidad de la instalación de anuncios y carteles sin necesidad de autorización unánime sino solo mayoritaria, con la condición de que no se perjudique a los demás propietarios, siempre que se trate de obras dirigidas a adaptar el negocio a las exigencias técnicas y las necesidades publicitarias (SAP de Alicante, de 17 de mayo de 2000; *AC* 2000, 4966).

En general, la instalación de anuncios o carteles es inherente a cualquier actividad negocial y debería, por ello, dentro de ciertos límites, ser admitida como una forma de uso lícito de los elementos comunes, siempre que no se origine un daño o perjuicio sustancial a los derechos de los demás propietarios, ni se altere el decoro arquitectónico del inmueble; en tanto no se produzca ese perjuicio, el uso de los elementos comunes sería factible, «siempre que la colocación de rótulos o carteles no exceda de los parámetros exteriores del local» (STS de 6 de abril de 2006; *RJ* 2006, 6244).

(19) Ahora bien, también existen opiniones en contrario. Así, la inactividad de la comunidad durante un largo espacio de tiempo ante el uso de las terrazas comunes del edificio por parte de los propietario de un local instalado en los bajos del inmueble destinado a bar, se consideró que no implicaba la existencia de un consentimiento tácito (STS de 10 de junio de 2002; *RJ* 2002, 8580).

(20) Dice el precepto en cuestión que: «*se entiende que la comunidad ha dado el consentimiento si la existencia de obras que no disminuyen la solidez del edificio ni comportan la ocupación de elementos comunes es notoria y la comunidad no ha mostrado oposición en el plazo de seis años desde que finalizaron*».

En esa misma dirección, la STS de 10 de octubre de 2007 (*RJ* 2007, 8420) añade que, tratándose de locales comerciales la posibilidad de realización de obras debe ser más amplia, pues la finalidad comercial de los locales comporta la necesidad de presentar una configuración exterior adecuada a su carácter y a la necesidad de facilitar el conocimiento de su existencia y de publicitar y hacer atractiva su actividad para los clientes. Dicha modificación debe considerarse implícita en su finalidad comercial, salvo prohibición o limitación estatutaria establecida expresamente [SSTS de 10 de abril de 1995 (*RJ* 1995, 3248) y 27 de junio de 1996; *RJ* 1996, 4795)].

En muchas ocasiones, la jurisprudencia suele considerar esta facultad alteradora como «menor» o como implícita en el derecho de propiedad de los locales comerciales. Si no hubo inconveniente en la instalación del negocio, tampoco debería haberlo para que se utilice en la fachada del local donde se ubica los signos distintivos necesarios para el ejercicio de dicha actividad, siempre que no supongan una grave alteración de la configuración exterior del edificio, ya que, a diferencia de los pisos, que guardan en su exterior una misma fisonomía, que fácilmente se puede ver alterada con cualquier obra, los locales comerciales carecen de ella normalmente.

A este mismo respecto, la SAP de Castellón, de 26 de septiembre de 2002 (*AC* 2002, 1492) advierte que: «esta aludida regla general admite diversas excepciones. Así, por ejemplo, cuando los Estatutos por los que se rige la Comunidad permitan expresamente la colocación de carteles en determinados espacios; cuando exista una autorización ulterior expresa o tácita de la comunidad de propietarios, esta última inferida de su tolerancia por un largo espacio de tiempo o desde el inicio de la comunidad; cuando, habida cuenta de las dimensiones del cartel anunciador y el lugar en que está ubicado, se estime que no altera de forma importante la configuración exterior del edificio y que no perjudica el interés general de la comunidad o el particular de algún comunero, como en el caso de que obstaculice las vistas de determinados pisos».

También la SAP de Sevilla, de 13 de septiembre de 1994 (*AC* 1995, 588), ha rechazado la pretensión de que se retirara un cartel anunciador de una actividad comercial desarrollada en el local, colocado en fachada (elemento común) sin la autorización unánime de la Junta de propietarios, al entender que la alteración de la configuración exterior del edificio ocasionada «no era grave», y añadiendo «que este tipo de infracciones son consideradas, habitualmente, por los órganos judiciales con mucho menos rigor en relación con los locales comerciales que con las viviendas».

Por lo demás, la colocación de placas metálicas de escasas dimensiones en los elementos comunes (generalmente el portal), con tal fin publicitario, no se ha considerado alteración sustancial de los elementos comunes, por lo que podrían instalarse sin necesitar de una previa autorización de la Junta [SAP de

Burgos, de 26 de noviembre de 1998 (AC 1998, 7762) y SAP de Cáceres, de 26 de enero de 1998 (AC 1998, 193)].

Se observa, pues, que el denominador común utilizado para justificar este tipo de intervenciones no reside exclusivamente en su carácter menor o inocuo, sino también en el hecho de resultar imprescindible pese a tener carácter sustancial, y, por tanto, implícito, en la finalidad comercial de esta clase de propiedades.

3. APERTURA DE PUERTAS DE EMERGENCIA

La apertura de una puerta de emergencia o de evacuación en caso de incendio suele exigirse como una condición necesaria para la obtención de la correspondiente licencia de actividad, siempre y cuando el local se destine a determinadas actividades comerciales, generalmente de cierta envergadura. Generalmente, el problema reside en el hecho de que no todos los inmuebles se encuentran preparados, de origen, para soportar este tipo de instalaciones, problema que se agrava en proporción a la antigüedad del edificio. De la misma forma, no siempre los Estatutos contienen una reserva estatutaria que autorice a los locales a ejecutar directamente esa instalación.

Nos encontramos, sin duda, ante uno de los supuestos que ha sufrido una más rápida transformación de la opinión existente en relación con su régimen jurídico civil aplicable, a la vista de los últimos criterios interpretativos de la reciente jurisprudencia existente sobre el particular. En un breve espacio de tiempo, se ha pasado de exigir el consentimiento unánime de los propietarios, como requisito previo inexcusable, para evolucionar a las posiciones actuales, mucho más flexibles y moderadas. Al día de hoy, ni la jurisprudencia menor, ni tampoco la del Tribunal Supremo, se muestren uniformes a este respecto. Ahora bien, más que de discrepancias sustanciales hemos de hablar, en general, de distintos supuestos de hecho que exigen soluciones diversas a la hora de resolver la cuestión, como suele ser habitual.

Precisamente, en el caso analizado por la interesantísima SAP de Pontevedra, de 20 de enero de 2010 (*JUR* 2010, 91391) se concluye que «la apertura de la puerta (de emergencia) en cuestión no obedece al capricho sino, conforme dejó claro el perito judicial, al tipo de negocio en que se va a desarrollar y para la que se ha concedido licencia provisional. Ni este Tribunal ni la Comunidad apelada pueden mantener una postura opuesta a la realidad. El local comercial necesita esa salida de emergencia para el mantenimiento de su actividad económica y los intereses económicos que tiene en juego van más allá de la oposición de algunos copropietarios, que sin razón alguna de peso se oponen a ello».

La STS de 27 de abril de 1994 (*RJ* 1994, 3081), a la que habría que añadir, más recientemente, la STS de 2 de noviembre de 2004 (*RJ* 2004, 6863), contemplan un caso análogo, en el que se desestimó la denegación de autori-

zación a una puerta de emergencia, solo en caso de incendio, a través de un muro común del inmueble, a la vista de las siguientes consideraciones: *a)* La puerta era exigida por la correspondiente Ordenanza Municipal como requisito inexcusable para la licencia de apertura del local a la actividad del local prevista en el título; y *b)* La negativa comunitaria al propietario del local, no obstante utilizarlo con arreglo al destino que el título constitutivo le atribuye y en las condiciones de buena fe e intrascendencia para el derecho de los demás que a la Junta le fueron ofrecidas y que debieron determinar una actuación *civiliter* que la sentencia impugnada impone.

En realidad, la negativa a la citada apertura podría ser contraria a la buena fe en el caso de que el título ya previese un determinado destino al local, a lo que habría que añadir que la existencia de la puerta resultará generalmente intrascendente para el resto de la comunidad, en la medida en que no estaría originando perjuicio alguno.

En conclusión, como se afirma en la citada SAP de Pontevedra, de 20 de enero de 2010 (*JUR* 2010, 91391), «lo que resulta trascendental no es que se trate de una modificación de los elementos comunes impuesta por la Administración para el uso del local-bajo, con lo que quiebra la exigencia de unanimidad en la autorización de la comunidad, incluso de mayoría, ya se trata de una materia que está fuera de su ámbito de disposición pues no es que la Administración competente haya autorizado una determinada instalación en un elemento sometido a régimen de propiedad horizontal para que la comunidad quede vinculada (STS de 22 de noviembre de 2001; *RJ* 2001, 9709), sino que se impone para que continúe el uso que le es propio a uno de los elementos del edificio con unos determinados requisitos, y estos se han de cumplir al margen de los deseos e intereses de los comuneros». Esta destacada resolución, sin duda, deja abierto el camino a futuros planteamientos mucho más elásticos en relación con esta misma cuestión.

4. INSTALACIÓN DE CHIMENEAS DE EVACUACIÓN DE HUMOS Y GASES

Uno de los supuestos que suele generar más quebraderos de cabeza a las personas que necesitan adaptar el local adquirido para determinadas actividades comerciales, lo encontramos en la necesidad de ubicar en los elementos comunes, generalmente en los patios o fachadas interiores, chimeneas de evacuación de humos y gases, necesarias para la concesión de la licencia administrativa, cumpliendo, de este modo, la normativa municipal sobre protección del medio ambiente aplicable en la localidad en cuestión.

Sin embargo, pese a resultar absolutamente imprescindibles, así como del hecho de que la omisión de esta instalación pueda llegar a hacer perder buena parte del valor económico del local, nuestra jurisprudencia se muestra extraor-

dinariamente rigurosa e inflexible a la hora de examinar los presupuestos que deben concurrir en el orden civil, muy por encima de otros ejemplos de los aquí tratados, aunque tengan un carácter análogo.

En efecto, a falta de una reserva estatutaria que le permita al propietario del local comercial la realización de dicha instalación, la colocación de una chimenea de evacuación de humos exige la previa autorización unánime de la Junta de propietarios. La jurisprudencia considera que dicha instalación supone crear una servidumbre que afecta al Título (21), en detrimento de la comunidad (STS 13 de junio de 1998; *RJ* 1998, 4686). De ello se colige que solo cuando se encuentre presente una facultad estatutaria específica, que permita las salidas de humos sin autorización de la comunidad, cabrá imponerlas prescindiendo del consentimiento unánime de los comuneros (22).

De hecho, como se afirma en la SAP de Asturias, de 5 de junio de 2009 (AC 2009, 1436), no basta la ausencia de perjuicio para suplir el consentimiento de los propietarios, sino que es preciso acreditar el beneficio que reporta a la comunidad, un interés general o común y no particular para oponerse y dejar sin efecto la voluntad mayoritaria expresada por los órganos de gobierno dentro de sus competencias y en defensa de elementos comunes, sin que el apoyo en normas administrativas que exijan o impongan tal instalación conlleve la obligación de la comunidad a admitirla (STS de 22 de noviembre de 2001, *RJ* 2001, 9709).

A pesar de ello, por ahora la jurisprudencia no se ha mostrado favorable, en momento alguno, a la moderación de los requisitos exigidos al respecto, aplicando para ello los tradicionales criterios de matización utilizados en otras ocasiones, como la interpretación sociológica de las normas, el abuso del derecho, la doctrina de los actos inocuos o los actos de emulación, a los que nos referiremos posteriormente.

En mi opinión, el rigor exigido al día de hoy debería atemperarse en el futuro. En esa dirección ha avanzado el artículo 553.46.2 del Código Civil de Cataluña, para el que si la obra llevada a cabo por el propietario comporta la alteración de elementos comunes, «*debe aprobarse de acuerdo con la mayoría que resulta de lo establecido por el artículo 553.25*» (23).

(21) El supuesto no escaparía a la aplicación del artículo 597 del Código Civil, del que se desprende que para imponer un gravamen de esa naturaleza se necesita el consentimiento de todos los copropietarios.

(22) SSTS de 29 de octubre de 2001 (*RJ* 2002, 8578), 5 de abril de 2005 (*JUR* 2005, 130384) y de 5 julio de 2007 (*JUR* 2007, 318786).

(23) Conforme a lo dispuesto en el artículo 553.25.3 del Código Civil de Cataluña: «*Es suficiente el voto favorable de las cuatro quintas partes de los propietarios, que deben representar las cuatro quintas partes de las cuotas de participación, para adoptar acuerdos relativos a innovaciones físicas en el edificio si afectan a su estructura o configuración exterior y a la construcción de piscinas e instalaciones recreativas*».

No en vano, algunos autores, entre los que sorprende encontrar al propio BATLLE VÁZQUEZ (24), recomiendan que, en estas situaciones, se atempere el rigor de la unanimidad, bastando un acuerdo mayoritario para autorizar dicha instalación, siempre que el elemento en cuestión no produzca daños, y no altere de forma relevante el decoro o aspecto del inmueble, lo que, sin duda, parece razonable (25).

5. LA ADAPTACIÓN DEL LOCAL COMERCIAL A CRITERIOS DE CONFORTABILIDAD CLIMÁTICA

La prohibición o limitación a la instalación de aparatos de climatización o aire acondicionado por parte de los locales comerciales, usando para ello los elementos comunes, choca con el derecho de cualquiera de los comuneros a adecuar sus dependencias privativas a las condiciones de habitabilidad necesarias, según su destino. Ello explica que la adopción de una solución al respecto dependa, en muchas ocasiones, de una decisión de justicia puramente material.

La respuesta de nuestra jurisprudencia a este problema solo ha llegado en fechas bien recientes de forma concluyente. Efectivamente, todavía se lamentaba, no hace mucho, la SAP de Barcelona, de 19 de junio de 2008 (*JUR* 2008, 265488), de que «en estos supuestos no podía establecerse *a priori* una doctrina uniforme, debiendo estarse a las circunstancias de cada caso concreto» (26).

Sin embargo, la cuestión ha sido resuelta a través de una nítida jurisprudencia del Tribunal Supremo, en unificación de doctrina, a lo largo de estos últimos años.

En efecto, sobre este particular, señala la STS de 16 de mayo de 2008 (*RJ* 2008, 3081), a la que siguió poco después la STS de 22 de octubre de 2008 (*JUR* 2008, 343012), que: «La incorporación de aparatos de aire acondicionado sin obras de perforación en el inmueble, no cabe apreciarla como modificación de elementos comunes, en virtud de que, en otro caso, se impedirían los servicios del progreso en edificios no preparados para esta particularidad, lo que no constituye la interpretación aceptada por la sociedad al sistema de actuación

(24) BATLLE VÁZQUEZ, M., *ob. cit.*, pág. 131.

(25) ECHEVARRÍA SUMMERS, F. M. (*Comentarios...*, cit., pág. 360), citando alguna jurisprudencia al respecto, se hace eco esta última postura. Existen situaciones que comportan un uso y disfrute de los elementos comunes que desborda el ordinario o normal que conlleva su destino, pero tampoco alcanza el relieve que resulta de la interpretación de la expresión «alteración» de los textos legales. Así entendido, puede resultar preciso el consentimiento de la comunidad, pero la unanimidad, sino la simple mayoría de propietarios y cuotas.

(26) El encaje de cada caso planteado en el régimen jurídico de la propiedad horizontal resultaba realmente complejo, «por las diversas particularidades que en cada uno concurren» (SAP de Alicante, de 4 de junio de 2008; *RJ* 2008, 274177).

de los comuneros, por lo que hay que acudir a la realidad social que impone el artículo 3.1 del Código Civil» (27).

Ahora bien, debe advertirse, como no puede ser de otra manera, que ello no alcanza a que el propietario, con esa misma finalidad, realice obras de fábrica que afecten a elementos comunes, como sucede en este caso, pues, en estos casos, la prohibición es manifiesta (28); ni que los propietarios tengan que asumir niveles de ruidos o inmisiones molestias derivadas de la instalación de climatización en clara contravención de la normativa administrativa (29).

6. DIVISIÓN, AGREGACIÓN Y SEGREGACIÓN DE LOCALES COMERCIALES

Se suele afirmar que las operaciones de división, agregación o segregación de los locales existentes en el inmueble, admitidas en el artículo 8 de la Ley de Propiedad Horizontal, implican una modificación del Título por lo que se encuentran sujetas al consentimiento de todos los propietarios. Así las cosas, a estos efectos no sería suficiente la autorización de los dueños de los locales directamente afectados (30).

Hasta fechas recientes, y en diferentes ocasiones, el Tribunal Supremo se ha pronunciado incluso en contra de la validez de las cláusulas previstas en los Estatutos que permiten dividir, agregar o segregar sin una autorización de la Junta (31). Sin embargo, la moderna jurisprudencia se inclina por conceder

(27) Este criterio ya había sido anteriormente mantenido con claridad por un amplio sector de nuestras Audiencias Provinciales. A este respecto, pueden citarse, por su interés, la SAP de Valencia, de 30 de junio de 2008 (*JUR* 2008, 308679); SAP de La Coruña, de 13 de julio de 2007 (*JUR* 2007, 336646), y, más concretamente, la destacada SAP de Cuenca, de 17 de abril de 2007 (*JUR* 2007, 281670).

(28) SSTS de 26 de noviembre de 1990 (*RJ* 1990, 9052) y 24 de febrero de 1996 (*RJ* 1996, 1590)». De este modo, la licencia administrativa para su instalación no puede considerarse suficiente para que el propietario de cualquier local instale unos aparatos de aire acondicionado de cualquier manera, especialmente cuando, dada la alteración, resulta precisa la comunidad de Propietarios (SAP de Madrid, de 25 de abril de 2007; *JUR* 2007, 211251).

(29) SAP de Jaén, de 16 de marzo de 2007 (*JUR* 2007, 214663).

(30) El artículo 553.11.2.a) del Código Civil de Cataluña prevé también la existencia de pactos con estas características. Dice dicho precepto que son válidas, entre otras, las siguientes cláusulas estatutarias: «*Las que se permiten las operaciones de agrupación, agregación, segregación y división de elementos privativos y las de desvinculación de anexos con creación de nuevas entidades sin consentimiento de la junta de propietarios. En este caso, las cuotas de participación de las fincas resultantes se fijan por la suma o distribución de las cuotas de los elementos privativos afectados*». Su modificación, no obstante, no se somete a las exigencias de la rigurosa unanimidad. A este respecto, el artículo 553.25.2.d) señala que: «*Es preciso el voto favorable de las cuatro quintas partes de los propietarios, que deben representar las cuatro quintas partes de las cuotas de participación, para adoptar acuerdos de modificación del título de constitución y de los estatutos, salvo que el título establezca otra cosa*».

(31) SSTS de 3 de mayo de 1989 (*RJ* 1989, 3583) y 19 de julio de 1993 (*RJ* 1993, 6160).

cobertura jurídica a estas operaciones autorizadas estatutariamente, siempre y cuando estas no supongan actuaciones de envergadura que afecten a la estructura del inmueble, su seguridad o, de forma sustancial, a los elementos comunes (32). Lo mismo cabría decir respecto de los criterios exigidos a la vista de la doctrina registral (33).

En efecto, dicha modificación solo sería posible si cumplen determinados requisitos, objeto de una especial elaboración jurisprudencial, que cabría resumir en los siguientes: 1) que los locales resultantes sean susceptibles de aprovechamiento independiente; 2) que no se altera la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o aspecto exteriores o perjudiquen los derechos de otros propietarios; y 3) que no se altere sustancialmente los elementos comunes. Siempre que se cumplan estos requisitos, y sin perjuicio de los condiciones exigidas por la Legislación Hipotecaria a los efectos de la inscripción, dichas modificaciones deberían ser aceptadas sin objeción alguna por parte de la comunidad (34).

Antes de concluir, resulta necesario llamar la atención sobre las diferencias existentes entre los conceptos de división material y jurídica. A este respecto, resulta de gran interés la STS de 19 de diciembre de 2008 (*RJ* 2009, 159), en la que se advierte que a los efectos de la «división material» no interviene la normativa de la propiedad horizontal y sin que aparezca inconveniente alguno para que el dueño de un local separe materialmente su propiedad, coloque tabiques y distribuya su uso; igualmente, cabe que se vendan partes *pro indiviso*, incluso con coeficiente interno, asignación de la utilización de una zona concreta y destino definido, esto es, con el establecimiento de unas reglas propias no afectantes a la Comunidad, y con la sola exigencia de no modificar ni dividir la cuota de propiedad precisada en el Título, ni que se afecte con obras o servicios a elementos comunes. Por el contrario, la «división jurídica» presenta una cuestión diferente, pues si la pretensión del titular es la de que un piso o local pase a ser dos, tres o más, con desaparición de la cuota de propiedad inicial y asignación de otras diferentes, aunque sea con la suma de lo mismo, se necesita del acuerdo unánime de la Junta de Propietarios, ya que se considera que existe modificación del Título.

El problema surge cuando la comunidad, o alguno de los propietarios, se niega a permitir dicha variación, siempre que se pretenda que la modificación trascienda del ámbito puramente material, por lo que, en ausencia de acuerdo unánime, no quedará otra alternativa que acudir a la vía judicial. Precisamente,

(32) STS de 19 de septiembre de 1991 (*RJ* 1991, 6056).

(33) RDRGN de 26 de febrero de 1998 (*RJ* 1988, 1322). La condición es que no se alteren las cuotas de los propietarios ni se perjudiquen los derechos de estos.

(34) SSTS de 30 de septiembre de 1988 (*RJ* 1988, 6935) y 22 de mayo de 1995 (*RJ* 1995, 4087).

en esta última dirección, la STS de 13 de marzo de 2003 (*RJ* 2003, 2579) ha permitido que la modificación o el cambio del Título tenga lugar por la vía judicial, aunque no haya unanimidad, «si la oposición es considerada como un acto de abuso de la ley y un uso antisocial del derecho».

Dicho esto, como se afirma en la SAP de Cantabria, de 14 de mayo de 1996 (*AC* 1996, 912), no habría inconveniente para que el propietario pueda distribuir a su agrado las dependencias internas del local dividiéndolo mediante tabiques, con apoyo en esta distinción entre actos de división puramente material y actos de división jurídicamente trascendentes. Incluso, sería posible la comunicación entre locales cuando el propietario de ambos es un mismo sujeto. Al contrario, ello no sería posible cuando se trate de inmuebles diferentes, pues el muro perimetral actúa como elemento común, originándose un nuevo espacio que exigiría el consentimiento de todas las comunidades afectadas (35).

Por el momento, lo cierto es que resulta difícil concebir operaciones de segregación, agregación o división al margen de una previa autorización o reserva estatutaria, o de un acuerdo expreso de la Junta de propietarios adoptado por unanimidad. No obstante, a mi juicio, el régimen previsto en el artículo 8 de la Ley de Propiedad Horizontal resulta, en estos momentos, excesivamente riguroso y debería ser objeto de revisión hacia posturas más permisivas, fundamentalmente de cara al régimen de autorización o adopción de acuerdos, y a la acreditación de los requisitos para que dichas operaciones puedan, como hemos visto, acceder al Registro de la Propiedad.

Asimismo, en la mayoría de las ocasiones, estas actuaciones, aún teniendo un exclusivo interés privativo, no generan perjuicio alguno a la comunidad de propietarios (sin perjuicio de que esta deba ser informada fehacientemente a los efectos del cumplimiento de las obligaciones y del ejercicio de derechos por parte de las nuevas unidades inmobiliarias). A ello habría que añadir la justificación de que tales operaciones, en general, resultan absolutamente imprescindibles en relación con ciertas actividades de explotación comercial dotadas de una cierta entidad, envergadura o tamaño.

7. «EXONERACIONES EXPRESAS» Y «EXONERACIONES IMPLÍCITAS»: EL PROBLEMA DE LA AUSENCIA DE USO O BENEFICIO PARA EL DUEÑO DEL NEGOCIO Y SU INFLUENCIA EN LA IMPUTACIÓN DE LOS GASTOS DE COMUNIDAD

Aunque no nos encontremos propiamente ante un supuesto de adaptación, modificación o alteración de los elementos comunes del edificio, resulta coherente con todo lo anteriormente planteado referirnos en último lugar a esta

(35) SSTs de 4 de abril de 1981 (*RJ* 1981, 1481) y 10 de octubre de 1980 (*RJ* 1980, 3621).

cuestión, aunque solo lo sea brevemente, en la medida en que una exoneración del cumplimiento de algunos deberes —como el abono de ciertos gastos relativos a instalaciones o servicios a los que el titular del negocio no tienen acceso directo o posible aprovechamiento—, significaría la modificación de las reglas contenidas en el Título.

Lo cierto es que se trata de una cuestión que suele preocupar al pequeño o mediano empresario o comerciante, que decide instalar su negocio en uno de los locales existentes en la planta de calle de un inmueble en régimen de propiedad horizontal.

Conforme al principio general establecido en el artículo 9.1.e) de la Ley de Propiedad Horizontal, los gastos generales deben repartirse entre todos los comuneros conforme a su cuota de participación. Del mismo modo, el artículo 9.2 de esa misma Ley posibilita la imputación de los gastos a un determinado grupo de propietarios, excluyendo a otros, de la siguiente forma: «*Se reputarán generales los gastos que no sean imputables a uno o a varios pisos o locales*». Dichos preceptos estarían admitiendo la posibilidad del establecimiento de un régimen particular o diferenciado de distribución de los gastos por vía estatutaria, en el que se tenga en cuenta la singularidad de ciertas propiedades. Hay que tener en cuenta que estos locales, de forma habitual, solo disponen de una salida a la calle, careciendo, en consecuencia, de un acceso directo al portal y escaleras, lo que materialmente les priva del uso de buena parte de los servicios e instalaciones del edificio (36).

La cuestión principal estriba en cómo armonizar o compatibilizar adecuadamente los preceptos antes citados. Mediante estos pactos o reglas de imputación, valorando el uso recibido y el beneficio obtenido, se pretende conseguir que los comuneros que no tengan acceso a determinados servicios o instalaciones comunes sean exonerados del pago de los gastos que generan. El problema se observa, como siempre, en aquellos casos —la mayoría— en que dicha previsión no ha sido recogida en los Estatutos originariamente (37).

A la vista de la realidad material de los hechos, si no existe objetivamente un acceso a tales instalaciones, lo cierto es que debería encontrarse presente, conforme a lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Ley de Propiedad Horizontal,

(36) El Código Civil de Cataluña se muestra muy riguroso al respecto, dejando poco margen de flexibilidad, a diferencia de lo que ocurre en otros supuestos de los aquí planteados. El artículo 553.45.2 dispone lo siguiente: «*La falta de uso y goce de elementos comunes concretos no exime de la obligación de sufragar los gastos que derivan de su mantenimiento, salvo que una disposición de los estatutos, que solo puede referirse a servicios o elementos especificados de forma concreta, establezca lo contrario*».

(37) En análogos términos a los previstos en el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal, el artículo 553.11.2.b) del Código Civil catalán permite la constancia en los Estatutos de la comunidad de cláusulas que exoneren a determinados «*elementos privativos*» de «*la obligación de satisfacer los gastos de conservación y mantenimiento del portal, escalera, ascensores, jardines, zonas de recreo y demás espacios similares*».

una expresa disposición estatutaria de exoneración de la participación en esos gastos, lo que, en todo caso, resulta razonable si tuviéramos en cuenta la opinión al respecto de cualquier ciudadano medio.

Aún así este dilema solo puede ser resuelto por vía de pacto: solo sería posible eximir a esos propietarios si existe un más que improbable acuerdo unánime de exclusión, o, más generalmente, una cláusula de exoneración en los Estatutos.

Sin embargo, la jurisprudencia se encuentra dividida a la hora de afirmar que un propietario está obligado a participar en los gastos generados por las instalaciones, servicios o suministros comunes a los que no tiene acceso o no le suponen un beneficio, siempre y cuando no exista una cláusula estatutaria que claramente le exonere.

En la mayoría de las ocasiones, la conclusión a la que se llega es que «la dispensa de los gastos ha de ser expresa» (SAP de Álava, de 28 diciembre de 2007; AC 2008, 582). Es más, la STS de 14 de mayo de 1993 (RJ 1992, 4210) calificó como contraria a la ley la idea de no hacer contribuir a un propietario a los gastos de conservación o mantenimiento del inmueble, sus instalaciones comunes o suministros en los que no participe, pues ello significaría un cierto enriquecimiento injusto.

Por el contrario, para otro sector jurisprudencial bastaría con no poder usar un determinado servicio o suministro para, en justicia, quedar exento del gasto originado por aquellas instalaciones que no se disfrutan.

Buena muestra de tales dudas las hallamos en la STS de 3 de febrero de 1994 (RJ 1994, 969), que justificó el impago de los gastos del ascensor con fundamento en el «no uso», como consecuencia de una «interpretación de conjunto» de los Estatutos. Incluso respecto de determinados gastos de la misma naturaleza se plantean problemas de interpretación, alcance e imputación.

El ejemplo más clásico de este problema de imputación de gastos lo encontramos en relación con el servicio de ascensor. En este último caso, se suele distinguir tradicionalmente entre «gastos ordinarios» del ascensor (conservación y mantenimiento) y «gastos extraordinarios» (sustitución, reforma o reparaciones importantes). A este último respecto, la reciente STS de 18 de noviembre de 2009 (RJ 2010, 109), ha señalado que cuando el Título o los Estatutos utilizan el término genérico de «gastos de ascensor» para excluir de aquellos a los locales comerciales, «cabe concluir que hace referencia tanto a los ordinarios como a los extraordinarios, porque, donde la regla citada no distingue, no existe justificación para interpretar lo contrario». Ello supone, en cierta forma, un punto de inflexión en la interpretación que tradicionalmente se ha otorgado a esta cuestión, y significa la revisión de la jurisprudencia existente hasta ese momento, que partía de la base de que cuando los Estatutos no afirmaban nada al respecto solo cabía excluir los gastos puramente ordinarios, pero no los extraordinarios. Como en tantas otras cosas, habrá que esperar a lo que en el futuro diga nuestro Tribunal Supremo en «unificación de doctrina».

Por lo demás, no debemos perder de vista el hecho de que nos encontramos ante posturas doctrinales y jurisprudenciales que aunque se abren paso de forma paulatina en el panorama jurídico actual, no dejan de tener una justificación todavía excepcional, próxima a la idea de justicia material.

En todo caso, siempre quedará la posibilidad de acudir al Juez de instancia solicitando una intervención moderadora, lo que resulta especialmente evidente cuando se trata de servicios y suministros de los que materialmente no pueden disfrutar los locales comerciales.

III. LA INTERPRETACIÓN SOCIOLÓGICA DE LAS NORMAS Y OTROS CRITERIOS UTILIZADOS PARA MODULAR O FLEXIBILIZAR LAS DIFERENCIAS ENTRE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS COMUNEROS

1. LA REALIDAD SOCIAL COMO ELEMENTO DE INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS EN BENEFICIO DE LA FINALIDAD COMERCIAL

El artículo 3.1 del Código Civil ordena que las normas jurídicas se interpreten teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, «*la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas*», lo que conocemos como interpretación sociológica.

Como explica ECHAVARRÍA SUMMERS con ocasión del análisis de lo que resulta imperativo o dispositivo en el texto de la Ley de Propiedad Horizontal, el legislador habría acertado al no pronunciarse de manera categórica en la redacción de sus preceptos, y ello porque, entre otras razones, la literalidad de la Ley ha posibilitado la existencia de cierta evolución en la interpretación, al amparo de la realidad social que se recogen en el artículo 3 del Código Civil (38). Posiblemente sea este el factor que justifica la supervivencia prácticamente inalterada de la Ley de Propiedad Horizontal durante estos últimos cincuenta años, ante una realidad ciertamente diversa y cambiante, en constante adaptación a los modernos criterios urbanísticos de habitabilidad, seguridad o funcionalidad, entre otros muchos factores relativos a esta realidad inmobiliaria.

Hablar de lo dispositivo o imperativo en la Ley de Propiedad Horizontal es hablar de fronteras. El derecho de propiedad inmobiliaria, como cualquier otro derecho, se encuentra sujeto a unos límites intrínsecos. El derecho subjetivo debe ser ejercitado dentro de su contexto teleológico y funcional (art. 7 CC). Dentro de estos límites de naturaleza intrínseca debe destacarse los criterios de interpretación de las normas, atendiendo fundamentalmente al elemento sociológico

(38) ECHAVARRÍA SUMMERS, F. M., *El Estatuto de la Propiedad Horizontal*, Comares, Granada, 2000, pág. 410.

y teleológico, así como la presencia de la doctrina de los actos de emulación, el abuso de derecho o el denominado derecho de uso inocuo.

Resulta especialmente llamativo el uso constante que la jurisprudencia suele realizar del elemento sociológico para la interpretación de los preceptos contenidos en la Ley de Propiedad Horizontal, al que se ha acudido en un buen número de ocasiones para solventar la exigencia de la aplicación de una rigurosa mayoría cualificada, como la unanimidad, o la matización de diversos conceptos o requisitos previstos en la ley, como ocurre en el caso que ahora analizamos. La realidad social se concibe, de este modo, como un instrumento de interpretación fundamental en el marco de las relaciones de vecindad.

Se suele afirmar que la ponderación de la realidad social correspondiente al tiempo de aplicación de las normas introduce un factor en cuyo empleo, ciertamente muy delicado, es posible en alguna medida acomodar los preceptos jurídicos a circunstancias surgidas con posterioridad a la formación de aquellos. Lo cierto es que la labor de interpretación constituye siempre una empresa arriesgada, conforme a la cual no cabe conculcar el sentido del precepto dándole el que no tiene por muy preferible que sea el que se le da (STS de 10 de abril de 1995; *RJ* 1995, 3248).

En muchas ocasiones son las leyes publicadas posteriormente a los hechos analizados las que evidencian el dato del cambio de la realidad social en las convicciones del cuerpo social. Buena muestra de ello la encontramos en algunos pronunciamientos judiciales aparecidos tras la entrada en vigor de la Ley 8/1999, de 6 de abril, de reforma de la Ley de Propiedad Horizontal, relativos a hechos enjuiciados que habían ocurrido con anterioridad a la fecha de publicación de la nueva norma, pero que fueron examinados cuando esta se encontraba en vigor, al hilo de la instalación de determinados servicios, como el ascensor, o, en relación con este último aspecto, como la supresión de barreras arquitectónicas en beneficio de las personas discapacitadas (STS de 13 de julio de 1994; *RJ* 1994, 6435).

Ahora bien, el artículo 3.1 del Código Civil contiene solo una llamada a la profundización en el conocimiento de la realidad social para descubrir mejor el espíritu y finalidad de aquellas, en relación con los demás elementos hermenéuticos, por lo que es necesario reconocer que la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas no puede suponer, en modo alguno, la justificación del arbitrio judicial, ni una interpretación laxa de la ley o conforme a equidad, y, desde luego, excluye que se impida la aplicación de la norma vigente, al caso concreto. Como se dice en la interesante STS de 10 de abril de 1995 (*RJ* 1995, 3248), «ni la libertad de empresa, ni la, por otra parte, plausible creación de puestos de trabajo, ni las exigencias que impone el Derecho administrativo que cada vez deja menor campo al desarrollo de la autonomía de la voluntad, pueden justificar la política de hechos consumados o el menosprecio de los concurrentes derechos de los demás que deben ser salvaguardados aun con medidas reparadoras o sustitutorias por muy inoportunas que pasado el tiempo, resulten, pues en esta actuación radica, en gran parte, la esencia del Derecho».

Con apoyo en esta doctrina, el Tribunal Supremo viene propugnando, aunque excepcionalmente —en situaciones sujetas a dicho régimen—, la aplicación de un criterio flexible en armonía con las directrices de la Ley de Propiedad Horizontal, entre ellas el logro de una convivencia normal y pacífica presidida por la idea de justicia y la atención a las necesidades de la colectividad, destacando además cómo determinadas sentencias de esta Sala son representativas de ese criterio al acudir a una interpretación sociológica o a la doctrina de los actos de emulación (39).

En este sentido, tratando de resumir el estado de la cuestión, la STS de 23 de julio de 2004 (*RJ* 2004, 4880) ha señalado que «la línea jurisprudencial seguida últimamente por la Sala de Casación Civil está orientada a sostener un criterio flexible interpretativo, que alcanza pleno sentido y amparo interpretativo correcto en la procura de una convivencia normal y pacífica, tratándose de evitar y menos fomentar las frecuentes guerras de comunidades con la alteración inevitable de la convivencia que ha de estar presidida por la idea de justicia y la atención a las necesidades efectivas de la comunidad, debiendo predominar sobre empeños y caprichos personales o actuaciones egoístas y abusivas por falta de justificación racional, conforme a una adecuada aplicación sociológica».

En parecidos términos explica la STS de 5 de mayo de 2000 (*RJ* 2000, 3990) que: «en vista de tales circunstancias cabe estimar que se trata de un supuesto encajable en la suficiencia de la mayoría (acto de administración), sin necesidad de la unanimidad, solución que responde a la adopción de un criterio flexible, en armonía con las líneas directrices de la Ley de 21 de julio de 1960 (atención a la realidad social de los hechos; función económico-social del régimen de propiedad horizontal; logro de una convivencia normal y pacífica presidida por la idea de la justicia; y contemplación de las relaciones de vecindad, trascendencia de la materia y necesidades de la colectividad como factores valorativos para la decisión de problemas); criterio flexible, por cierto, al que no es ajena la propia jurisprudencia (40), incluso acudiendo a la interpretación sociológica (STS de 13 de julio de 1994; *RJ* 1994, 6435), o a la aplicación de la doctrina de los actos de emulación, justificada por el rechazo jurídico que merecen las conductas antisociales y abusivas que sin interés reconocible causan un perjuicio a los demás; y criterio flexible, en definitiva, también contemplado en la reciente redacción de la Ley de Propiedad Horizontal por Ley 8/1999, de 6 de abril (art. 17, antes 16)». La jurisprudencia menor no se queda a la zaga en este asunto. En esa dirección puede citarse un buen número de interesantes

(39) SSTS de 20 de marzo de 1989 (*RJ* 1989, 2187), 14 de julio de 1992 (*RJ* 1992, 6293); *RJ* 1992, 6293), 5 de mayo de 2000 (*RJ* 2000, 3990) y de 7 marzo de 2002 (*RJ* 2002, 4152), entre otras.

(40) Como es de ver en las sentencias de 19 de enero (*RJ* 1982, 306) y 23 de diciembre de 1982 (*RJ* 1982, 7979) y 25 de febrero de 1992 (*RJ* 1992, 1550).

sentencias de las Audiencias Provinciales, entre las que cabe destacar, por su interés, entre otras, la SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 11 de julio de 2008 (*JUR* 2009, 124789).

De análoga forma, la SAP de Valencia, de 23 de abril de 2008 (*JUR* 2008, 187670), advierte que «es doctrina inconcusa la que preconiza una interpretación flexible —contraria a la rigidez formalista— de las normas de la Ley de Propiedad Horizontal, vía de interpretación sociológica en armonía con las necesidades de la colectividad, con el límite de la doctrina de los actos de emulación. Fruto de ello es que no se advierta nulidad de los acuerdos adoptados en juntas cuyos vecinos, por acuerdo expreso o tácito de la colectividad, son convocados por medio de carteles fijados en el vestíbulo y son notificados de los acuerdos con instrumentos carentes de fehaciencia» (41).

En definitiva, esta labor de concreción de los conceptos contenidos en la ley debe ajustarse a la interpretación restrictiva que los tribunales han considerado procedente cuando se trata de analizar las limitaciones que afectan a la propiedad individual» y de ahí que el artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal debe interpretarse como una declaración de los derechos de disfrute del titular sobre su inmueble otorgándole las máximas posibilidades de utilización aunque haya de conjugarse con la utilización de los elementos comunes y el cumplimiento con lo dispuesto en el título constitutivo.

Desde esta última perspectiva, partiendo del contenido de la Exposición de Motivos de la Ley de Propiedad Horizontal, que comienza su narración estableciendo una clara referencia a que toda ordenación jurídica y en especial aquella, por su indudable vitalidad y pujanza, no puede concebirse, ni instaurarse a espaldas de la realidad social, sino por el contrario enraizada en las contingencias de la vida y de las relaciones humanas, que son, en definitiva, su finalidad y destino inmediato, y valorando, además, en íntima conexión con tales motivaciones, el criterio progresista y actualizado que preside la interpretación de las normas jurídicas, preconizado por el artículo 3 del Código Civil, en el sentido de entenderlas, interpretarlas y aplicarlas acorde, entre otros factores, con el contexto a que van dirigidas y con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, con preferente atención a su espíritu y finalidad, no puede sino concluir —a pesar de lo expuesto inicialmente— que la apertura del hueco en cuestión por razones de seguridad para el local que en otro caso no sería operativo legalmente, debe mantenerse. Todavía más si la obra se ha ejecutado de una manera apenas perceptible (42).

(41) En ese mismo sentido, cabe citar la SAP de 31 de marzo de 2008 (*AC* 2008, 2213) o la SAP de Barcelona, de 18 de enero de 2008 (*JUR* 2008, 106833), entre otras.

(42) SSTS de 28 de abril de 1982 (*RJ* 1982, 1967) y 15 de septiembre de 1986 (*RJ* 1986, 4708).

Ahora bien, en el régimen jurídico de la propiedad horizontal, el elemento de la interpretación sociológica de las normas suele aplicarse de forma conjunta con otros criterios de interpretación, como la *doctrina de los actos de emulación*, del *derecho al uso inocuo*, o el *abuso del derecho*. Pasamos a analizarlos a continuación por su trascendencia en el ámbito que ahora nos ocupa.

2. LA DOCTRINA DE LOS ACTOS DE EMULACIÓN

En general, se suele acudir a la *doctrina de los actos de emulación* para evitar las consecuencias obstructivas de alguno de los propietarios que, pretendiendo ejercitar un derecho, origina un quebranto a otro que resultaría beneficiado sin la presencia de ese obstáculo personal. Con apoyo en esta doctrina, cuya invocación suele ir acompañada de una llamada a la teoría del abuso del derecho y a la interpretación sociológica de las normas (en su conjunto), se suele fundamentar el rechazo jurídico a las conductas antisociales y abusivas que, sin interés reconocible, causan un perjuicio a los demás. En realidad, se trata de excluir aquellos actos de los propietarios, o de la propia comunidad, que carecen de utilidad para quien los ejercita y que se realizan con el solo fin de perjudicar a terceros.

Con esta justificación, se afirma en la STS de 20 de marzo de 1989 (*RJ* 1989, 2187) que «la situación no es, según las declaraciones de hecho de la sentencia, constitutiva de un posible abuso del derecho, sino de un incumplimiento de sus obligaciones por parte de demandante y demandado, ninguno de los cuales tiene derecho a actuar como actúa, conductas que la sentencia recurrida trata de encauzar, indudablemente por consideración a los principios que rigen las relaciones de vecindad y que se desenvuelven entre la prohibición del acto emulador (esencialmente perjudicial a terceros, sin beneficio para el propietario) y el derecho al uso inocuo (que representa un beneficio para el tercero que en nada perjudica al propietario)» (43).

La jurisprudencia menor suele apoyarse en unos y otros criterios para atemperar el rigor de algunos de los requisitos exigidos en la Ley de Propiedad Horizontal. Así, por ejemplo, la SAP de Segovia, de 16 de febrero de 1998 (*AC* 1998, 4114) advierte que la Ley proscribía los llamados actos de emulación, máxime cuando, como en el presente caso, los propietarios que se oponen al acuerdo no vienen obligados a pagar ninguna cantidad y ningún perjuicio se les causa, y sí, por el contrario, beneficios (44).

(43) En esa misma dirección, puede citarse la STS de 14 de julio de 1992 (*RJ* 1992, 6293), relativa a la instalación de un estacionamiento de vehículos en el inmueble; o la STS de 3 de junio de 2009 (*RJ* 2009, 4223), sobre el cerramiento de una zona ajardinada.

(44) En relación con esta misma cuestión, cabe citar como más recientes, entre otras muchas, la SAP de las Islas Baleares, de 14 mayo de 2009 (*JUR* 2009, 282620), y las SSAP de Sevilla, de 26 de marzo (*JUR* 2009, 274153) y 21 de abril de 2009 (*JUR* 2009, 313712), etc.

3. EL DERECHO AL USO INOCUO DE LOS ELEMENTOS COMUNES

El *derecho de uso inocuo* constituye la facultad de aprovecharse de una cosa ajena siempre que el dueño no sufra perjuicio, como ocurre, por ejemplo, con los despojos de la propiedad: rebusca, espiguelo, rastrojos, sarmientos, etc. El uso inocuo no está reconocido expresamente por la ley, por lo que su admisión tiene su fundamento en la tradición jurídica, o, más bien, como principio general del Derecho. Ahora bien, lo cierto es que encuentra apoyo normativo en la función social del derecho de propiedad, consagrado en el Texto Constitucional, según la cual, habría que interpretar que, en principio, el dueño no podría impedir la utilización de sus propios bienes inmuebles siempre que se realice de forma inocua.

El derecho al uso inocuo (que representa un beneficio para el usuario que, recíprocamente, en nada perjudica al propietario), debe atenerse a la doctrina del abuso del derecho. Conforme al criterio de protección de dicho derecho, las intromisiones no pueden vulnerar la esfera personal del propietario, por lo que deben resultarles indiferentes e, incluso, pueden llegar a favorecerle.

En cualquier caso, en lo que ahora nos atañe, el dueño (la comunidad de propietarios), no podría impedir la utilización inofensiva por los vecinos de algunas zonas comunes, siempre que su utilización no suponga una intromisión que vulnerare el derecho de los demás comuneros.

La doctrina del derecho al uso inocuo suele aplicarse en el régimen de la propiedad horizontal con cierta profusión, aunque, en la labor justificadora de determinadas actuaciones a las que sirve, suele acompañar al resto de criterios que analizamos en este apartado.

El derecho al uso inocuo encuentra perfecto acomodo en ciertos casos en los que se produce la utilización por los locales comerciales, moderadamente, de ciertos elementos comunes, como los patios interiores de titularidad común pero cuyo uso y disfrute expresamente le viene atribuido en los Estatutos. En efecto, como se afirma en la SAP de Jaén, de 26 de enero de 2009 (*JUR* 2009, 199215), «el concepto de uso inocuo (*ius usus inocui*) significa que si el tercero, en este caso la demandada, en el ejercicio del uso privativo del patio obtiene un beneficio sin perjudicar a ningún otro propietario, tal ejercicio del derecho no se le debe impedir». En este mismo sentido, también puede citarse la SAP de Valencia, de 3 de abril de 2009 (*JUR* 2009, 304798), relativa a la ocupación de un espacio de un garaje en las que ni la comunidad ni los propietarios resultaban dañados o limitados.

4. LA DOCTRINA DEL ABUSO DEL DERECHO EN LA PROPIEDAD HORIZONTAL

Por último, pese al carácter restrictivo que siempre representa la aplicación de la doctrina del *abuso del derecho*, dicha doctrina también está sirviendo, desde hace tiempo, como elemento matizador de la regla de la inalterabilidad de los elementos comunes del inmueble en copropiedad. Como muy bien explica la profesora DÍAZ MARTÍNEZ, la viabilidad de la teoría del abuso del derecho, en su aplicación en el régimen jurídico de la propiedad horizontal, debe contemplarse necesariamente desde una perspectiva amplia, introduciendo nuevos aspectos en la configuración clásica de ciertos comportamientos, siendo determinante de la aplicación en algunos supuestos que, desde otra perspectiva, serían calificados y resueltos de manera distinta (45).

Como es bien sabido, el abuso del derecho se regula en el artículo 7.2 del Código Civil, siendo una cuestión ampliamente tratada por la jurisprudencia por su especial incidencia en los procesos derivados de la aplicación del régimen de la propiedad horizontal (de esta cuestión se hace eco la SAP de Murcia, de 25 de octubre de 2005; AC 2005, 2068).

El abuso del derecho se configura conforme a un conjunto de principios jurisprudenciales que configuran sus elementos esenciales, que son objeto de resumen en la STS de 2 de julio de 2002 (RJ 2002, 5834), en los siguientes términos: 1.º) Uso de un derecho objetivo y externamente legal; 2.º) Daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; y 3) Inmoralidad o antisocialidad de este daño, manifestada en forma subjetiva o en forma objetiva». De este modo, como también señala la STS de 6 de febrero de 2003 (RJ 2003, 1153), «son circunstancias que configuran el abuso de derecho, las subjetivas, de intención de perjudicar o de falta de interés serio y legítimo y las objetivas, de exceso o anormalidad en el ejercicio de un derecho y producción de un perjuicio injustificado...». Por su parte, la jurisprudencia también ha configurado de forma negativa el abuso del derecho, de forma que el mismo no puede invocarse cuando la sanción del exceso pernicioso en el ejercicio del derecho está garantizada por un precepto legal (SSTS de 28 de abril de 1976 SIC (RJ 1976, 1926) y 14 de julio de 1992 (RJ 1992, 6293).

Es necesario distinguir lo que es el ejercicio lícito de un derecho conforme a la ley, del ejercicio abusivo de un derecho. Armonizar el uso de uno y otro concepto resulta crucial en el asunto que ahora nos ocupa. En principio, el ejercicio de una acción que la ley atribuye explícitamente no implica, por sí mismo, abuso de derecho. De hecho, en el régimen jurídico de la propiedad horizontal es difícil apreciar como conducta abusiva el ejercicio de un derecho cuando este se ampara en un precepto legal o estatutario, que, en estos casos, estaría

(45) DÍAZ MARTÍNEZ, A., *Propiedad Horizontal. El título constitutivo y su impugnación judicial*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 483.

legitimando a la comunidad de propietarios (o al propietario perjudicado) para usar una facultad con validez y eficacia jurídica (46). En efecto, en general, la conducta de la comunidad, o de alguno de los vecinos, al oponerse a la obra cuestionada —o al impugnarla— no es incardinable en el abuso de derecho, como expresamente declara la STS de 6 de mayo de 1994 (*RJ* 1994, 3887), ni tampoco, como regla general, viene amparada por una interpretación legal favorable a la realidad social, como en un caso similar ha manifestado la STS de 10 de abril de 1995 (*RJ* 1995, 3248). En definitiva, nos encontramos ante un recurso que opera, en la mayoría de las ocasiones, con carácter excepcional.

Sin embargo, esto no quiere decir, como ya hemos avanzado anteriormente, que por parte de la comunidad de propietarios no pueda contemplarse la posibilidad de desarrollar una conducta abusiva (47). Ello significa que la comunidad de propietarios no puede, como regla de principio, privar a los propietarios de facultades reconocidas expresamente en los Estatutos, como suele ser habitual respecto de los locales. En estos casos nos encontraríamos ante lo que la jurisprudencia (SAP de Barcelona, de 20 de mayo de 2008; *AC* 2008, 1139) ha calificado como «acuerdos abusivos», en la medida en que se produce la privación a los propietarios de un derecho reconocido por la propia comunidad y amparado legalmente (48).

También se ha considerado abusiva la conducta de la comunidad que, para idénticas actuaciones, concedió un trato desigual al comunero —lo que se conoce como *agravio comparativo*—, admitiendo algunas y, en cambio, prohibiendo otras sin una adecuada justificación (SAP de Madrid, de 4 de diciembre de 2009; *JUR* 2010, 69728). En este último sentido, la SAP de Cádiz, de 15 de abril de 2009 (*JUR* 2009, 273099), con apoyo en esta misma doctrina (junto a la de los actos emulorios y el abuso del derecho), concluyó que la operación enjuiciada se trataba de un «obra de menor relevancia que otras numerosas alteraciones en la fachada del edificio realizadas por otros propietarios. La condena al derribo contravendría el principio de igualdad».

La jurisprudencia suele invocar conjuntamente, y no aisladamente, los criterios a los que acabamos de referirnos (interpretación sociológica, actos de emulación, derecho al uso inocuo y abuso de derecho), para justificar determi-

(46) SSTS de 30 de diciembre de 2009 (*RJ* 2010, 407), 6 de febrero de 2003 (*RJ* 2003, 1153), 20 de febrero de 1997 (*RJ* 1997, 1244), 21 de abril de 1997 (*RJ* 1997, 3434) y 22 de abril de 1983 (*RJ* 1983, 2120).

(47) Abusivo fue el acuerdo de la comunidad de cerrar el acceso durante el horario comercial a los locales ubicados dentro del recinto de la comunidad alegando diferentes razones (SAP de Alicante, de 22 de marzo de 2004; *AC* 2004, 344).

(48) En el mismo sentido, puede citarse la SAP de Cáceres, de 4 diciembre de 2009 (*JUR* 2010, 34802), o la SAP de Madrid, de 14 diciembre de 2009 (*JUR* 2010, 93340), en la que se afirma que la comunidad «no puede limitar ni condicionar el uso de la única vía de acceso con que cuenta el local comercial descrito en los Estatutos».

nadas obras o actuaciones materiales realizadas por los propietarios al amparo de una norma estatutaria, o en la creencia de que estas encuentran acomodo entre las facultades que implícitamente permitirían a estos comuneros desarrollar la finalidad comercial a la que se destina la propiedad que acaban de adquirir. Ahora bien, debe reconocerse que, en todos estos casos, la solución a la que cabe llegar suele encontrar su principal fundamento, como denominador común, en la prohibición del abuso del derecho.

IV. ¿DEBERÍA TENER RECONOCIMIENTO LEGAL LA DIFERENCIA ENTRE LOCALES DE NEGOCIO Y VIVIENDAS COMO OCURRE EN LA LEGISLACIÓN ARRENDATICIA?

En la Propiedad Horizontal no existe un régimen jurídico diferenciado entre viviendas y locales de negocio u otras zonas o unidades inmobiliarias con usos distintos, al contrario de lo que ocurre en la legislación arrendaticia, que distingue entre viviendas y usos diferentes a los de vivienda. Así lo advierten DORREGO DE CARLOS y ARANDA ESTÉVEZ, para quienes «las diferencias existentes en el régimen jurídico de las viviendas y los locales de negocio en la legislación sobre arrendamientos urbanos están aquí fuera de lugar» (49).

Sin embargo, lo que ocurre en la práctica forense parece encontrarse reñido con esas bases o postulados puramente teóricos.

Como venimos observando, existen circunstancias que caracterizan de forma particular a los propietarios de los locales de negocio, cuyas necesidades son diferentes a las de los propietarios de viviendas, como consecuencia del fin al que se destinan. Ello es evidente cuando se trata de realizar determinadas obras en los elementos comunes para la adaptación de su negocio, o ante la necesidad de constituir servidumbres voluntarias o realizar operaciones de división, segregación o agregación a las propiedades colindantes para poder implantar una determinada actividad comercial. Lo mismo cabe decir respecto de la especial relación que estas propiedades mantienen con los gastos generales de la comunidad respecto de servicios que no se disfrutan, etc.

Encontramos una buena muestra de este problema en algunas Resoluciones, como las ya citadas SSTS de 11 de febrero de 2010 (*RJ* 2010, 530), 15 de febrero (*RJ* 2009, 5572), 28 de octubre (*RJ* 2009, 5818) y 11 de noviembre de 2009 (*RJ* 2010, 97), en las que se otorga a ciertos propietarios un tratamiento jurídico particular sobre su derecho de propiedad privativa cuando su destino es una actividad empresarial o profesional. En estos casos, cabría entender que el derecho de propiedad se encontraría dotado, implícitamente, de un contenido

(49) DORREGO DE CARLOS (A.) y ARANDA ESTÉVEZ (J. L.), *ob. cit.*, pág. 65.

diferente —más o menos extenso— en función de la finalidad asignada, ya como vivienda, ya como local de negocio.

El valor de la doctrina jurisprudencial a la que acabamos de referirnos (y su novedad sobre las publicadas hasta la fecha), se halla en que hace residir ese tratamiento diferenciado no ya en las reservas contenidas en los Estatutos otorgados por el promotor o propietario único del inmueble, o en los acuerdos entre los propietarios, sino en el derecho mismo de propiedad. Ello hace posible que podamos hablar en estos casos de la existencia de un «derecho a la explotación comercial» como facultad desgajada del derecho de propiedad privativa, que, al margen del pacto entre las partes, permitiría el ejercicio de determinadas actividades alteradoras o modificadoras que excederían de su uso normal —si lo comparamos con las viviendas— y, por tanto, exorbitantes o no autorizadas inicialmente, por el mero hecho del destino asignado.

Así entendido, el hecho de que la propiedad se destine a una actividad comercial, negocial o profesional (lo que le confiere una potencialidad económica o patrimonial distinta a las viviendas), tiene como consecuencia que el contenido del derecho quede automáticamente ampliado o matizado frente a lo que ocurre con los «pisos». Lo que hasta la fecha se concebía como algo excepcional (que el propietario del local, sin contar con una previa autorización, pudiera ejercitar determinadas modificaciones), termina convirtiéndose en parte del contenido normal de su derecho de propiedad.

Debemos preguntarnos, por tanto, si a la vista de todo lo expuesto hasta este momento, resultaría prudente proponer que dicho problema sea resuelto no ya por la voluntad de los particulares (voluntad que generalmente queda fijada en los Estatutos por el promotor o propietario único del inmueble antes de la transmisión de las propiedades privativas y del nacimiento de la comunidad, por lo que resulta prácticamente inamovible desde entonces), sino en el propio texto de la Ley de Propiedad Horizontal, a través de normas de carácter dispositivo.

Por poner un ejemplo, esta llamada al reconocimiento de la diferencia es particularmente llamativa en el caso, no tratado especialmente en la sentencia que ahora se comenta pero igualmente interesante, del deber de los propietarios de contribuir a determinados gastos, aún a pesar de la ausencia de un potencial uso o beneficio. De este modo, cualquier reconocimiento en este ámbito significaría alterar, excepcionalmente, el principio consagrado en nuestro Derecho en los artículos 9.1.e) y 9.2 de la Ley de Propiedad (conforme a los cuales para quedar excluido excepcionalmente de determinados gastos la exoneración debe ser expresa, esto es, debe encontrarse pactada, y no al contrario), en atención a la finalidad negocial de los inmuebles situados en las lonjas o bajos comerciales sin acceso al portal o escaleras del edificio.

En realidad, a propósito de esta última cuestión, hay que reconocer que no es esta la primera vez que dicho problema se pone sobre la mesa.

De hecho, con ocasión del trámite parlamentario de la que finalmente sería la Ley 8/1999, de 6 de abril, de reforma de la Ley de Propiedad Horizontal, una enmienda del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria a la Proposición de Ley de CiU, en relación con la imputación de los gastos de comunidad, pretendió añadir lo siguiente al texto de la Ley: «Se exceptúan de dicha regla a los gastos del uso del ascensor cuando no facultase el acceso al piso o local desde la planta baja o garaje» (50). Dicha enmienda fue finalmente desestimada. No obstante, como reclamó la doctrina en aquel momento, dicho supuesto debería haberse hecho extensivo a otros servicios o suministros, como los gastos de la calefacción, portal, escaleras o los de conserjería o portería.

Es más, el reconocimiento de dicha justificada «exoneración implícita» también ha tenido acogida en el Derecho comparado. Sin duda, el ejemplo más acabado de la aceptación de esas diferencias entre propiedades o propietarios lo encontramos en el artículo 1123 del *Codice civile* italiano, que establece una múltiple clasificación de criterios de imputación de los gastos generales del condominio con fundamento en el mayor o menor uso o beneficio que les reporte, del que generalmente se encuentran privados algunos propietarios (como es habitual respecto de los bajos comerciales), lo que permitiría agrupar tales gastos sobre el resto de vecinos, no ya mediante disposición estatutaria, o mediante un acuerdo al efecto, sino *por ministerio de la propia ley*.

Por su parte, en el Derecho francés también se hace notar en el texto de la ley el importante matiz del beneficio o utilidad recibida por el comunero. Así lo advierte el artículo 10 de la Ley número 65-557, de 10 de julio de 1965, relativa al *statut de la copropriété*, en el que se dispone que: «*Los propietarios están obligados a participar en los gastos correspondientes a los servicios e instalaciones comunes en función de la utilidad que estos representen en relación con cada piso o local*» (51).

En conclusión, la jurisprudencia que ahora comentamos deja abierta la puerta a interesantes hipótesis de política legislativa que, en el futuro, junto a otras, podrían servir para justificar la aplicación, en el propio texto de la Ley de la Propiedad Horizontal, de un tratamiento jurídico diferenciado entre inmuebles destinados a viviendas e inmuebles con usos diferentes a los de vivienda (como ya ocurre en la legislación arrendaticia), no solo en lo que concierne al ejercicio de determinados derechos o facultades, o la exoneración de deberes, sino también, llegado el caso, para obligar a asumir mayores cargas (pensemos a este

(50) BOCG núm. 78-9, de 15 de diciembre de 1998.

(51) Nótese que la redacción de dicho precepto resulta sensiblemente diferente a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal. Conforme a este último, solo cabría tener en cuenta para la fijación de la cuota de participación: «*el uso que se presume racionalmente que va a efectuarse de los servicios o elementos comunes*», sin más, resultando su posterior alteración mucho más compleja que en el régimen jurídico francés de copropiedad.

respecto, por ejemplo, en la incomodidad o en los mayores gastos que supone el hecho de que una actividad profesional se realice en una de las viviendas) (52).

En este panorama, el dato fundamental no sería ya la necesidad de adaptar la propiedad privativa en sus relaciones con la propiedad común a la finalidad comercial, negocial o profesional, sino la propia singularidad del derecho de propiedad privada en estas situaciones —por el hecho de destinarse a una actividad comercial—, lo que pondría de manifiesto la conveniencia de conferirles un tratamiento legal singularizado que, a mi juicio, debería articularse, llegado el caso, sobre un conjunto de normas de carácter dispositivo. Margen suficiente para ello existe, desde luego.

RESUMEN

PROPIEDAD HORIZONTAL ALTERACIÓN ELEMENTOS COMUNES

En el régimen jurídico de la propiedad horizontal, como regla general, los propietarios de los locales de negocio no pueden ejercitar, sin contar con una reserva estatutaria o con el consentimiento unánime del resto de condueños, ciertas facultades modificadoras de los elementos comunes del edificio o del propio Título constitutivo necesarias para adaptar el local a la actividad comercial, empresarial o profesional. Estas adaptaciones suelen tener carácter imprescindible, pueden ser relevantes o sustanciales y, además, el interés perseguido puede ser privativo. Pero aún en estos casos, pese a no existir una expresa autorización, resulta necesario ponderar el grave perjuicio patrimonial que, a falta de autorización, puede llegar a sufrir el propietario del local frente al

ABSTRACT

HORIZONTAL PROPERTY ALTERATION OF COMMON ELEMENTS

In the legal framework governing horizontal property, as a general rule the owners of retail space require a reservation under the building owners' association by-laws or the unanimous consent of the rest of the building co-owners in order to make certain modifications that are necessary in order to adapt the space to suit the retail, business or professional activity to be conducted there. These modifications may concern common elements of the building, or they may even pertain to the constitutive title itself; they are usually indispensable; they may be relevant or substantial; and, in addition, the interest in which they are made may be a private interest. But even in these cases, the grave financial blow the retail space owner may suffer when authorisation is withheld must be weighed

(52) Sobre este particular, el artículo 553.4 del Código Civil de Cataluña ha previsto lo siguiente: «El título de constitución puede establecer un incremento en la participación en los gastos comunes que corresponde a un elemento privativo concreto en caso de uso o goce desproporcionado de forma probada de elementos o servicios comunes a consecuencia del ejercicio de actividades empresariales o profesionales en el piso o local. Este incremento también puede acordarlo la Junta de propietarios por mayoría de cuatro quintas partes de propietarios y de cuotas. El incremento no puede ser superior, en ninguno de los dos casos, al doble de lo que le correspondería por la cuota».

posible daño o menoscabo ocasionado a la comunidad de propietarios en términos puramente objetivos. Consideraciones de justicia material aconsejan flexibilizar los requisitos exigidos en la Ley en determinadas ocasiones. La más reciente jurisprudencia de nuestros tribunales avala este criterio y avanza decididamente en esa dirección.

against the possible damage or detriment that may otherwise be done to the building owners as a group in purely objective terms. Considerations of actual justice advise some flexibility in the requirements set by law on certain occasions. The most-recent Spanish case law backs up this view and makes decided inroads in that direction.

(Trabajo recibido el 29-7-2010 y aceptado para su publicación el 18-7-2011)

Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial: Los pactos pre-ruptura en el Libro II del Código Civil de Cataluña

por

DRA. NÚRIA GINÉS CASTELLET
Profesora de Derecho Civil
Facultad de Derecho de ESADE-URL

SUMARIO

- I. A MODO DE INTRODUCCIÓN.
- II. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO LEGAL DE PACTO EN PREVISIÓN DE RUPTURA MATRIMONIAL.
- III. ¿QUIENES LO PUEDEN OTORGAR? ÁMBITO SUBJETIVO.
- IV. ¿CUÁNDO SE PUEDE OTORGAR? LÍMITES TEMPORALES.
- V. ¿CÓMO DEBE SER OTORGADO? LA FORMA DEL PACTO.
- VI. ¿QUÉ SE PUEDE PACTAR? ÁMBITO OBJETIVO:
 1. LÍMITES DE ORDEN GENERAL.
 2. EL POSIBLE CONTENIDO DE LOS PACTOS:
 - A) *Pactos relativos a los cónyuges:*
 - a) Pactos sobre aspectos puramente personales:
 - i. Acuerdos que inciden sobre la libre elección de domicilio.
 - ii. Pactos sobre los deberes conyugales.
 - iii. Pactos que afectan a la facultad de instar la separación o divorcio.
 - b) Pactos sobre aspectos de contenido patrimonial:
 - i. Referentes al régimen económico-matrimonial: la compensación económica por razón de trabajo.

- ii. Sobre la prestación compensatoria.
- iii. Sobre la vivienda familiar.

B) *Pactos relativos a los hijos sujetos a potestad.*

VII. EFICACIA E INEFICACIA DE LOS PACTOS:

1. EFECTO VINCULANTE PARA LOS CÓNYUGES Y CONTROL JUDICIAL.
2. LA ALTERACIÓN SOBREVENIDA DE CIRCUNSTANCIAS.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Este tipo de acuerdos, que no hace tantos años era contemplado desde Europa como una excentricidad americana, se ha ido, con el paso del tiempo, haciendo un hueco en la praxis de la sociedad europea, por lo que, poco a poco, un número cada vez mayor de sistemas jurídicos los han ido acogiendo en su seno. Los hay (pocos) que los reconocen de forma explícita en la ley: así, en Alemania (1) y en Cataluña. Sin embargo, en la mayoría de casos, la entrada de estos pactos ha venido franqueada a través de decisiones jurisprudenciales que, con el apoyo más o menos extendido de la doctrina del país, los han reconocido como válidos, siempre que se respeten los límites, genéricos y específicos, que se imponen a todo acto de autonomía privada: estos son, por ejemplo, los casos de Suiza (2) y de

(1) El artículo 1408.2 BGB admite la posibilidad de acordar, de forma anticipada, una renuncia a la pensión compensatoria que no será válida si el divorcio tiene lugar en el plazo de un año desde el pacto. Por su parte, los artículos 1585.c) y 1587, también del BGB, permiten a los esposos llegar a acuerdos sobre su deber de alimentos tras el divorcio, incluyendo la renuncia a la pensión post-divorcio, y sobre compensación de expectativas o derechos de pensión por causa de edad o incapacidad laboral. De todos modos, desde 2001 [sentencia del *Bundesverfassungsgericht* (BverG) de 6 de febrero de 2001] se aboga por un control judicial de la corrección de este tipo de acuerdos.

(2) Donde recientemente se ha defendido que «rien n'exclut expressément la possibilité, pour les époux, de déposer une convention d'entretien conclue, par exemple au moment du mariage déjà, comme cela se fait parfois, notamment dans la tradition anglo-saxonne» (SANDOZ, «Commentaire au artículo 111 CC», en PICCHONNAZ-FOËX (édits.), *Commentaire Romand. Code Civil I (art. 1-359 CC)*, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2010, pág. 768. Y es que el legislador suizo no ha previsto la posibilidad de concluir una convención sobre los efectos del divorcio sin estar en conexión directa con el fracaso matrimonial. No obstante ello, una parte en auge de la doctrina y el Tribunal Federal (así en sus sentencias de 4 de diciembre de 2003 y de 14 de julio de 2005) se decanta por su admisión, pero eso sí, esta modalidad de pactos queda, como cualquier otro acuerdo de las partes sobre los efectos accesorios del divorcio, sujeta a ratificación del juez en el proceso de divorcio. En todo caso, además, el ámbito de esta tipología de convenciones se restringe, sin excepciones (de hecho, no se plantea otra alternativa), a las consecuencias patrimoniales del divorcio. Ver ARNAUD, «Planification du divorce et conventions», en *Pratique Juridique actuelle*, 2007, págs. 1241-1251, y PICCHONNAZ, «Commentaire au artículo 140 CC», dans *Commentaire Romand Code Civil I...* cit., págs. 1057-1058. Aun así, la cuestión es controvertida entre la escasa doctrina que se ha pronunciado sobre la cuestión, y ello hace que se reclame una modificación de la ley que

Gran Bretaña (3). Y los hay también que les niegan el acceso: así es, por ejemplo, en Italia (4).

Ya en nuestro entorno más inmediato, cabe decir que el ordenamiento español podría alinearse con el de los países que van aceptando por vía judicial su

los regule y que, en todo caso, marque, a través de normas cogentes, los límites imperativos que los cónyuges deberán respetar a la hora de establecer estas convenciones anticipadas de divorcio (ARNAUD, *ob. cit.*, pág. 1251).

(3) Un buen ejemplo de lo que está sucediendo se desvela en el caso de Gran Bretaña. Hasta hace unos meses, en el Derecho inglés, según el principio extraído del caso *Hyman v. Hyman* (1929) y consolidado a través de la *Matrimonial Causes Act 1973*, era considerada materia de orden público la sumisión de las partes a los poderes de los tribunales para establecer las consecuencias de su divorcio, poderes estos extraordinariamente amplios que permitían a los tribunales prescindir de cualquier acuerdo concluido entre los cónyuges, aunque lo hubiera sido conforme a un ordenamiento que sí da respaldo a tales pactos. De manera que estos acuerdos eran considerados *not binding* en Gran Bretaña. En algunas resoluciones más recientes se había ido consolidando la idea de que, por lo menos, los *prenuptial agreements* debían ser un elemento a tener en cuenta como parte de las circunstancias y/o de la conducta de los cónyuges que el juez debía tomar en consideración a la hora de decidir sobre los efectos del divorcio en base a la conocida trilogía de *needs, compensation and sharing*. Esta posición del Derecho inglés era considerada paternalista y anacrónica, ya que respondía a una situación social y a unos requerimientos que no eran ya los de la actual sociedad. Se recordaba que, al fin y al cabo, cuando se pronunció la sentencia sobre el caso *Hyman v. Hyman* (1929), las mujeres no tenían todavía plena capacidad legal y, por tanto, era absolutamente lógico que se las protegiera. No obstante, cuando la mujer ha adquirido plena competencia y habida cuenta particularmente que el matrimonio es hoy visto como una relación entre iguales con la doctrina de la separación de bienes, debería reconocerse plena libertad para ambas partes para estipular los acuerdos patrimoniales que estimen oportunos (ver LOWE, «Prenuptial agreements: the English position», en *InDret* 1/2008, particularmente págs. 8-9). En octubre de 2010, una decisión de la *Suprem Court* en el caso *Radmacher v. Granatino* decidió dar cumplimiento a un acuerdo prenupcial que había sido otorgado entre un ciudadano francés y una ciudadana alemana en Alemania y bajo el Derecho alemán, poniendo de relieve de modo expreso que la regla de orden público por la que se prohíbe cualquier acuerdo sobre las futuras consecuencias de un divorcio *is obsolete and should be swept away*. A pesar de que el uso de este tipo de pactos no está muy extendido en Gran Bretaña, muy probablemente porque apenas se les reconoce valor jurídico, se ha detectado un creciente interés tanto entre los operadores jurídicos como entre el público en general en torno a ellos, a resultas de las últimas sentencias y muy particularmente de la anteriormente referida. Por ello, la *Law Commission* se ha puesto ya manos a la obra y ha publicado en enero de 2011 un extenso informe sobre los *Marital Property Agreements (Consultation Paper, n.º 198)*, que puede consultarse en www.lawcom.gov.uk/marital_property.htm. y en el que se propone que en el futuro un acuerdo celebrado entre los esposos, antes o después del matrimonio, no sea contemplado como un pacto prohibido o contrario al orden público, por el hecho de que se ocupe de las consecuencias de una futura separación, divorcio o disolución (pág. 136).

(4) Tras un breve lapso de una muy tímida apertura en la década de los setenta, la *Corte di Cassazione* italiana se ha pronunciado, clara y contundentemente, en contra de la admisibilidad de cualquier tipo de acuerdo en prevención de una crisis conyugal, tesis que viene manteniendo con fuerza desde principios de los años ochenta (OBERTO, «*Prenuptial agreements in contemplation of divorce*» e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale», en RUSCELLO (coord.), *Accordi sulla crisi della famiglia e autonomia coniugale*, CEDAM, Padova, 2006, págs. 105-180, esp. págs. 151-157).

validez y eficacia en términos generales, pero sin contar con un apoyo explícito de la ley ni, por tanto, con una regulación que sirva para acotar la extensión y límites dentro de los cuales pueden ser concluidos. Así, aunque aún son pocas las resoluciones judiciales en que se viene admitiendo la validez de los pactos previos sobre aspectos patrimoniales de libre disposición de las partes vinculados a una posterior ruptura matrimonial y ninguna proviene del Tribunal Supremo (5), lo cierto es que parece percibirse un cierto aumento de la tendencia favorable a su admisión y la doctrina que se ha ocupado específicamente de este asunto también aboga en su mayoría por su genérica validez (6), aunque

(5) En este sentido, cabe citar las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, de 14 de mayo de 2001 (AC 2001/1599), en que se declaró *prima facie* válida una cláusula de renuncia recíproca a una futura pensión por desequilibrio económico, aunque, cuando se solicitó su ejecución una vez sobrevenida la crisis conyugal, se le denegó la eficacia por apreciarse una alteración sustancial de las circunstancias que habían estado en la base del acuerdo de renuncia; de la Audiencia Provincial de Álava, de 25 de abril de 2002 (JUR 2003/231109), en que se sancionó la validez y eficacia de un pacto previo, otorgado con ocasión de unas capitulaciones matrimoniales en que se pactaba la modificación del régimen legal de gananciales por el de separación de bienes, en el que se convenía, en una cantidad fija, el importe de la indemnización *ex* artículo 1438 del Código Civil estatal (en adelante CCE) a favor de la mujer y de la Audiencia Provincial de Madrid, de 27 de febrero de 2007, CJVR 2007/1514, en que respalda la licitud de un pacto prenupcial en que la esposa renuncia a la adjudicación del uso de la vivienda familiar y a la pensión por desequilibrio a cambio de la atribución en pleno dominio de dos inmuebles y de un vehículo en caso de ruptura conyugal.

(6) De los primeros en abogar por la validez de un pacto en previsión de una separación o divorcio, concretamente de renuncia anticipada a la pensión compensatoria, *ex* artículo 97 CCE, fueron ROCA TRIAS, «Comentario al artículo 101 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Madrid, 1984, págs. 643-644 (lo que luego reitera, aunque ampliando sus afirmaciones a los pactos preventivos de una crisis matrimonial en términos generales, en un trabajo posterior, «Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis», en *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, vol. II, Valencia, 2006, págs. 2128 y sigs.), y DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «En torno a la llamada pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil», en *Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*, Madrid, 1985, págs. 120-123. Luego un importante sector doctrinal siguió su senda: así, entre otros, EGEA FERNÁNDEZ, «Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo III, Madrid, 2003, págs. 4556-4557; GARCÍA RUBIO, «Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil», en *Anuario de Derecho Civil*, 2003, pág. 1673, y «Acuerdos prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en el Derecho de Familia». Ponencia presentada en las XIII Jornades de Dret català a Tossa, 2004; PASTOR VITA, «La renuncia anticipada a la pensión compensatoria en capitulaciones matrimoniales», en *Revista de Derecho de Familia*, 19, abril de 2003, pág. 49; MARTINEZ ESCRIBANO, «Consecuencias de la crisis matrimonial y autonomía de la voluntad», en GUILARTE MARTÍN-CALERO (coord.), *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Valladolid, 2009, págs. 101-118, en esp. 105 y 117, y, recientemente, *Pactos prematrimoniales*, Madrid, 2011, y REBOLLEDO VARELA, «Pactos en previsión de una ruptura matrimonial (Reflexiones a la luz del Código Civil, del Código de Familia y del Anteproyecto de Ley del Libro II del Código Civil de Cataluña)», en *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, vol. I, Madrid, 2008, págs. 735-755. Entre los que oponen resistencia a otorgar derecho de entrada a esta suerte de pactos, CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, «¿ES válida la renuncia a una eventual pensión compensatoria

subsisten grandes dudas en torno a su alcance (7), dudas que podrían haber sido resueltas, al menos en parte, con ocasión de las reformas del Derecho de Familia de 2005. El legislador estatal no afrontó en esas reformas la tarea de dotar de regulación este campo de la actividad de autorregulación de los cónyuges o futuros cónyuges, lo que es lamentado por algún que otro autor (8).

Cataluña, por su parte, se encuentra en el primer grupo de países, esto es, aquellos en los que los pactos en previsión de crisis matrimonial cuentan con un reconocimiento explícito en la ley. Ya desde 1998, estos pactos habían sido objeto de una aceptación *expressis verbis* con ocasión de la promulgación del Código de Familia (en adelante, CF), artículo 15 *in fine*. Ahora con la entrada en vigor del Libro II del Código Civil de Cataluña (en adelante CCCat), el legislador catalán ha querido darles un empujón en una clara apuesta por facilitar, en la medida de lo posible, la efectiva introducción de estos pactos en la praxis del panorama del Derecho de Familia (9). Y es que, sin una regulación sobre sus requisitos (subjctivos, objetivos, formales) y sus efectos y límites, aquella referencia genérica a la admisibilidad de pactos en previsión de la ruptura matrimonial en los capítulos matrimoniales que contenía el artículo 15 CF dejaba insolutos casi todos los problemas que suscitaba la puesta en práctica de estos —también denominados— pactos prematrimoniales.

Son varios los motivos y/o los factores que están en la base de este paulatino pero —parece que— inexorable proceso europeo de apertura a la admisión de la autonomía negocial de los miembros o futuros miembros de la pareja matrimonial en campos jurídicos en que tradicionalmente esta autonomía había sido excluida en pro de la naturaleza de *ius cogens* de la mayor parte de sus normas.

formulada años antes de la separación en capitulaciones matrimoniales?», en *Aranzadi Civil*, 18/2004, BIB 2004/1843.

(7) Para AGUILAR/HORNERO, «Los pactos conyugales de renuncia a la pensión compensatoria: autonomía de la voluntad y control judicial», en *Revista Jurídica del Notariado*, 2006, 57, págs. 21-22, ese es el *quid* de la cuestión. Centrados en el análisis de un pacto concreto, el de renuncia previa a la compensación por desequilibrio, que ha sido y es el campo de pruebas por excelencia en el que se ha volcado la doctrina española para dilucidar la posibilidad y conveniencia de admitir la validez de convenciones anticipadas en planificación de los efectos secundarios de la separación o el divorcio, afirman que «*la contestación a si la renuncia previa cabe o no nos parece un tanto artificiosa*», siendo que «*la verdadera cuestión de fondo radica aquí en determinar hasta dónde llega el control del juez sobre aquello que han decidido las partes*», tratándose, en definitiva, de una cuestión de límites.

(8) MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Consecuencias de la crisis...*, cit., pág. 103.

(9) Véase sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 23 de marzo de 2010, que consideró perfectamente lícito, con base en el artículo 15 del Código de Familia y con referencias explícitas al contenido del entonces Proyecto de Ley del Libro II del Código Civil de Cataluña, un pacto atinente a la exclusión del cómputo de determinados bienes para determinar la eventual compensación económica del que resultara ser el cónyuge acreedor en el momento de la ruptura.

Y todos ellos están enraizados en el vertiginoso cambio social vivido en las últimas décadas, y en muchas ocasiones se explican entre sí.

Así, por una parte, la desacralización paulatina del matrimonio (inspirada, a su vez, por un notable descenso de la religiosidad y, en consecuencia, de la influencia de la Iglesia en nuestro entramado social), la incorporación plena de la mujer al mercado de trabajo y su consiguiente emancipación y un creciente individualismo de las personas, que dejan en muchas ocasiones de verse en cuanto miembros de una familia para contemplarse sobre todo como sujetos libres y soberanos, han abocado a una situación de frecuencia y generalización del divorcio (10).

La generalización del trabajo femenino (naturalmente fuera del hogar) ha conllevado, a su vez, una mejora sustancial, en cuanto a parámetros de independencia económica, de la mujer. Puede hablarse de una igualdad material cada vez más real, lo que hace que decaiga la necesidad de una especial protección de la mujer, como parte débil de una relación matrimonial articulada, como lo eran la mayoría de matrimonios en la sociedad española de hace tres décadas, conforme el modelo tradicional de distribución de tareas en el hogar (según el cual, como es sabido, era la mujer quien quedaba al cargo de los hijos y de otros miembros de la familia necesitados de cuidados y de la llevanza del hogar, mientras el marido desempeñaba un trabajo retribuido fuera de casa). Por tanto, aunque lógica y necesaria en su momento, en la actualidad carece de sentido mantener una regulación del divorcio que puede calificarse de paternalista respecto de la mujer (11).

Por otra parte, el aumento considerable de las uniones extramatrimoniales y su plena aceptación social desde hace ya algunos años han militado asimismo en pro de la transición desde una visión básicamente institucional (apoyada en no poco en su consideración sacramental) del matrimonio a una concepción más contractualista del mismo.

En fin, todo ello ha confluído en un estado de la cuestión particularmente proclive a la admisión de los pactos o convenios encauzados a establecer *ex ante* los efectos de una eventual ruptura matrimonial. Así, de un lado, las altas tasas de fracaso matrimonial hacen que tal evento no sea visto como algo remoto, y de ahí la sentida necesidad de planificar las consecuencias de un esperable (a juzgar por las estadísticas) divorcio (12).

(10) Según datos publicados por el Instituto Nacional de Estadística (www.ine.es), en 2009 la tasa de disoluciones matrimoniales por cada 1.000 habitantes en el Estado español fue de 2,27, cifra que, aunque algo inferior a la de años anteriores, aún sigue siendo significativa. En Cataluña, la tasa fue superior, alcanzando el 2,61.

(11) MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Consecuencias de la crisis...*, cit., pág. 102.

(12) Tras la reforma de la legislación sobre separación y divorcio de 2005, el número de separaciones ha descendido en picado, siendo ahora una causa de disolución matrimonial de carácter marginal o residual. Así en 2009, los divorcios representaron el 92,7% de las disolu-

De otro lado, el hecho de que la igualdad de los cónyuges haya dejado de ser, en muchos casos, formal para pasar a ser, también ahora en muchos casos, efectivamente real (gracias a la masiva incorporación de la mujer al mercado laboral) ha servido para preparar un escenario propicio para que la relación entre los esposos (durante y al fin de la misma) pueda desenvolverse según sus libres decisiones concorde y válidamente adoptadas, siempre respetando, obviamente, los límites de todo pacto. Y hay que tener en cuenta, a este respecto, que, en todo caso, la singular naturaleza de la relación establecida entre los cónyuges puede justificar, como más adelante veremos, un control más riguroso en comparación a otros actos de autonomía privada por lo que hace a los requisitos para su validez y eficacia.

Y, por último, el tránsito hacia esa percepción más contractual del matrimonio facilita, sin duda, la evolución desde una regulación de carácter mayoritariamente imperativo, con escaso margen para la iniciativa privada de los cónyuges, hasta una regulación convencional, con mucho mayor espacio para la actividad autorreguladora de los esposos (13).

En esa línea de expansión de la autonomía negocial de los cónyuges con vistas a potenciar la posible modelación de sus relaciones conforme a sus aspiraciones, valores e intereses, se inscribe el Código de Familia de Cataluña de 1998, y también la reforma del Código Civil estatal de 2005. En efecto, con ocasión de esa reforma, el legislador estatal ha querido, sin duda, poner en un primerísimo plano la voluntad de los cónyuges, que hasta entonces tenía mucho peso en el inicio de la relación e incluso durante la misma en los aspectos de su vida económica, pero menos en lo que se refería a su finalización (dejando al margen la posibilidad brindada, una vez producida la crisis matrimonial, por las normas atinentes al convenio regulador). Ahora, la voluntad constante de cada uno de los cónyuges es, claramente, el pilar sobre el que se sostiene la relación matrimonial desde el principio hasta el fin, de manera que su simple decaimiento (el de la voluntad de uno solo de los consortes) es causa suficiente para ponerle fin.

Lo que no hizo el legislador estatal de 2005, como ya se ha puesto de relieve, fue aprovechar esa reforma en pro de la mayor libertad de los cónyuges en la configuración de sus relaciones para avanzar un paso más, el de dar reconocimiento expreso a la facultad de los miembros, o futuros miembros, de la pareja matrimonial de predeterminar los efectos de una eventual ruptura de su matrimonio o, por lo menos, algunos de ellos, a través

ciones matrimoniales frente al 7,2% de las separaciones y el 0,1% de las nulidades. Pueden consultarse estos datos en la página web del Instituto Nacional de Estadística: www.ine.es.

(13) SERRANO DE NICOLÁS, «Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial en el Código Civil de Cataluña», en BARRADA-GARRIDO-NASARRE (coords.), *El nuevo Derecho de la persona y de la familia (Libro segundo del Código Civil de Cataluña)*, Editorial Bosch, Barcelona, 2011, págs. 328-329.

de pactos celebrados con anterioridad a la crisis matrimonial e incluso antes de las propias nupcias.

El legislador catalán ha ido más allá que el estatal: ya lo fue en 1998, cuando se reconoció, de modo expreso, en el artículo 15 CF que en capítulos matrimoniales pueden establecerse «las estipulaciones y pactos lícitos que se consideren convenientes, incluso en previsión de una ruptura matrimonial». No obstante, como ya se había apuntado por la doctrina (14), la falta de una específica regulación de tales pactos implicaba que las dudas hasta entonces suscitadas sobre su extensión y límites continuaran sin ser resueltas. En el año 2010, el legislador catalán ha progresado en la admisión y regulación de los pactos en previsión de una ruptura matrimonial, y lo hace —como se indica en el mismo preámbulo— desarrollando la alusión genérica que el Código de Familia hacía a los mismos, en sede de capítulos matrimoniales, con el establecimiento de una disciplina específica para estos pactos, disciplina esta que acusa de forma notoria la inspiración en fuentes del Derecho estadounidense, básicamente la *Uniform Premarital Agreements Act* (que ha sido adoptada por más de la mitad de los Estados) y los principios sobre la disolución de la familia del *American Law Institute* (15).

II. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO LEGAL DE PACTO EN PREVISIÓN DE RUPTURA MATRIMONIAL

El artículo 231-20 del CCCat vuelve a echar mano de la expresión que ya fue usada por su precedente más inmediato, el citado artículo 15 del CF, «pactos en previsión de una ruptura matrimonial», para hacer referencia a esta modalidad de acuerdos mediante los que se determinan anticipadamente las consecuencias, o algunas de ellas, de una posible ruptura del matrimonio, y a los que vamos a dedicar nuestra atención en este trabajo.

El Libro II del Código Civil de Cataluña sitúa la posición de partida de su específica regulación de estos pactos en el mismo punto donde lo había dejado la legislación anterior. Así, el artículo 231-19.1, que se ocupa, como su propio encabezamiento indica, del contenido de los capítulos matrimoniales, con una dicción prácticamente idéntica a la empleada en el Código de Familia, vuelve a incluirlos dentro de ese posible contenido capitular (16).

(14) EGEA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pág. 4557.

(15) Así lo pone también de relieve FERRER RIBA en la editorial sobre «El derecho de la persona y la familia en el nuevo libro segundo del Código Civil de Cataluña» de *InDret* 3/10.

(16) Ver también, en este sentido, el artículo 25 de la Ley de Régimen Económico-Matrimonial valenciano de 2007: «En la carta de nupcias o capitulaciones matrimoniales se puede establecer el régimen económico del matrimonio y cualesquiera otros pactos de

Pero este es tan solo el punto de arranque de una ordenación que ha querido ir bastante más allá de los escuetos términos en que el Código de Familia había abierto la puerta del Derecho a esta vía de expresión de la autonomía negocial de las personas que conviven o quieren convivir en el marco de una relación matrimonial. Entre los distintos artículos que, diseminados a lo largo del Libro II del Código Civil de Cataluña, se ocupan de esta modalidad de pactos, destaca, por su importancia, el artículo 231-20, que es precepto clave y punto de referencia obligado (17).

Esta disposición de carácter general, el artículo 231-20, se ve completada con otros artículos que contribuyen a delimitar su alcance respecto a las distintas instituciones, así como a fijar su eficacia en los procesos judiciales que se puedan producir a raíz de la crisis de pareja (18).

La diversidad de situaciones y momentos en que pueden ser otorgados estos pactos, así como la distinta naturaleza de su contenido e incluso del evento que puede estar en el origen de la ruptura matrimonial en cuya previsión son estipulados, hace conveniente esbozar, en un primer término, el cuadro de la tipología de pactos en relación con la ruptura familiar que encuentra, más o menos, acogida en el Libro II.

En primer lugar, hay que diferenciar los pactos en previsión de una ruptura matrimonial (art. 231-20) de los pactos que se pueden celebrar para regular de forma anticipada los efectos del cese de la convivencia en una pareja estable (art. 234-5).

Una vez ubicados en sede matrimonial, es preciso distinguir entre los pactos pre-ruptura o crisis, que son aquellos que han sido otorgados en previsión o prevención de una eventual ruptura de la pareja, cuando esta aún no se ha desatado, y los pactos post-ruptura o crisis, que se caracterizan por celebrarse para la autorregulación de una crisis ya existente. Los pactos pre-crisis pueden ser, a su vez, pre-nupciales (*prenuptial agreements*) o postnupciales (*postnuptial agreements*). Y, por su parte, los acuerdos post-ruptura o crisis

naturaleza patrimonial o personal entre los cónyuges o a favor de ellos, de sus hijos nacidos o por nacer, ya para que produzcan efectos durante el matrimonio o incluso después de la disolución del mismo, sin más límites que lo que establece esta Ley, lo que resulte de las buenas costumbres y lo que imponga la absoluta igualdad de derechos y obligaciones entre los consortes dentro de su matrimonio».

(17) Así, el artículo 234-5, que se ocupa de los pactos en previsión del cese de la convivencia en parejas estables, prácticamente se limita a remitirse al artículo 231-20.

(18) En cuanto a la eficacia de los pactos fuera de convenio regulador, es norma de obligada consulta el artículo 233-5. Mientras que, a un nivel más específico (para las distintas instituciones), hay que tomar básicamente (por atender a las cuestiones más frecuentes en los litigios sobre la materia) en consideración lo dispuesto en el artículo 232-7 para la compensación económica por razón de trabajo, en los artículos 233-5.3 y 233-11 en cuanto al régimen y ejercicio de la guarda de los hijos menores, en el artículo 233-16 para la pensión compensatoria y en el artículo 233-21.4 para la atribución de la vivienda familiar.

se dividen entre aquellos que se mantienen fuera de convenio regulador y los que integran el contenido de un convenio regulador de una crisis, por tanto, ya judicializada.

Objeto de estudio y análisis, y aquello, por tanto, en lo que se va a parar básicamente mientes, son los pactos en previsión de una crisis matrimonial, sean otorgados antes de la celebración de las nupcias o constante matrimonio, pero, en cualquier caso, antes de la ruptura de la convivencia matrimonial.

Quedan, por tanto, fuera, sin perjuicio de que se pueda hacer en algún caso alguna somera referencia, los pactos celebrados una vez se ha producido ya la crisis, sean o no incorporados al convenio regulador. No puede decirse de estos que sean en prevención o previsión de una ruptura o crisis, porque esta ya se ha dado. También van a quedar fuera de nuestro foco de atención, por razones obvias, los pactos celebrados por las parejas estables.

La ruptura de una pareja matrimonial, en términos muy amplios, podría incluir tanto el cese de la convivencia por separación, divorcio o nulidad del matrimonio y, por tanto, en vida de ambos cónyuges, como el que se produce a raíz de la disolución del matrimonio por muerte de cualquiera de ellos. Advierto ya que estos últimos posibles pactos (mucho más cerca del Derecho de Sucesiones que del de Familia) no van a ser tampoco objeto específico de atención.

Los pactos, celebrados antes o después de las nupcias, en previsión de una eventual y, por consiguiente, aún no producida crisis por separación, divorcio o nulidad del matrimonio pueden limitarse a prever y ordenar de forma anticipada las consecuencias patrimoniales que para los cónyuges pueden derivarse de la ruptura o ir más allá, extendiendo el ámbito de estos acuerdos a otras parcelas en las que los cónyuges no son los únicos implicados (acuerdos sobre la guarda o alimentos de los hijos o sobre la atribución de la vivienda familiar) o bien incidiendo sobre las relaciones personales entre ellos (pactos sobre la ampliación, exclusión o ejercicio de los denominados derechos y deberes personales de los cónyuges), o incluso sobre la normativa atinente a la propia disolución del matrimonio. No todos ellos merecen igual grado de admisión en nuestro ordenamiento jurídico, pero de ello nos ocuparemos más adelante.

III. ¿QUIÉNES LO PUEDEN OTORGAR? ÁMBITO SUBJETIVO

Un pacto mediante el cual se provee a la ordenación convencional y anticipada de los efectos de una eventual quiebra de la convivencia matrimonial requiere, como de otro modo no podía ser, que concurren a su otorgamiento las personas en cuyo interés básico se concluye este acuerdo: en los pactos prenupciales, los futuros cónyuges, y en los postnupciales, los cónyuges con plenitud

de efectos, esto es, sin ruptura de la convivencia (19). Solamente ellos merecen la calificación de sujetos esenciales en el otorgamiento de los pactos, pero su presencia es necesaria hasta el punto de que no cabe la representación en este tipo de pactos, sino, a lo sumo, la actuación mediante *nuntius* (transmisor de una voluntad ya conformada) (20).

No hay norma alguna específica en sede de estos pactos relativa a la capacidad exigida a sus otorgantes. En relación con los capítulos matrimoniales, dice el artículo 231-21 del CCCat que: «pueden otorgar capítulos matrimoniales los que pueden contraer válidamente matrimonio, pero necesitan, si procede, los complementos de capacidad correspondientes».

Si los pactos pre-ruptura son otorgados en capítulos matrimoniales, sean pre o postnupciales, no hay —me parece— cuestión: se les aplica el precepto —con el alcance y significado que quepa darle—. Al fin y al cabo, en este caso, el *negotium* (pacto en previsión de una ruptura matrimonial) se incluye en un *instrumentum* (los capítulos matrimoniales), de contenido mucho más amplio y cuya función primigenia y esencial es otra, básicamente la de determinar el régimen económico del matrimonio, aunque pueda incluir otras disposiciones tales como la realización de donaciones, el otorgamiento de pactos sucesorios y la previsión de cualesquiera estipulaciones y pactos lícitos, entre los que, como ya se ha puesto de relieve, se hace una alusión específica a los pactos que nos ocupan. Pues bien, tratándose de un capítulo matrimonial (21), *prima facie* es de aplicación directa la previsión legislativa contenida en el artículo 231-21 sobre capacidad para el otorgamiento de este tipo de negocios jurídicos, habida cuenta, especialmente, que no se ha dispuesto regulación particular al respecto por el legislador catalán de 2010.

El Libro II del CCCat ha dejado bien claro que la vinculación, lógica y necesaria, de los pactos en previsión de una ruptura matrimonial a un matrimonio concreto, aquel en cuya consideración se convienen, no implica que, a su vez, este tipo de pactos deba ir asociado imprescindiblemente a la forma

(19) En otro caso, si ya se está en situación de crisis de pareja, los posibles acuerdos a que pudieran llegar los esposos en cuanto a la ordenación de las consecuencias de esta crisis no lo serían con carácter prospectivo o anticipado y, por tanto, estaríamos ya ante una categoría distinta, la de los pactos post-ruptura fuera de convenio.

(20) En este sentido, aunque referido a los capítulos matrimoniales, LÓPEZ BURNIOL, «Comentario al artículo 16 CF», en EGEA-FERRER (dirs.), *Comentaris al Codi de família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Tecnos, Madrid, 2000, pág. 162.

(21) Cuestión distinta es la de saber si un capítulo matrimonial puede tener como contenido único estas previsiones en contemplación de una ruptura del matrimonio; es decir, si pueden otorgarse capítulos matrimoniales que sean únicamente «de derribo», por usar el expresivo término empleado por LÓPEZ BURNIOL, «Comentario del artículo 15 CF», en EGEA-FERRER (dirs.), *Comentaris al Codi de família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Tecnos, Madrid, 2000, pág. 156. Eso lo veremos *infra*.

capitular y, con el fin de evitar cualquier duda al respecto, se señala que «los pactos en previsión de una ruptura matrimonial se pueden otorgar en capítulos matrimoniales o en una escritura pública». Centrándonos en lo que ahora nos ocupa, la capacidad que el ordenamiento considera necesaria para el otorgamiento de estos pactos, y en cuanto a lo que se refiere a los que son otorgados en escritura pública que no es de capítulos matrimoniales, en mi opinión hay razones suficientes que justifican una aplicación analógica del artículo 231-21. En efecto, la remisión de esta última norma a los requisitos exigidos por la ley para la celebración del matrimonio obedece a la trabazón existente entre matrimonio y capítulos matrimoniales, siendo este el instrumento básico que la ley ha venido poniendo a disposición de los cónyuges o futuros cónyuges para que estos puedan organizar, según su voluntad, aquellos aspectos de su convivencia que estimen convenientes, siempre, naturalmente, que se encuentren dentro de su campo de acción. Aunque el pacto en cuestión no se otorgue con vistas a la organización de la vida matrimonial, sino a su eventual disolución, habrá que aplicar, a mi juicio, la regla lógica de que quien es, o puede ser, cónyuge y asumir, en consecuencia, los derechos y deberes propios de esta condición e incluso puede determinar su régimen económico matrimonial, también puede decidir de consuno con el otro miembro de la pareja, si la ley lo permite y en la medida en que lo permita, los efectos de una eventual salida del matrimonio. Además, una interpretación conforme al criterio sistemático (art. 3.1 CCE) lleva a la misma conclusión.

De todos modos, la aplicación de las reglas atinentes a la capacidad para contraer matrimonio a la celebración de pactos en previsión de una crisis matrimonial (22) no deja de suscitar alguna que otra cuestión y duda, sobre todo en relación con personas que no cuentan con plena capacidad de obrar.

Así, el Código Civil estatal permite a los menores no emancipados contraer nupcias a partir de los catorce años con la pertinente dispensa judicial (arts. 46 y 48 CCE). Una vez casados, automáticamente adquieren la emancipación [art. 211-8,1.a CCCat y 316 CCE], pero antes precisarán de la asistencia de sus padres o tutor para otorgar estos capítulos prenupciales (23). La solución a la que lleva una interpretación sistemática de los preceptos del Libro II del CCCat es que esta misma es la norma a aplicar a los pactos en previsión de ruptura matrimonial, al menos en lo que se refiera a los que se ocupan de aspectos puramente patrimoniales. De todos modos, no deja de ser, cuando menos, chocante que, tratándose de una materia tan delicada como esta y después de haber

(22) LÓPEZ BURNIOL, *Comentario al artículo 16 CF*, cit., pág. 162, apostilla que se trata de una auténtica capacidad específica, sin que sea dable confundir la necesidad de unos eventuales complementos de capacidad, exigidos en algunos casos en atención a la enorme trascendencia patrimonial de los capítulos, con la ausencia de una capacidad específica.

(23) LÓPEZ BURNIOL, *ob. últ. cit.*, pág. 163.

tomado bastantes precauciones en cuanto a las formalidades a exigir a fin de garantizar en lo posible un libre, consciente e informado proceso de formación de la voluntad, el legislador no se haya ocupado específicamente de culminar esa toma de precauciones con la exigencia de una capacidad de obrar más completa. En todo caso, por muy rara que pueda ser la hipótesis en la realidad, me parece excesivo que un menor con catorce años pueda llegar a pactar válidamente un acuerdo por el que renuncia a una prestación compensatoria, aunque sea con la asistencia de sus padres o tutor.

Por otro lado, los menores emancipados pueden contraer matrimonio (art. 46 CCE) y, por tanto, pueden otorgar capítulos matrimoniales. Dispone el artículo 211-7.1 CCCat que: «el menor emancipado actúa jurídicamente como si fuera mayor de edad, pero necesita el complemento de capacidad para los actos que establezca el artículo 211-12». Pues bien, en la relación de actos para los que, según el CCCat, el menor emancipado requiere del complemento de capacidad, so pena de su anulabilidad, no se encuentra, de forma directa, el otorgamiento de pactos en previsión de una ruptura matrimonial. Por tanto, en principio, es preciso convenir en que un menor emancipado goza, según la ley, de capacidad suficiente para otorgar, por sí solo y sin necesidad de ningún complemento especial, un pacto por el que convenga con su consorte o futuro consorte las pautas que faciliten una ordenada salida del matrimonio. En todo caso, sería necesario adentrarse en el contenido de las concretas estipulaciones en un caso determinado para averiguar si en ellas se hallan comprendidos algunos de los actos para los que el CCCat (art. 236-27.1, por remisión del art. 211-12) requiere complemento de capacidad de las personas a las que se refiere el artículo 211-7.2 CCCat (24).

Si fuera el caso, el preceptivo complemento de capacidad no podría ser prestado por el cónyuge por un evidente conflicto de intereses: habría que acudir, pues, a la asistencia por parte de los progenitores del menor emancipado, en su caso, del curador y, en último extremo, del defensor judicial (art. 224-1 CCCat).

Por lo que se refiere a las personas incapacitadas, lo determinante será el contenido de la sentencia de incapacitación, que, como establece el artículo 760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «determinará la extensión y los límites de esta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado».

(24) Por ejemplo, si hubiera una afectación (en forma de futura disposición) de bienes inmuebles a cambio de la renuncia del cónyuge a futuras prestaciones compensatorias, como en el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 27 de febrero de 2007 (*JUR* 2007/151411). O quizá podría entenderse que una renuncia a una futura y eventual prestación compensatoria, sin ser propiamente renuncia de derecho, pudiera ser llevada, o aproximada, a la categoría de «renuncia de créditos», para las que se exige complemento de capacidad (art. 236-27.1.d).

La naturaleza de acto personalísimo que caracteriza a este tipo de acuerdos impide que la sentencia de incapacitación establezca que el tutor pueda actuar en representación del incapacitado. Como norma —y salvo que otra cosa se indique en la sentencia—, la asistencia del tutor o curador en el otorgamiento de los pactos (sea o no en capítulos matrimoniales) será siempre precisa a efectos de completar su capacidad (art. 233-4.3 CCCat). En caso que la sentencia disponga que la persona incapacitada no puede otorgar capítulos (ni, por extensión, escritura no capitular de pactos en previsión de ruptura matrimonial), la posibilidad de concluirlos queda totalmente excluida (25).

En todo caso, sin embargo, la aplicación, sea directa sea por analogía, de las normas de capacidad destinadas a los capítulos matrimoniales puede tener justificación más o menos clara en relación con los pactos en previsión de ruptura de contenido patrimonial que afecta a los esposos. Si los pactos van más allá de regular cuestiones de carácter económico intraconyugal y alcanzan a otros aspectos, bien sean de índole personal, allí donde estén permitidos, bien sean en relación con terceros (básicamente, los hijos), la singular y delicada naturaleza de la materia requiere, a mi juicio, que se exija la mayoría de edad y plena capacidad de obrar, como una mejor (aunque no infalible) garantía de la madurez necesaria para poder calibrar y asumir un acuerdo de este calibre (26).

IV. ¿CUÁNDO SE PUEDE OTORGAR? LÍMITES TEMPORALES

La peculiar naturaleza de las relaciones y situaciones que se pretenden regular y ordenar a través del otorgamiento de un pacto en previsión de una crisis matrimonial ha llevado al legislador a establecer ciertas limitaciones de orden temporal, en especial en lo concerniente a los pactos que se otorgan entre los futuros contrayentes, a fin de conjurar (o, por lo menos, intentarlo) la nociva influencia que sobre la efectiva voluntad de cualquiera de ellos pudiera ejercer la proximidad inmediata del enlace matrimonial (27).

De este modo, en orden al tiempo en que han de ser otorgados los pactos de ordenación de una eventual ruptura matrimonial, se hace preciso separar los pactos prenupciales de los postnupciales, en los que, evidentemente, no se dan

(25) LÓPEZ BURNIOL, *Comentario al artículo 16 CF*, cit., pág. 163.

(26) MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Pactos prematrimoniales*, cit., pág. 212.

(27) Los motivos para esta presión son variados. La situación emocional que suele envolver esta fase de la vida de una persona, sobre todo si es la primera vez, no es, desde luego, la más apropiada para ponderar con la suficiente lucidez el alcance del pacto que se va a suscribir. Por otro lado, la perspectiva embarazosa de cancelar la boda poco antes de su fecha prevista, amén de la pérdida económica que ello puede suponer (debido a los muchos gastos que se habrán ya efectuado, de difícil o imposible recuperación), son también factores que pueden precipitar a uno de los futuros cónyuges a prestar un consentimiento que, en verdad, no es querido.

las condiciones de presión que la inminencia de la ceremonia nupcial puede provocar en alguno de los contrayentes.

La nueva regulación catalana exige, para la validez de los *prenuptial agreements*, el respeto de un doble requisito temporal. En cuanto a la conclusión en sí del pacto, el artículo 231-20 *in fine* requiere que sea otorgado con una antelación mínima de 30 días a la celebración de las nupcias (28).

Se trata de una regla claramente inspirada en la que se prevé en la Sección 7.04.3.a) de los principios del American Law Institute para la disolución de la familia (en adelante, principios ALI). La Sección 7.04.2 se preocupa de dejar muy claro que la ejecutabilidad de un acuerdo prenupcial ha de pasar por un consentimiento informado, libre y consciente (no obtenido bajo coacción o, en general, cualquier vicio del consentimiento). A partir de ahí, los Principios establecen una presunción *iuris tantum* de prestación libre de consentimiento (*not obtained under duress*) si se cumplen determinadas circunstancias, entre las cuales, que el pacto se hubiere otorgado al menos treinta días antes de la boda. Esta exigencia temporal responde al designio de preservar en la mayor medida posible la integridad del consentimiento (29). Sin embargo, otras iniciativas, más recientes, descartan, *ab initio*, la bondad de esta exigencia temporal y proponen no incorporarla en una eventual regulación de los pactos prenupciales. Así en el informe emitido por la *Law Commission* del Reino Unido, la proposición 8.15 recomienda no introducir límites temporales en los *marital property agreements* que se celebren antes de las nupcias, arguyendo que tal imposición no iba a reportar ninguna utilidad específica en la protección de los contratantes desde el momento en que ya existen otros mecanismos contractuales aptos para conseguir ese propósito, aunque dejan abierta la cuestión a consulta (30). Y es que se señala que la fijación de un periodo concreto de tiempo comporta siempre una cierta arbitrariedad: se dice —y cierta razón no les falta— que cualquier término impuesto para la celebración de los pactos prenupciales simplemente desvía la presión a otro día.

(28) La experiencia de nuestros tribunales nos muestra cómo es práctica habitual que este tipo de pactos sea otorgado unos pocos días antes del enlace: así once días de antelación en el caso resuelto por la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de 14 de mayo de 2001 (*AC* 2001/1599); diez días de margen entre suscripción del pacto y celebración del matrimonio en el supuesto de la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, de 1 de marzo de 2004 (*JUR* 2004/118887); cuatro días, en el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 27 de febrero de 2007 (*JUR* 2007/151411); y solo tres en el supuesto dilucidado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 23 de marzo de 2010 (*JUR* 2010/175675). Como puede comprobarse, en ninguno de estos casos el pacto podría ser considerado válido al amparo de la nueva regulación del Libro II del CCCat.

(29) Ver, en este sentido, Bix, «Premarital agreements in the ALI principles of family dissolution», *Duke Journal of Gender Law and Policy*, Spring/Summer 2001, págs. 236-237.

(30) *The Law Commission Consultation Paper*, núm. 198: *Marital Property Agreements*, págs. 110-110, consultable en www.justice.gov.uk/lawcommission.

De todos modos, hay que convenir que, dadas las singulares características que rodean a esta modalidad de pactos entre los cónyuges, y atendida la dilatada experiencia americana en esta materia, la imposición de un margen temporal mínimo entre la celebración del pacto y la del enlace matrimonial me parece una decisión acertada en pro de facilitar, en la medida de lo posible, un clima propicio para la conclusión del acuerdo con plena libertad y conciencia, ya que el necesario transcurso de ese lapso de tiempo puede, si no impedir toda suerte de presiones, sí al menos contribuir a mitigarlas.

Sea como fuere, la regla en el CCCat es contundente: el respeto a ese plazo impuesto no deriva en una simple presunción *iuris tantum* de libertad en la prestación del consentimiento sino que se erige en requisito de validez del pacto. Cualquier acuerdo celebrado dentro de ese periodo es nulo, y no cabe su subsanación (31).

En cuanto al futuro matrimonio en cuya consideración se concluyen estos pactos, debe celebrarse en el plazo de un año desde el otorgamiento de la escritura, so pena de caducidad. Así se prevé, para los capítulos matrimoniales, en el artículo 231-19.2, artículo este que debe entenderse aplicable por analogía a la escritura no capitular.

Por tanto, para su plena validez y eficacia, los pactos prenupciales han de ser otorgados en un plazo de tiempo que va desde los 30 hasta los 365 días anteriores a la fecha de celebración del matrimonio: ni antes ni después.

En cambio, y porque ya no concurren aquellas circunstancias que rodean las fechas previas a la celebración del enlace, y también por una cuestión puramente lógica (32), los pactos de anticipación de los efectos de una crisis matrimonial que puedan celebrarse ya constante matrimonio pueden ser otorgados en cualquier momento, con el límite máximo de la ruptura de la convivencia.

V. ¿CÓMO DEBE SER OTORGADO? LA FORMA DEL PACTO

Puede comprobarse que la regulación general de estos pactos se sigue ubicando en sede de capítulos matrimoniales, presumiblemente por ser este el cauce por excelencia en que se ha canalizado tradicionalmente la autonomía

(31) En este sentido, ver SERRANO DE NICOLÁS, *Los pactos en previsión...*, cit., pág. 357, que pone de manifiesto que será necesario, en su caso, «*un nuevo otorgamiento con todas sus solemnidades, singularmente las informativas del notario, y así es dado que no cabe olvidar que hay una circunstancia nueva relevante como es que el matrimonio al que afectan no es in fieri sino in facto esse, pues ya se ha celebrado*».

(32) No hay ninguna fecha fija a partir de la cual contar plazo alguno. Ese es también el motivo por el cual no se exige antelación alguna para los pactos que se otorguen en previsión del cese de la convivencia de una pareja estable.

privada en materia de pactos sobre régimen matrimonial y —recientemente— postmatrimonial.

Como norma, la doctrina española ha venido aceptando la escritura de capítulos matrimoniales como un instrumento idóneo para albergar este tipo de pactos (33), aunque no falta alguna que otra opinión contraria a ello (34). De todos modos, ante la falta de regulación específica de esta figura, se aboga por acudir al principio de libertad de forma *ex* artículo 1278 CCE, de tal modo que —se dice— aunque es, naturalmente, más recomendable acudir al otorgamiento de una escritura capitular, por obvias razones de seguridad jurídica, no cabe elevarlo a requisito formal necesario, a condición que no se incida sobre el régimen económico del matrimonio (35).

En el Derecho catalán, a pesar de su ubicación sistemática y con buen criterio, este tipo de pactos no deben otorgarse ya necesariamente con ocasión del otorgamiento de una escritura de capitulaciones matrimoniales. La ley es clara: para ser plenamente válidos, deben otorgarse en escritura pública que puede ser de capítulos matrimoniales o no capitular (36). Una vez más la preocupación por garantizar en lo factible la integridad del consentimiento subyace en el fundamento de esta exigencia legal (37).

Cierto es que la dicción literal del artículo 231-20.1 no dispone que «deben otorgarse en escritura pública», como sí lo hace el artículo 231-22.1 respecto a las capitulaciones matrimoniales, sino que este precepto establece que «los pactos en previsión de una ruptura matrimonial se pueden otorgar en capítulos matrimoniales o en una escritura pública». Con esta expresión, lo que se ha querido poner de manifiesto es que los pactos no tienen por qué contenerse en una escritura que sea, al mismo tiempo, de capítulos matrimoniales, pero

(33) Ver, en este sentido, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *ob. cit.*, pág. 123; GARCÍA RUBIO, *Los pactos prematrimoniales...*, cit., pág. 1659-60, y *Acuerdos prematrimoniales...*, cit., págs. 2 y 3; PASTOR VITA, *ob. cit.*, pág. 49; REBOLLEDO VARELA, *ob. cit.*, pág. 741, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Consecuencias de la crisis...*, cit., págs. 116 y 117, y *Pactos prematrimoniales*, cit., pág. 209, entre otros.

(34) Ver AMORÓS GUARDIOLA, «Comentario al artículo 1325», en *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 1526 y, más recientemente, desde una posición claramente contraria a la admisibilidad de esta modalidad contractual entre cónyuges, CABEZUELO ARENAS, *ob. cit.*, págs. 1 y 2.

(35) Así, GARCÍA RUBIO, *Acuerdos prematrimoniales...*, cit., pág. 3; REBOLLEDO VARELA, *ob. cit.*, pág. 742, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Pactos prematrimoniales*, cit., págs. 208-209, que aclara que, en todo caso, sí deberá el pacto constar por escrito *por evidentes motivos probatorios*.

(36) Este requisito de forma solo atañe a los pactos pre-crisis, de los que nos venimos ocupando. Las convenciones a que puedan llegar los cónyuges una vez desencadenada la crisis requieren forma escrita, pero puede ser en documento privado, ya que no existe ninguna previsión parecida a la que se contiene en el artículo 231-20.1 CCCat.

(37) Como afirma ROCA TRIAS, *Autonomía, crisis...*, cit., págs. 2116-2117, «la delicada materia familiar hace que el ordenamiento jurídico utilice cláusulas de seguridad, entre ellas, la forma».

se da por supuesto que, en cualquier caso, deben ser suscritos en documento público y más concretamente, en escritura pública, como requisito de validez y eficacia (38). Como bien hace patente EGEA FERNÁNDEZ (39), a través de la exigencia de documento público, se preserva aquí mejor el principio de libertad en la contratación y, por lo tanto, queda mejor asegurado que el consentimiento de los otorgantes (consortes o futuros consortes) obedece a una conformación de su libre voluntad. En mi opinión, por tanto, la falta de cumplimiento de la forma requerida por la ley debe traducirse en la invalidez (en forma de nulidad) y consiguiente ineficacia del acto (40). En todo caso, afirma SERRANO DE NICOLÁS que, a diferencia de los capítulos matrimoniales, la forma en los pactos en previsión de ruptura no tiene función constitutiva, con lo que, a diferencia de lo que acaece en las capitulaciones, cuando estamos ante escrituras que solo lo son de pactos en previsión de ruptura, sí cabría la elevación a público de lo firmado previamente (41).

Queda aún una cuestión por dilucidar, y es si existe la posibilidad de otorgar una escritura que sea de capítulos matrimoniales y que únicamente contenga este tipo de pactos, esto es, un capítulo que sea solo «de derribo». Atendiendo a lo indicado hasta ahora, resulta evidente que la respuesta ha de ser negativa. No tendría, de otro modo, sentido la distinción que se hace en el artículo 231-20.1 CCCat. Para el legislador catalán, una cosa es la escritura de capítulos matrimoniales y otra distinta, la escritura en que pueden contenerse estos pactos en solitario que, por definición y distinción, no será capitular. Con lo que —hay que convenir— la escritura capitular no se identifica solo por contener disposiciones, sean las que fueren, por razón de matrimonio (42), y entre ellas, las cláusulas, sean relativas a aspectos personales (aquellos sobre los que se considere lícito pactar) sean atinentes a aspectos patrimoniales, que las partes consideren convenientes para el caso de crisis matrimonial, sino, precisamente, por acoger

(38) Así se desprende también de lo que se indica en el preámbulo, donde, tras afirmar que en el Libro II se establecen los requisitos formales y substantivos para que se puedan considerar plenamente válidos y eficaces los pactos en previsión de una ruptura matrimonial, se pone de relieve que «entre estos requisitos destacan la posibilidad de adoptarlos en una escritura que no sea capitular...».

(39) *Ob. cit.*, pág. 4562.

(40) En contra, MARTÍNEZ ESCRIBANO, «Los pactos en previsión de la ruptura en el Derecho catalán», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 2-2011, pág. 352, quién aboga por una eficacia *inter partes* (¿de qué otro modo podría ser aquí?) de los pactos otorgados fuera de escritura pública.

(41) *Ob. cit.*, pág. 357.

(42) Contrariamente a lo que parece opinar LÓPEZ BURNIOL, *Comentario al artículo 15*, cit., págs. 154 y 156, y ROCA TRIAS, *Autonomía, crisis...*, cit., págs. 2118-2119, al menos en relación con los pactos en previsión de ruptura y naturalmente en relación con la legislación anterior al Libro II del CCCat. En esta misma orientación, pero con referencia al CCE, y de un modo más concluyente, se pronuncia MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Pactos prematrimoniales*, cit., pág. 211.

disposiciones sobre el régimen económico del matrimonio, que es contenido característico, esencial y necesario de los capítulos matrimoniales (43).

Además de la forma de escritura pública, el legislador catalán ha incorporado la exigencia de otros requerimientos, esta vez de orden informativo, a cuyo cumplimiento queda supeditada una plena eficacia y oponibilidad de los pactos. Pone de relieve SERRANO DE NICOLÁS (44) cómo, en los pactos objeto de análisis, la exigencia de escritura pública quedaría ubicada en el concepto de la denominada forma informativa, en que el cauce formal exigido lo es como vía necesaria para que los contratantes dispongan de la información que el ordenamiento considera adecuada para una perfecta conclusión del negocio jurídico, y que, en el Derecho catalán, es arbitrada y facilitada por el notario en tanto que funcionario público y profesional del Derecho que garantiza la neutralidad e imparcialidad en el desempeño de su tarea.

En efecto, y también con una clara e innegable inspiración en el Derecho estadounidense, el apartado 2 del artículo 231-20 dispone y explicita la necesidad que el notario lleve a cabo una labor de asesoramiento profesional a los otorgantes del pacto. Por un lado, se especifica que debe llevarse a cabo de forma previa al otorgamiento de la escritura donde se van a contener los pactos en previsión de una ruptura matrimonial y además que, en cualquier caso, debe hacerse por separado con cada uno de los cónyuges o futuros cónyuges (en su caso, con sus respectivos asistentes) (45). Por otro lado, se concretan los puntos sobre los que el notario debe realizar esta preceptiva tarea de asesoramiento, que se proyecta tanto en una labor de información profesional, ya que debe explicar a los futuros otorgantes los cambios que la conclusión de los proyectados acuerdos va a introducir en el régimen legal que les sería de aplicación si no se otorgaran, como de advertencia legal, puesto que debe señalarles que tienen la obligación mutua de proporcionarse la información sobre su situación patrimonial y financiera como se indica en el apartado 4 del mismo precepto. No parece, en este último extremo, que este deber de advertencia por parte

(43) En este sentido también SERRANO DE NICOLÁS, *ob. cit.*, págs. 357-358, quien, yendo algo más allá, considera que, en realidad, los pactos preventivos de crisis matrimoniales comprendidos en escritura de capítulos matrimoniales no pasan a ser, por ello, contenido capitular.

(44) *Ob. cit.*, pág. 357.

(45) SERRANO DE NICOLÁS, *ob. cit.*, pág. 361, pone de manifiesto que, al no establecerse la necesidad de un lapso temporal entre el asesoramiento del notario y la suscripción de los pactos, habrá de aplicarse lo que resulte de un criterio de sana prudencia en atención asimismo a la complejidad que puedan presentar. No obstante y dado que la labor de información profesional del notario debe ser desarrollada de forma individualizada, con buen criterio (el que, además de su profundo conocimiento del Derecho, le da su dilatada trayectoria profesional como Notario) aconseja que «pueda ser en días diferentes —incluso con días de por medio para la reflexión individualizada— y no como acto inmediato anterior a la firma de ellos», ya que «la unidad de acto es para la firma, para el asesoramiento bien puede decirse que además de individualizado convendría que fuese distanciado, para un mínimo espacio temporal de reflexión».

del notario alcance a la obligación de cerciorarse que, efectivamente, ambos otorgantes se han facilitado recíprocamente los datos bastantes sobre su estado patrimonial y financiero (46). En todo caso, la falta de cumplimiento tendrá las consecuencias que se desprenden del apartado 4 del artículo 231-20 (47).

A fin de asegurar, en la máxima medida posible, que las partes quieren realmente lo que van a suscribir, a pesar de que pueda resultarles perjudicial, en los principios ALI [Sección 7.04.1.3.b)] se establece que uno de los factores para considerar presuntivamente que el acuerdo ha sido libremente adoptado y que, por tanto, no es susceptible de anulación por vicio del consentimiento es la concurrencia de un asesoramiento profesional independiente para cada una de las partes, que garantice que ambos otorgantes van a estar adecuadamente instruidos sobre los efectos que va a provocar el pacto, esto es, las modificaciones que implica respecto al régimen que sería aplicable por defecto, incluyendo la eventual renuncia a adquirir, si se diera el caso, determinados derechos (48). Pues bien, este asesoramiento profesional es el que va a desarrollar el notario en los pactos en previsión de una ruptura matrimonial según lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 231-20 (49).

Por otro lado, un cabal aquilatamiento del alcance de la modificación introducida por los pactos y de la potencial renuncia a la posible adquisición de derechos que, al fin y al cabo, están en función de la situación económico-patrimonial del matrimonio, constante este y a su disolución, solamente puede ser realizado desde el conocimiento suficiente de la situación patrimonial y financiera de uno y otro. La sección 6.a) 2 de la *Uniform Premarital Agreements Act* establece que la publicidad y comunicación recíproca del *status* económico de los futuros consortes deba ser considerada condición de eficacia del pacto, de modo que si este irroga un grave perjuicio a uno de los contratantes en el momento de su ejecución y este no dispuso ni pudo disponer de la suficiente información sobre

(46) Un análisis profundo y exhaustivo del alcance de este deber de información puede verse en SERRANO DE NICOLÁS, *ob. cit.*, págs. 363-366.

(47) Tal como viene configurado en este precepto, la acreditación del cumplimiento cabal de este deber de información se erige como una carga previa que debe asumir aquel de los cónyuges que pretenda hacer valer el pacto y solicitar su incorporación a la sentencia, en virtud de lo dispuesto en el artículo 233-5. La pretensión de su eficacia queda sujeta al cumplimiento de esta especie de *onus probandi*. En este sentido, ver también REBOLLEDO VARELA, *ob. cit.*, pág. 754, quien añade que, naturalmente, si la información no es veraz, el pacto carecerá de eficacia.

(48) También la Law Commission ha introducido en la lista de propuestas provisionales, bajo el número 8.12, la siguiente: «*a marital property agreement should not be treated as a such against a party who did not receive legal advice at the time when it was formed*», de manera que el asesoramiento legal previo de cada una de las partes se eleva a condición de exigencia del pacto por la otra. Ver *Consultation Paper*, núm. 198 cit., pág. 137.

(49) Para los pactos post-crisis fuera de convenio, el artículo 233-5.2 prevé que la falta de asistencia letrada independiente para cada uno de los cónyuges a la hora de suscribir el pacto es causa de ineficacia del mismo.

la situación financiera y patrimonial de la otra parte ni renunció válidamente a este derecho de información, el pacto le sea inexigible (50). Como ha podido comprobarse, todo ello ha sido también recogido en el artículo 231-20.4 CCCat.

VI. ¿QUÉ SE PUEDE PACTAR? ÁMBITO OBJETIVO

Es innegable el empujón al progresivo e imparable proceso de privatización experimentado, desde hace ya algunos años, por el Derecho de Familia que ha supuesto la nueva regulación del Libro II del Código Civil de Cataluña, con su amplio reconocimiento a la capacidad autorreguladora de los cónyuges y, en especial, con el espaldarazo dado a los pactos en previsión de una ruptura matrimonial. La cuestión, aunque más acotada, sigue siendo, no obstante, la de trazar, con la mayor precisión posible, los contornos del espacio en que puede desenvolverse la autonomía negocial de los consortes a la hora de concluir estos pactos preventivos, con la clara fijación de los límites que deben acatar. A partir del establecimiento del perímetro de su campo de acción, se podrá a entrar a valorar las concretas manifestaciones de la competencia autonormativa de los miembros de la pareja matrimonial.

1. LÍMITES DE ORDEN GENERAL

Los parámetros para su validez que deben respetar los cónyuges en la conclusión de estos pactos, en el marco de su autonomía de la voluntad, son, según la doctrina (51), de varios órdenes distintos:

- a) Los límites generales impuestos a todo acto de autonomía privada, y que se encuentran recogidos en el artículo 1255 CCE (ley, moral y orden público).
- b) Los requerimientos que se derivan de la naturaleza contractual de estos pactos, como la exigencia de que concurren los elementos que el artículo 1261 del Código Civil estatal estipula como esenciales (libre

(50) En términos más contundentes, se pronuncia la Law Commission en su recomendación provisoria 8.10, que eleva la revelación de la situación financiera de la otra parte como condición de validez del pacto: «*a marital property agreement shall not be treated as a qualifying nuptial agreements unless the party against whom it is sought to be enforced received, at the time of the making of the agreement, material full and frank disclosure of the other party's financial situation*».

(51) Ver, en este sentido, AGUILAR/HORNERO, *ob. cit.*, pág. 23; GONZÁLEZ DEL POZO, «Acuerdos y contratos prematrimoniales (I)», en *Boletín de Derecho de Familia*, julio de 2008, pág. 13, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Pactos prematrimoniales*, cit., págs. 86 y 87.

y consciente consentimiento, y objeto y causa lícitos), o de que se respeten las reglas atinentes a la forma.

- c) Los límites específicos que se imponen a la autonomía privada de los esposos en el marco concreto del Derecho de Familia, y dentro del de Familia, el matrimonial. Así dentro de este capítulo, cabría hacer referencia a la exigencia de que los pactos respeten la igualdad de derechos entre los cónyuges que dispone el artículo 32 de la Constitución española y, en el ámbito del Derecho estatal, el artículo 1328 del Código Civil español; a la prohibición de transigir sobre cuestiones matrimoniales o sobre alimentos futuros, contenida en el artículo 1814 del Código Civil estatal; a la ineficacia de los pactos que no sean conformes con el interés superior de los hijos menores, que consagran los artículos 233-3.1 y 233-5.1 del Código Civil de Cataluña, ineficacia esta que, en el ámbito del Derecho estatal, es extendida por el artículo 90.2 del Código Civil estatal a los pactos que sean gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges, y, por último, a la protección integral a los hijos que proclama y exige el artículo 39 de la Carta Magna.

Más allá de estos límites de orden general, cuya beligerancia concreta respecto a los pactos pre-crisis matrimonial es, en su caso, objeto de atención en los distintos apartados de este trabajo, toca aquí hacer alusión a la previsión que alberga el artículo 231-20, en su tercer párrafo, a cuyo tenor cualquier pacto por el que se excluyan o limiten derechos de los cónyuges debe venir presidido por las reglas de reciprocidad y claridad.

Como bien señala SERRANO DE NICOLÁS (52), la disposición implica, ya de entrada, que la ley catalana admite que se pueda renunciar a la adquisición futura de derechos que podrían ser objeto de atribución a uno de los cónyuges si, en el momento de la ruptura, se dan las circunstancias que prevé la ley para su concesión (53) y, naturalmente, también limitarlos, sin llegar a eliminarlos. Eso sí, *ultra* las limitaciones que la regulación legal prevé para cada uno de los supuestos concretos, la validez de estos pactos de exclusión o limitación de derechos que pudieran surgir en cabeza de uno de los cónyuges por mor de la situación de ruptura de la convivencia matrimonial se sujeta al cumplimiento de los criterios de reciprocidad, claridad y precisión.

Los dos últimos básicamente conllevan que la renuncia o limitación de derechos se realice de forma inequívoca (54), esto es, que quede claro que

(52) *Ob. cit.*, pág. 367.

(53) No de otro modo hay que entender el término empleado por el texto legal, sino como exclusión de la ley aplicable *ex* artículo 6.2 CCE.

(54) En esta línea se pronuncia la STS de 10 de mayo de 2009 (*RJ* 2009/1637), que no acoge la tesis del recurrente, según la cual la aceptación por parte de la esposa del régimen de separación de bienes, asumiendo expresamente la obligación de subvenir a sus propios

se renuncia o que se limita, y la forma en que esa renuncia o limitación va a producirse y, por la forma en que ha quedado redactado el último inciso del párrafo 3.º del artículo 231-20, me parece que cabría defender que, además, debe ser realizado de modo expreso, sin que quepa una declaración tácita, pues a esa inteligencia parece llevar que se demande por el precepto en cuestión que «se precisen con claridad los derechos que se limitan o a los que se renuncia». La precisión requerida para la determinación de los derechos que van a ser objeto de exclusión o limitación impide que pueda considerarse válida una renuncia genérica a todo derecho que pudiera surgir como consecuencia de la ruptura conyugal (55).

La reciprocidad implica igualdad de criterios para ambos cónyuges en la exclusión o acotación de los derechos. Evidentemente, conllevará la nulidad de cualquier renuncia o modulación de, por ejemplo, la pensión compensatoria o de la compensación económica por razón de trabajo realizada solo en relación con uno de los cónyuges. Pero, más allá de estos casos extremos de evidencia aplastante, la regla de reciprocidad exige, como acertadamente ha puesto de manifiesto SERRANO DE NICOLÁS, no tanto una igualdad cuantitativa en la aplicación de porcentajes de participación en las ganancias, rentas e ingresos procedentes de toda suerte de negocios, actividades y, en general, fuente de rendimientos cuanto una equivalencia cualitativa y cuantitativa en la fijación de los criterios o reglas de la participación en los rendimientos obtenidos por el otro, por razón, por ejemplo, de la naturaleza, origen o características del negocio o derecho que se halla en la base del incremento o ganancia a repartir en su caso. Lo que cuenta es que, una vez determinado, el criterio sea idéntico para ambas partes, aunque, en el momento en que se pacte, solo lo sea en potencia para una de ellas (56).

gastos con total autonomía e independencia respecto de su marido, solamente podía entenderse como una renuncia por su parte a reclamar cantidad alguna.

(55) Así, desde esta perspectiva, una cláusula como la valorada en la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, de 1 de mayo de 2004 (*JUR* 2004/118887), no superaría el control de validez *ex* artículo 231-20.3 CCCat. En efecto, según esta cláusula, contenida en capítulos matrimoniales otorgados diez días antes de la celebración de las nupcias, «en caso de separación, divorcio o nulidad, quieren expresamente que no haya derecho a compensación alguna por razón del matrimonio o convivencia conyugal». Tampoco lo pasó para la Audiencia Provincial de Girona en la resolución de 2004 citada: aunque los argumentos fueron dirigidos básicamente a la nulidad de la renuncia de derechos futuros (argumentos que han sido ya superados no solo desde la doctrina sino también desde la ley que autoriza de forma expresa la renuncia a derechos que aún no han sido adquiridos), también encontramos alguna alusión al hecho de que se trate de una renuncia genérica como una razón más para decantarse por su nulidad.

(56) *Ob. cit.*, págs. 368-369. Y lo aclara con un ejemplo: «*así, podría lícitamente pactarse que los rendimientos de las imposiciones bancarias a plazos sean al 50, 30 o porcentaje que pacten de uno respecto de los rendimientos obtenidos por el otro, pero, sin embargo, podrían fijar otro porcentaje o excluir la participación en los ingresos procedentes*

Se entiende que esta exigencia de reciprocidad en los acuerdos de renuncia o modulación de derechos no deja de ser una derivación del principio de igualdad conyugal (57). Seguramente, en el trasfondo de esta decisión legislativa de requerir no solamente claridad (58) sino también reciprocidad late el propósito del legislador de procurar que la amplia libertad normativa concedida a los cónyuges para la configuración de sus relaciones en el núcleo de la familia no se traduzca en una desigualdad de trato entre ellos en lo tocante a renuncia y limitaciones de derechos, por muy querida que esta desigualdad haya sido. La especial naturaleza de las relaciones entabladas a partir del proyecto de comunidad vital que supone todo matrimonio hace que no sea infrecuente que uno de los cónyuges ostente una posición de mayor fuerza respecto del otro, que le permita imponer en el seno de la relación su voluntad en detrimento de la del otro, pasando de la autodeterminación de este a la imposición de un contenido contractual que responde únicamente a los designios del cónyuge fuerte (59).

de la titularidad de bienes adquiridos por herencia o que ya se hubiesen adquirido antes del matrimonio, etc.». Una muestra de este tipo de pactos nos lo ofrece el caso resuelto por la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 23 de marzo de 2010 (JUR 2010/175675), que, entre otros aspectos, dilucida la validez de un pacto prenupcial contenido en capítulos matrimoniales otorgados tres días antes de la boda, en el que se convino lo que sigue: para el «caso de separación judicial y/o divorcio a los efectos de la posible compensación económica por razón del trabajo prevista en el artículo 41 en ningún caso se tendrán en cuenta para valorar la desigualdad entre el patrimonio de ambos cónyuges los siguientes bienes: a) los bienes muebles e inmuebles de cualquier tipo, incluidas acciones y participaciones sociales, que hayan sido adquiridos a título gratuito por cualquiera de ellos y cuya titularidad sea exclusiva de uno de los cónyuges. b) los bienes muebles e inmuebles de cualquier tipo, incluidas acciones y participaciones sociales, y excepto el dinero efectivo, que hayan sido adquiridos a título oneroso por cualquiera de ellos y cuya titularidad sea exclusiva de uno de los cónyuges. En ningún caso la compensación económica a que pudiera tener derecho cualquiera de los cónyuges, dará derecho a reclamar su pago mediante la entrega de bienes concretos cuya titularidad sea exclusiva del otro cónyuge», que la sentencia estima válido, apreciando, entre otros aspectos, que «las obligaciones contenidas en tales pactos son recíprocas para ambas partes, de manera que se cumple también el principio de igualdad conyugal».

(57) REBOLLEDO VARELA, *ob. cit.*, págs. 742-743. También lo ve de este modo la Audiencia Provincial de Barcelona, en la sentencia de 23 de marzo de 2010, antes citada.

(58) Lo que sí es criterio general cuando se trata de renuncia de derechos.

(59) En este sentido, lanza también sus advertencias EGEA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, págs. 4559-4560. Por su parte, AGUILAR/HORNERO, *ob. cit.*, págs. 28-29, postulan una función reequilibradora del Derecho en aquellos casos concretos en que una situación de falta de paridad entre los cónyuges, a nivel económico, psicológico u otro, justifique el amparo de la parte más frágil de la relación. Así —dicen estos autores— debe quedar asegurado el principio de igualdad del artículo 32 CE si las consecuencias concretas del pacto conyugal, aunque celebrado al amparo de la capacidad de autorregulación de los esposos, llevan a imaginar una situación de abuso de poder o de «déficit democrático», en una expresión que toman prestada de DELL'UTRI. Y esta es la razón de fondo que ha esgrimido el Tribunal Constitucional alemán en dos sentencias de 2001 (6 de febrero y 29 de marzo), muy citadas por la doctrina italiana, en las que niega la eficacia de un pacto prematrimonial en el ordenamiento europeo con mayor tradición en este tipo de pactos, el alemán, atendiendo a la posible vulneración de derechos

La necesidad de respetar la regla de reciprocidad en los pactos de exclusión o limitación de derechos que impone el artículo 231-20.3 permite evitar ese riesgo en una parte importante de los posibles pactos a concluir. Parece, pues, que el afán de protección de la parte débil de la relación se hallaría en la base de esta exigencia legal. De todos modos, no se trata esta de una cuestión fácil de resolver. En otros ámbitos en los que el respeto de una mínima justicia distributiva reclama que el legislador preste una específica tutela a la parte débil de la relación, resulta que esta parte débil ocupa siempre la misma posición y es identificable con carácter general y objetivo en cualquier relación concreta de las que se encuentran en el ámbito de aplicación de la legislación protectora: consumidor y usuario, trabajador por cuenta ajena, etc. Ello no es así en las relaciones de pareja, sea matrimonial o extramatrimonial: aunque es cierto que factores sociales y culturales habían colocado a la mujer en una posición de cuasi-constante sumisión al marido y, por tanto, era factible identificarla como la parte débil de la relación matrimonial, hoy en día ya no es siempre así, y aún más desde la admisión del matrimonio homosexual, aunque pueda seguir siendo lo más frecuente en los matrimonios entre personas de distinto sexo en los que no se produce la deseable situación de igualdad y paridad de fuerzas entre los cónyuges. Por tanto, la identificación del cónyuge débil o perjudicado deberá hacerse en relación a cada matrimonio y cónyuge (60).

Cierto es que la norma solo exige este carácter recíproco en cuanto se refiere a exclusión o limitación de derechos. No parece, pues, que el legislador haya querido extender este supuesto a otros casos, en los que, por ejemplo, se amplíe el derecho respecto a lo que correspondería en una aplicación estricta de lo previsto en la ley. Por tanto, habría que pensar que el legislador ha querido dar por buena la decisión común de los cónyuges de beneficiar especialmente a uno de ellos, si ello no supone una exclusión o limitación de derechos para el otro (y se refiere, claro está, a los derechos que podrían, en su caso, generarse a su favor a raíz de la crisis conyugal, y no a cualesquiera otros) (61). Desde mi punto de vista, la tensión entre libertad contractual e igualdad entre partes se resuelve en este caso en favor de la primera, porque —se entiende— la segunda no puede imponer, automáticamente, un efecto de espejo en las respectivas posiciones de los cónyuges. Amén que eso es, en

fundamentales de uno de los cónyuges, *ad casum* la mujer, ya que pudo apreciarse, por las circunstancias del caso particular (embarazo de la mujer, fuerte disparidad económica entre ambos...), que hubo una imposición unilateral del marido del contenido del contrato, por el que se asignaron las cargas contractuales solo a la mujer, con lo que —se estimó— procedía el control judicial para su revisión.

(60) SERRANO DE NICOLÁS, *ob. cit.*, pág. 350.

(61) MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Los pactos en previsión...*, cit., pág. 356, opina que se trata de una deficiencia de la norma y que, tal vez, una interpretación flexible de la misma, con apoyo en la equidad, pudiera justificar una extensión.

algunos aspectos, lógicamente imposible (62), a mi juicio, dentro de la capacidad autonormativa que a los cónyuges reconoce la ley, cabe perfectamente una configuración asimétrica de sus relaciones, siempre y cuando ello no implique la renuncia o limitación de derechos legalmente concedidos ni se construya de tal modo que pueda apreciarse un grave desequilibrio entre las posiciones conyugales que quepa identificar como atentatoria del principio de igualdad entre los cónyuges que proclama el artículo 32 CE.

Parece que los grandes criterios decantados por la doctrina (63) pasan por la validez en términos generales de los pactos atinentes a cuestiones patrimoniales del matrimonio en su relación horizontal, con el respeto de ciertos límites (que, como hemos visto, van algo más allá de los propios de la autonomía contractual por la especial imbricación en esta materia del Derecho de familia) y, por el contrario, por la ilicitud de aquellos que atañen a las facetas personales del matrimonio. En todo caso, los contornos de todas estas afirmaciones de carácter genérico solo pueden ser debidamente medidos en la apreciación casuística de los distintos pactos que cabría acordar, aunque —hay que adelantarlo ya— resulta impracticable cerrar una formulación tipológica en este sentido. No obstante, un análisis algo más concreto, aunque —reitero— sin pretensiones —que serían irrealizables— de exhaustividad, puede hacerse a partir de la indicación de algunos casos que, con afán orientador, se irán desgarrando conforme se desarrolle el posible contenido de estos pactos, al hilo de lo dispuesto en el Libro II.

2. EL POSIBLE CONTENIDO DE LOS PACTOS

Al abordar el análisis del posible contenido de los pactos, a la vista de la regulación del Libro II del CCCat, cabe distinguir entre los pactos que conciernen única y exclusivamente a los cónyuges, sea sobre aspectos personales o sobre cuestiones económicas, y los pactos que inciden sobre otras personas, más concretamente, sobre los hijos sujetos a potestad.

(62) Como bien pone de relieve MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Los pactos en previsión...*, cit., pág. 356, un pacto, por ejemplo, de atribución del uso de la vivienda conyugal va a implicar, por definición, que el otro consorte hace dejación de su eventual derecho de uso. Sobre las posibilidades a este respecto, ver *infra*.

(63) Ver, en este sentido, GARCÍA RUBIO, *Acuerdos prematrimoniales...*, cit., págs. 3 y 4, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Consecuencias de la crisis...*, cit., pág. 108.

A) *Pactos relativos a los cónyuges*

Dentro de los pactos intraconyugales, conviene diferenciar entre los que se ocupan de la esfera personal del matrimonio, sea en su desarrollo sea en su finalización, y los que miran a la vertiente económica.

a) Pactos sobre aspectos puramente personales

Este tipo de acuerdos, en los que los otorgantes buscan una ordenación anticipada de ciertos efectos personales en una hipotética separación o divorcio, no suelen darse con asiduidad en nuestra praxis, ya de por sí aún no excesivamente fecunda en pactos prematrimoniales. Además no han sido objeto de tratamiento específico en el CCCat que, de hecho, ni alude a ellos. Aun así, pueden darse, y bueno es plantearse su licitud o ilicitud.

En términos generales, se suele apostar por su falta de validez, atendido que, como norma, suelen incidir en el ejercicio de derechos y libertades fundamentales de los cónyuges (64).

Veamos algunos de ellos:

i) Acuerdos que inciden sobre la libre elección de domicilio

Un pacto que pudiera vulnerar la libre elección de domicilio tras la crisis se entiende inválido por infringir el artículo 19 de la Constitución española. Lo sería por el motivo indicado, por ejemplo, un pacto por el que una de las partes se compromete a no residir en el mismo lugar si se produce el divorcio o separación o, en general, cualquier pacto que coarte la libre decisión sobre el lugar de residencia de cualquiera de los cónyuges, a través de la exclusión o imposición de residencia en una determinada zona. Y es que, en efecto, implica una intolerable limitación de un derecho fundamental como lo es la libertad de residencia consagrada en el artículo 19 de la Constitución española, lo que conlleva su ilicitud y, por consiguiente, su falta de validez y eficacia en Derecho (65). Así lo entendió la Audiencia Provincial de Madrid, en su sentencia de 6 de marzo de 1998 (AC 1998/5174), que declaró ilícita por vulneración del artículo 19 CE y, por tanto, no susceptible de aprobación judicial una es-

(64) GARCÍA RUBIO, *Acuerdos prematrimoniales...*, cit., pág. 3. Para una enumeración prolija de posibles pactos en esta esfera, ver GONZÁLEZ DEL POZO, «Acuerdos y contratos prematrimoniales (II)», en *Boletín de Derecho de Familia*, septiembre de 2008, págs. 2 y 3, que los reputa nulos por contrarios al orden público matrimonial o incluso al orden público constitucional.

(65) GARCÍA RUBIO, *ob. últ. cit.*, pág. 3.

tipulación del convenio regulador que supeditaba al mantenimiento del *status* residencial de la madre la conservación de la función de guarda sobre la hija común que en el convenio le era encomendada, estableciendo que el cuidado de la menor pasaría automáticamente al padre, sin control judicial alguno, si la madre llegaba a establecer su domicilio fuera de la Comunidad Autónoma. Por su parte, en Estados Unidos no se alberga duda alguna sobre la nulidad de esta modalidad de pactos (66).

ii) Pactos sobre los deberes conyugales

Cierto es que la acotación, al menos deseada y así convenida, de las facultades, conductas y deberes específicos de los denominados efectos personales del matrimonio, a partir de la extensión general y abierta en que aparecen mencionados en la ley, o bien su expulsión en el contexto de su concreta relación no forman parte, *strictu sensu*, de una convención anticipada de los efectos de la separación o divorcio, sino que se trata de pactos tendentes a modelar la vida y relación conyugal constante matrimonio (67).

En todo caso, se ha argüido por la doctrina el carácter indisponible de estos deberes conyugales que la ley incorpora al *status* matrimonial como contenido básico del mismo (art. 231-2 del Código Civil de Cataluña, y arts. 66 y 67 del Código Civil español) para justificar la enemiga a esta modalidad de pactos. MARTÍNEZ ESCRIBANO (68) ha puesto de manifiesto que probablemente no es fortuita la imprecisión en el reconocimiento legal de estos deberes legales, sino que obedece al designio del legislador de facilitar una continua acomodación de los deberes a las circunstancias del matrimonio, y una convención que restrinja esta ductilidad no se ajustaría al objetivo primario de la ley.

Por ese motivo, tampoco me parece admisible cualquier acuerdo para establecer una especie de cláusula penal a cargo del cónyuge infractor de los deberes conyugales especificados convencionalmente y consistente en la obligación de pagar una determinada suma de dinero (o cualquier otra prestación de orden económico) si la infracción conyugal ha desembocado en una separación o divorcio.

(66) Ver MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Consecuencias de la crisis...*, cit., pág. 109, nota 7, y *Pactos prematrimoniales*, cit., pág. 103, nota 29.

(67) MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Consecuencias de la crisis...*, cit., pág. 108, destaca, a este respecto, cómo los tribunales estadounidenses no sancionan este tipo de pactos, bajo la premisa que en el Derecho norteamericano la autonomía contractual de la pareja solo puede ser desplegada respecto a los aspectos económicos de la relación conyugal, pero no en cuanto a los deberes matrimoniales, y pone el ejemplo de la sentencia *Favrot vs Barnes*: se trata de un caso en el que los consortes habían pactado, a insistencia del esposo, la periodicidad de sus relaciones sexuales y más tarde el marido adujo que la esposa no había cumplido con su parte del trato. El pacto no fue reconocido como válido, por los motivos antes indicados.

(68) *Consecuencias de la crisis...*, cit., pág. 109.

A favor de esta posibilidad se muestra un importante sector de la doctrina que se ha ocupado de estudiar estos pactos (69). Sin embargo, en mi opinión, los deberes conyugales que componen el sustrato básico del proyecto de *consortium omnis vitae* en que consiste —todavía— el matrimonio prácticamente agotan toda su utilidad (tras la definitiva abolición, en nuestro ordenamiento jurídico, de los últimos vestigios del divorcio por culpa) en constituir la base para apreciar la concurrencia del consentimiento matrimonial en el acto de celebración, de manera que una voluntad de contraer matrimonio, con exclusión de todos (o de casi todos) aquellos deberes, muy probablemente debiera llevar a la conclusión de la nulidad del matrimonio por falta de consentimiento matrimonial. Más allá de ello, los denominados deberes conyugales no debieran desplegar otros efectos directos, porque atañen a conductas que se mueven en el terreno de lo extrajurídico. Como bien destaca LÓPEZ DE LA CRUZ (70), «*hay ciertos comportamientos que no pueden ser exigidos, al menos jurídicamente: derecho a que te quieran, derecho a tener relaciones sexuales, derecho a convivir, derecho a compartir las penalidades...*».

Y es que nos tropezamos aquí con un derecho fundamental, el de la libertad de las personas, que se recoge y tutela en el texto constitucional, y que no podría quedar modulado o restringido a través de la imposición, por la vía de la indemnización, de comportamientos tan estrechamente conectados a la esfera más íntima de cada persona, como lo son la mayor parte de los deberes matrimoniales, y, en especial, el de fidelidad o lealtad. En nuestro sistema jurídico, se ha optado, acertadamente a mi juicio, por basar el inicio y la permanencia de la relación matrimonial en la presencia constante de la libertad/voluntad. El matrimonio se sostiene, de principio a fin, sobre el pilar del consentimiento mutuo y permanente de las dos personas que lo integran. Por ello, se ha desterrado —como digo— definitivamente cualquier atisbo de culpa en el divorcio o separación: no tendría sentido ni sería coherente con el actual modelo matrimonial.

En un sistema como este, en el que el derecho a salir de una relación matrimonial, provocando su extinción, ha quedado englobado entre aquellos que garantizan la libertad del individuo, no parece que deba encontrar acogida una nueva manera de sancionar al cónyuge a través de la imposición de penas pecuniarias o, en general, de orden patrimonial en función de su conducta estrictamente personal (71), ni siquiera cuando estas penas son voluntariamente asumidas. Y es que la conformación del matrimonio como un proyecto de comunidad vital asumido y mantenido voluntariamente acarrea la incoercibilidad

(69) GONZÁLEZ DEL POZO, *Acuerdos y contratos prematrimoniales* (II) cit., pág. 4; MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Pactos prematrimoniales* cit., págs. 99-103, con amplia justificación; SERRANO DE NICOLÁS, *ob. cit.*, pág. 106.

(70) «El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales», en *InDret* 4/10, pág. 28.

(71) LÓPEZ DE LA CRUZ, *ob. cit.*, pág. 31.

de los deberes conyugales en los que se sostiene, con lo que toda pretensión que se encauce a obtener su ejecución, *in natura* o por equivalente, choca frontalmente con su naturaleza. Estando ante obligaciones que únicamente pueden ser cumplidas por espontánea determinación de uno y otro consorte sería incoherente que cupiera establecer fórmulas de compulsión indirecta (72).

Y no cabe, a mi modo de ver, argüir razones basadas en el principio de libertad contractual, porque, en cualquier hipótesis, este debe ceder ante otras reglas de mayor valía, como sería, en este caso, la de la libertad personal de los cónyuges, que no puede verse en estos términos coartada, ni siquiera por vía indirecta, en una esfera tan estrechamente imbricada en la singular concepción de la vida que cada cual tenga.

Naturalmente, otra cosa es que el incumplimiento de los deberes conyugales conlleve la vulneración de derechos fundamentales del otro cónyuge (por ejemplo, el derecho a la intimidad personal) o, más allá de su simple desconocimiento, las circunstancias de su infracción permitan identificarlo como un acto ilícito productor de daños jurídicamente resarcible (73).

iii) Pactos que afectan a la facultad de instar la separación o divorcio

Asimismo todos aquellos pactos que incidan, directa o indirectamente, sobre el derecho a separarse o divorciarse también han de ser considerados inválidos. Será, por tanto, nulo un pacto tendente a fijar un elenco de causas para el divorcio, recortando la facultad de instarlo con la restricción a determinados supuestos, por ejemplo, el incumplimiento de deberes conyugales (los denominados pactos de *covenant marriage*). A mi parecer, también lo serían acuerdos que incluyeran cláusulas penales destinadas a producir sus efectos en caso de que una de las partes promueva el divorcio (74). Y ello es así porque afectan a

(72) FERRER RIBA, «Relaciones familiares y límites del derecho de daños», en *InDret*, 4/2001, pág. 14.

(73) Tal sería, por ejemplo, el caso de la sentencia del Tribunal de Florencia, de 13 de junio de 2000, citada por LÓPEZ DE LA CRUZ, *ob. cit.*, pág. 22, en el que el marido descuidó totalmente a su mujer, que padecía una afección psíquica que la llevó a encerrarse durante más de tres años en una habitación de su vivienda, sin que tampoco advirtiera a otras personas (de su familia, por ejemplo) de su estado y situación, con lo cual impidió que la mujer pudiera ser debidamente atendida. En mi opinión, no es únicamente que no cumpliera con su deber de socorro y auxilio en cuanto marido, sino que el incumplimiento de ese deber, en tales circunstancias, provocó unos daños que hubieran podido ser evitados con una diligencia mínima, solo advirtiendo a los servicios públicos o a la familia de su situación. En cambio, si hubiera adoptado tal conducta, solicitando a continuación la separación o divorcio, no hubiera sido posible, en mi opinión, solicitar y obtener indemnización alguna por incumplimiento del deber de socorro, por los motivos expuestos en texto.

(74) Ver sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, de 17 de febrero de 2003 (AC 2003/623). En contra, GARCÍA RUBIO, *Acuerdos prematrimoniales...*, cit., pág. 4.

materias de orden público y, por tanto, indisponibles por los particulares, con lo que queda excluido del campo de la autonomía de la voluntad cualquier convención sobre estos aspectos.

La Constitución española establece una reserva de ley para regular tanto el ingreso como la salida del *status* matrimonial (art. 32 CE). Del mismo modo que no se admitiría una fórmula convencional que alterase de algún modo (condicionando, ampliando, restringiendo, excluyendo) el acceso al matrimonio de cualquiera de los otorgantes, no cabe tampoco permitir que estos mismos particulares puedan alterar por pacto las condiciones legalmente establecidas para la extinción de una relación conyugal concreta (75).

Se trata de un derecho concedido a los cónyuges, el de poder solicitar la separación o divorcio, que no puede ser sometido por los individuos a mayores cortapisas que las que dispone el ordenamiento, y estas trabas no pueden venir solamente por la vía de su directa exclusión o limitación por pacto, sino también por la vía más oblicua de atribuir consecuencias económicas en forma de penalización privada al ejercicio de un derecho reconocido por la ley en una materia que solamente el legislador puede modelar y modular. Excluir, restringir o condicionar de algún modo esa manifestación de la libertad personal de cada individuo no queda justificado por el siempre tan ensalzado principio de autonomía privada o libertad contractual. Por tanto, quedan fuera del alcance de aplicación de la capacidad autonormativa de los cónyuges los pactos en los que los cónyuges acuerdan el pago de un resarcimiento en caso de ruptura (76).

b) Pactos sobre aspectos de contenido patrimonial

Los pactos relativos a las consecuencias económicas de la crisis son, sin duda, los más comunes. En realidad, son los únicos que se admiten en la praxis estadounidense (77) y los estudios y propuestas de la Law Commission del Reino Unido se ciñen a los *marital property agreements*, ya que, estando en liza la misma posibilidad de admitir la validez y eficacia de los *ante-nuptial contracts* con vocación única y exclusivamente patrimonial, la eventualidad de

(75) En este sentido, también, MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Pactos prematrimoniales* cit., pág. 90, y SERRANO DE NICOLÁS, *ob. cit.*, pág. 337.

(76) En contra, GARCÍA RUBIO, *Acuerdos prematrimoniales...*, cit., pág. 4, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Pactos prematrimoniales* cit., págs. 91-97, con extenso razonamiento acerca de los límites y parámetros dentro de los cuales podría acordarse lícito un pacto de estas características.

(77) Así se arbitra en la Sección 3 de la *Uniform Premarital Agreements Act*.

un acuerdo sobre las obligaciones conyugales queda excluida de antemano de modo que ni tan siquiera llega a plantearse (78).

Tratándose de acuerdos que inciden en asuntos de naturaleza económica que únicamente conciernen a los esposos, es comúnmente admitida, como norma, su validez, al incidir sobre materia que, de entrada, merece la calificación de disponible por los particulares, con los límites, claro está, que a la autonomía de la voluntad impone el ordenamiento jurídico y que, en el campo de los pactos en previsión de una ruptura matrimonial, a caballo entre el Derecho de contratos y el Derecho de familia, exigen una medición más cuidadosa y rigurosa que la que pueda ser requerida en otros ámbitos estrictamente contractuales. Esta posición ha encontrado respaldo positivo en el Libro II del CCCat.

De las diferentes modalidades de pactos que encuentran referencia explícita en el CCCat (79), se va a parar cierta atención en aquellas que, a mi juicio, pueden presentar, en la práctica, una mayor tipicidad y/o novedad.

- i) Referentes al régimen económico-matrimonial: la compensación económica por razón de trabajo

Un pacto que recaiga sobre este aspecto (modulación o incluso renuncia a la compensación económica) puede ser considerado como un caso de simple estipulación en capitulaciones matrimoniales sobre el régimen económico pactando, en su caso, uno distinto, o parcialmente distinto, al previsto legalmente como supletorio. Es lo que ha entendido, a mi parecer, el legislador catalán en el artículo 232-7, en el que se permite acordar el aumento, la reducción o incluso la exclusión de la compensación económica, para los supuestos de ruptura matrimonial o disolución del matrimonio por muerte.

No cabe, pues, duda que queda admitida su renuncia (80). Obviamente, como de otro modo no podía ser, tras dar respaldo a la posibilidad de una dejación total y anticipada de la compensación, la ley autoriza también a que pueda ser reducido el importe que correspondería, en su caso, en aplicación de las reglas legales para su determinación, aplicando, por ejemplo, un porcentaje de minoración en lo que resulte de ese cálculo, al mismo tiempo que da cabida a la posibilidad de su incremento superando el límite de la cuarta parte

(78) De esa misma perspectiva parte PICHONNAZ, *ob. cit.*, pág. 1055 cuando examina la admisibilidad de la planificación anticipada del divorcio en Derecho suizo.

(79) Puede verse una enumeración de pactos en SERRANO DE NICOLÁS, *ob. cit.*, pág. 370.

(80) En contra, bajo la legislación anterior, LÓPEZ BURNIOL, *Comentario al artículo 15 CF*, cit., pág. 158, y EGEA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pág. 4571. A favor ya en su momento, ROCA TRIAS, *Autonomía, crisis...*, cit., pág. 2134.

que establece la ley (81). A mi modo de ver, entraría dentro de los pactos que contempla el artículo 232-7 el acuerdo por el que se modifican las bases de cálculo que vienen establecidas por la ley (82).

En todo caso, lo que no parece encontrar acogida en el artículo 232-7 es un pacto por el que se excluya el requisito básico y presupuesto esencial de un incremento patrimonial superior del cónyuge deudor (83). Entre las distintas posibilidades dispuestas por el precepto examinado, no se encuentra la de poder establecer la compensación aun en caso que no se dé aquel aumento entre masas patrimoniales, probablemente porque en este caso se desnaturalizaría la figura, pasando a tratarse de cosa distinta cuyo análisis debería realizarse fuera de los preceptos que el CCCat destina a la compensación por razón de trabajo en sede del régimen de separación de bienes (84). Lo mismo cabría argüir —me parece— en lo que respecta al resto de requisitos que se exigen por el artículo 232-5.

En cuanto a la posibilidad de establecer una cantidad fija para la indemnización, tendría, en cualquier hipótesis, el límite antes establecido, esto es, no podría implicar el establecimiento de una deuda a cargo del cónyuge con un menor incremento patrimonial y, por tanto, de un crédito en favor del cónyuge que correlativamente ha gozado de un aumento superior de sus bienes. Sí cabría, dentro de esos términos, un pacto que estableciera esa cantidad solo en favor de uno de los cónyuges, siempre que no implicara, en la realidad, una limitación unilateral de su derecho ni supusiera renuncia del otro cónyuge, lo que contravendría las exigencias del artículo 231-20.3. Cumplido esto y si se dieran las condiciones necesarias (que resultara acreedor a la compensación), el pacto podría ser válido y exigible, siempre respetando todos los condicionantes que están previstos en el artículo 231-20. En otro supuesto, el que podría reclamar el pago de la compensación sería el otro cónyuge, aquí con aplicación de lo que se establece en la ley para el caso de crisis ya producida. Por todo ello, no parece en exceso adecuado ni útil la estipulación de pactos así, con estipulación

(81) En este sentido, SERRANO DE NICOLÁS, *ob. cit.*, pág. 381.

(82) También lo entiende de este modo MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Los pactos en previsión...*, cit., pág. 357. Un ejemplo de esta clase de pactos lo brinda la sentencia ya mencionada de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 23 de marzo de 2010.

(83) NASARRE AZNAR, «La compensación por razón de trabajo y la prestación compensatoria en el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña», en BARRADA-GARRIDO-NASARRE (coords.), *El nuevo Derecho de la Persona y de la Familia (Libro Segundo del Código Civil de Cataluña)*, Editorial Bosch, Barcelona, 2011, pág. 260, y SERRANO DE NICOLÁS, *ob. cit.*, pág. 380.

(84) Eso es lo que ocurre en la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, de 25 de abril de 2002 (*JUR* 2003/231109), en la que se sanciona la validez y eficacia de un pacto, concluido con ocasión de unas capitulaciones matrimoniales otorgadas constante matrimonio, en el que se convenía, en una cantidad fija, el importe de la indemnización *ex* artículo 1438 CCE a favor de la mujer, sin exigir ni tan siquiera la concurrencia de los mínimos requisitos.

de cantidades fijas, pactadas en una situación y circunstancias que probablemente no serán las mismas en el momento de la ejecución del pacto (85).

ii) Sobre la prestación compensatoria

El artículo 233-16 del Código Civil de Cataluña permite expresamente pactar sobre la modalidad, la duración, la cuantía y la extinción de la pensión compensatoria, y, por tanto, cualquier pacto sobre esos aspectos debe ser considerado *ab initio* válido, siempre que respete los límites establecidos por el mismo Código.

Por tanto, de la nueva regulación se deduce que es posible pactar en relación con la prestación compensatoria:

- a) Su modalidad: si se pagará en bienes o en dinero, o de forma combinada; a tanto alzado o en forma de pensión, pudiendo asimismo convenir ya su periodicidad.
- b) Su cuantía: podrían las partes, por ejemplo, vincular en cierto modo la cuantía de la pensión a los años de vida matrimonial o fijar un mínimo o un máximo dentro del cual debería determinarse la pensión. Más dudas podría plantear la posibilidad de establecer una cantidad prefijada de antemano, a cargo de quien resultare ser deudor. A pesar de ser poco aconsejable, no veo razones de peso que impidan *a priori* y con carácter general la licitud de tal pacto, sobre todo si se toma la precaución de dejar sentada la situación económica actual de ambos cónyuges con base en la cual se ha determinado y se pacta que la cantidad podrá ser exigida si, en el momento de ejecución del pacto, tal situación es mantenida.
- c) Su duración: cabe establecer de antemano, pues, el periodo de tiempo en que va a ser pagada la pensión; incluso podría pactarse como indefinida, aun cuando no concurrieran las circunstancias excepcionales que requiere el artículo 233-17.4 CCCat.
- d) Su extinción: se trataría básicamente de pactos dirigidos a variar el contenido del artículo 233-19, con la modulación, supresión o adición de causas de extinción.

En todo caso, lo que no cabe es pactar la exclusión de la concurrencia del requisito esencial para la prestación, esto es, la existencia de un desequilibrio económico entre los cónyuges producido en virtud de la ruptura matrimo-

(85) Cierto es que si se dan los parámetros del artículo 231-20.4 podrá obtenerse la revisión judicial del pacto, pero ello no quiere decir, naturalmente, que siempre que las circunstancias difieran pueda obtenerse tal revisión.

nial (86), porque en ese caso, como ocurre con la compensación por razón de trabajo, estaremos ante un pacto distinto, y no sobre la prestación compensatoria.

También se admite su renuncia, pero es objeto de un trato específico en el artículo 233-16.2. Con carácter general, un pacto sobre la prestación compensatoria debe respetar, como todos los que se otorguen en previsión de una ruptura matrimonial, el límite genéricamente impuesto por el artículo 231-20.3, que exige siempre la reciprocidad de los pactos de exclusión o limitación. Con carácter específico, el artículo 233-16.2 del Código Civil de Cataluña dispone la ineficacia de los pactos de renuncia a la prestación compensatoria si se dan ciertas condiciones (87).

Lo que nos viene a decir este precepto es que sí, a través de la prestación compensatoria, se satisfacen las necesidades vitales del cónyuge acreedor, en la medida en que sirva a esa satisfacción, no puede ser renunciada (88). Dicho de otro modo, se quiere impedir lo que, en el fondo, vendría a ser una renuncia anticipada de un derecho de alimentos, lo que viene vedado por los artículos 151 y 1814 del Código Civil español y el artículo 237-12.1 del Código Civil de Cataluña. Ello comporta también, en mi opinión, que la ley otorga a la prestación compensatoria una naturaleza híbrida, compensatoria y asistencial, y en la parte en que cumple esta última función es irrenunciable. Se ha indicado que lo que la ley persigue es impedir que, a raíz de la crisis y quiebra de la convivencia y relación matrimonial, uno de los esposos se vea abocado, sin remisión (por una dejación de sus eventuales derechos realizado en un tiempo quizá muy anterior al momento en que se produce la situación efectiva de ruptura y consiguiente necesidad), a una situación de penuria económica al carecer de medios propios bastantes para su subsistencia (89).

La norma se refiere a la cláusula de renuncia a una eventual percepción de la prestación compensatoria en caso de crisis matrimonial. A mi modo de ver, lo establecido en el precepto debe ser extendido también a aquellas cláusulas de limitación pactada si pone en riesgo la cobertura de necesidades básicas.

En todo caso, se dispone que la restricción de eficacia solo será aplicable a los pactos que no hayan sido incorporados a una propuesta de convenio regulador. Ello es de este modo porque si ambas partes han consentido en integrar el pacto en el clausulado de la propuesta de convenio regulador, el acuerdo ha dejado de ser un pacto previo para pasar a ser otra cosa, y justamente parte

(86) En sentido parecido, GONZÁLEZ DEL POZO, *Acuerdos y contratos prematrimoniales* (II), cit., pág. 5.

(87) Algo parecido, aunque no idéntico, se dispone en la Sección 6.b) de la *Uniform Premarital Agreements Act*, y se recomienda en la proposición 8.18 del informe de la *Law Commission*.

(88) Ya lo había defendido así antes del Código Civil de Cataluña, EGEA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pág. 4566.

(89) EGEA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pág. 4566.

integrante de un convenio regulador de una crisis ya producida. Ciertamente es que, desde un punto de vista estrictamente conceptual, no sería quizá necesario especificarlo, pero, desde una perspectiva más práctica, esta precisión probablemente preste su utilidad, evitando alguna interpretación indeseada por el legislador.

Deja bien claro la disposición que el pacto será ineficaz en la medida en que quede comprometida la posibilidad de atender las necesidades básicas del cónyuge acreedor; por tanto, la ineficacia puede ser total o parcial, y se mantendrá en tanto la situación de necesidad persista, no en otro caso (90).

Con ello resulta evidente que la fijación de la definitiva eficacia de un pacto concluido con anterioridad a la situación de ruptura matrimonial solamente podrá ser establecida cuando se haya producido la crisis matrimonial y, en su virtud, se pretenda por alguno de los cónyuges su cumplimiento. Solo en ese instante podrá apreciarse si el acuerdo es respetuoso con los límites que el ordenamiento impone a la autonomía de la voluntad, en especial el impuesto por el artículo 233-16.2 del Código Civil de Cataluña, de no poner en riesgo la posibilidad de proveer a las necesidades vitales del consorte acreedor (91). Evidentemente también puede pasar a la inversa: que la pensión pactada sea demasiado gravosa para el deudor, de manera que hacer frente a ella lo sitúe en situación de penuria. Si es así, el juez podrá corregirlo —entendiendo— disminuyendo la pensión acordada.

iii) Sobre la vivienda familiar

El Libro II (art. 233-21.3) reconoce y, por tanto, autoriza que se convenga sobre la adjudicación o reparto del uso de la vivienda conyugal en un pacto previo a la ruptura matrimonial. Ahora bien, la eficacia de este pacto únicamente podrá ser aquilatada en el momento en que, efectivamente, se haya desencadenado la situación de crisis, ya que el doble e insoslayable límite al que se ve supeditada tal eficacia requiere ser apreciado en ese momento. Por un lado, ante la existencia de hijos menores (que lo sean, claro está, en el momento en que el pacto deba ser ejecutado), los pactos son eficaces solo en la medida en que no perjudiquen su interés. Por tanto, la ley impone aquí de nuevo —o quizá más bien recuerda— que el interés del menor debe ser atendido en primer lugar, por encima del de los propios cónyuges, pero, si cumple con ello, el pacto desplegará su plena eficacia vinculando a los cónyuges y, por tanto, el juez, a petición de parte, deberá incorporarlo a la sentencia, o incluso previamente, si así es solicitado, al auto de medidas provisionales sin que el otro cónyuge pueda oponerse (art. 233-5.1), a menos que se vulnere el otro límite dispuesto por la ley.

(90) SERRANO DE NICOLÁS, *ob. cit.*, págs. 384-385.

(91) EGEA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pág. 4567.

En efecto, decreta el artículo 231-21.3 la exclusión de la eficacia del pacto si y en tanto que pueda afectar a la posibilidad de atender a la necesidad estricta de vivienda de uno de los cónyuges. De nuevo, la ley aclara que esta limitación no se aplicará a los pactos que hayan sido incorporados a un convenio regulador. En ese caso, como ya he comentado anteriormente, el pacto resulta renovado con un consentimiento actual y prestado en un momento en que la crisis ha dejado de ser una posibilidad más o menos hipotética o eventual para pasar a ser una realidad, y en consecuencia, cambia de naturaleza y también de régimen.

Si el pacto no ha sido, pues, objeto de novación, puede ser dejado sin eficacia si implica una desatención a la necesidad básica de vivienda del cónyuge necesitado. El precepto se refiere al cónyuge beneficiario del uso, ya que se parte de una situación en que, efectivamente, el pacto previo sobre la atribución del uso de la vivienda familiar en caso de crisis matrimonial beneficia a quien resulta ser el cónyuge más necesitado, y aun así, su eficacia puede ser total o parcialmente excluida si pone en riesgo la posibilidad de cubrir su necesidad estricta de morada. Así, por ejemplo, sería, en principio, válido y eficaz un pacto, por ejemplo, sobre el tiempo de asignación del uso de la vivienda al cónyuge más necesitado, pero siempre y cuando no incidiera negativamente en la satisfacción de la necesidad básica de vivienda que pudiera experimentar el cónyuge beneficiario del uso (92).

Aun así, cabe pensar otras hipótesis distintas. La primera sería que, habiendo un pacto previo de atribución o distribución del uso de la vivienda, ninguno de los cónyuges presentara, en el momento de la crisis, una situación de necesidad básica o ni tan siquiera relativa en comparación con el otro. En ese caso, en defecto de pacto y no habiendo una mayor necesidad de uno respecto al otro (ni tampoco, en la hipótesis que ahora estamos tratando, hijos menores), no habría asignación del uso de la vivienda, que correspondería a quien tuviera el derecho que implica tal uso sobre ella (esto es, al cónyuge propietario, usufructuario, arrendatario...). Un pacto de atribución de uso al cónyuge no titular y sin mayor necesidad no plantearía —me parece— problemas de licitud y eficacia, a no ser que el pacto se hubiere cerrado atendiendo específicamente a las circunstancias vigentes a la sazón, que permitían apreciar una mayor necesidad en el cónyuge futuro atributario del uso, dejando establecido que el pacto sería exigible en tanto tales circunstancias persistieran o que el cumplimiento del pacto supusiera hacer incurrir al cónyuge titular en situación de necesidad.

Por otro lado, la ley impone el carácter temporal de la atribución del uso de la vivienda al cónyuge más necesitado, cuando es el juez quien lo atribuye, a falta de acuerdo. Entiendo, sin embargo, que las partes podrían pactar una atribución indefinida, que sería revisable, en su caso, si hubiera un cambio

(92) REBOLLEDO VARELA, *ob. cit.*, pág. 746.

sustancial de circunstancias (por ejemplo, un empeoramiento de la situación económica del cónyuge no beneficiario del uso, que lo justificara).

Otra posibilidad es que el pacto atribuyera el uso a quien finalmente resulta ser el cónyuge menos necesitado. En cuanto comprometiera las necesidades básicas de vivienda del otro cónyuge, que no sería aquí —al menos aún— beneficiario del uso, el pacto no sería eficaz en virtud de lo dispuesto en el artículo 233-21.3 *in fine*.

B) *Pactos relativos a los hijos sujetos a potestad*

La tradicional prevención de la doctrina hacia pactos pre-crisis atinentes a los hijos menores o, en general, sometidos a la potestad de los padres halla su explicación en el carácter de orden público de la normativa que se ocupa de los deberes paterno-filiales. Por ello, se ha abogado por entender que toda decisión relativa a los hijos ha de ser excluida de un acuerdo previo, de modo que únicamente podría haber pacto al respecto una vez producida la crisis matrimonial (93).

No obstante ello, el Libro II ha optado por dotar de una cierta eficacia a estos pactos. Ya GARCÍA RUBIO (94) había advertido que no había por qué descartar la validez de cualquier tipo de acuerdo prematrimonial que afecte a los menores. Y, en efecto, en su regulación de los pactos en previsión de una ruptura conyugal y, en general, de todo acuerdo que no forme parte de un convenio regulador, el Código Civil de Cataluña parte de que los mismos no tienen por qué limitarse a las cuestiones estrictamente patrimoniales entre los esposos sino que también pueden extenderse a otros aspectos como la atribución de la vivienda familiar e incluso las relaciones personales con los hijos sujetos a potestad, comprendiendo los alimentos a favor de estos. Ahora bien, advierte explícita y contundentemente el artículo 233-5 que estos pactos solo serán eficaces en la medida en que se adecúen al interés de los hijos menores, y esta conformidad debe ser apreciada en el momento en que, sobrevenida la crisis conyugal, se solicite la ejecución del pacto. Por tanto, al igual que ocurre también con cualquier acuerdo de los cónyuges en esta materia, sea pre-crisis o post-crisis y, en este último caso, esté incorporado o no a una propuesta de convenio regulador, la eficacia de las decisiones que de consuno hayan adoptado los cónyuges-progenitores sobre sus

(93) MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Consecuencias de la crisis...*, cit., págs. 109-110.

(94) *Acuerdos prematrimoniales...*, cit., pág. 4. Así, por ejemplo, rompe una lanza en favor de la virtualidad de un pacto previo en el que los cónyuges progenitores o futuros progenitores se comprometan a asumir la custodia compartida de sus hijos. En la misma dirección, GONZÁLEZ DEL POZO, *Acuerdos y contratos prematrimoniales* (II), cit., pág. 6, quien aboga por la validez y eficacia genérica de estos pactos, supeditadas, claro está, a la supervisión del Juez en el momento de su ejecución.

hijos menores no está asegurada, sino que debe someterse al criterio del juez a fin de que este valore si el acuerdo se ajusta al interés del menor. Pero, en todo caso, quede claro que, si el pacto previo es conforme al interés del menor, va a vincular a los cónyuges, que deberán pasar por él, aunque uno de ellos pudiera, en este momento, preferir otra solución distinta e igualmente acorde con el interés del menor.

VII. EFICACIA E INEFICACIA DE LOS PACTOS

1. EFECTO VINCULANTE PARA LOS CÓNYUGES Y CONTROL JUDICIAL

El precepto clave en este aspecto es el artículo 233-5 del Código Civil de Cataluña, complementado, en parte, con el artículo 231-20.4. Este artículo pretende clarificar algunas cuestiones dudosas. En primer lugar, dispone, sin lugar a dudas, el carácter vinculante de los pactos alcanzados por los cónyuges fuera de convenio regulador. Si no se vulnera ninguno de los límites a que están sujetos, los pactos son de obligado cumplimiento para las partes.

Por otro lado, solventa, en parte, una cuestión procesal que había levantado alguna que otra duda. Así se decreta la posible acumulación de la acción para exigir el cumplimiento de estos pactos a la de nulidad, separación o divorcio. Entiendo que cabrá también discutir en el mismo proceso, si es el caso, la posible nulidad del pacto (por ejemplo, por vicio del consentimiento).

Además se establece una norma sobre carga de la prueba, de modo que el que pretenda hacer valer un pacto previo tiene la carga de probar que la otra parte había sido informada suficientemente sobre su patrimonio, sus ingresos y sus expectativas económicas, si se trata de una información trascendente en relación con el pacto exigido (95).

El cumplimiento y, por tanto, el despliegue de su eficacia se va a lograr a través de la incorporación de los mismos a la sentencia e incluso, si se solicita, previamente en la resolución judicial sobre medidas provisionales, si es el caso. Y es que, si los pactos se han adoptado en forma, sin vicios del consentimiento, y en la medida en que no vulneren ninguno de los límites antes examinados, el juez debe tomarlos en consideración e incorporarlos a las medidas adoptadas, sean provisionales sean definitivas. Ello ocurrirá cuando los cónyuges no hayan podido presentar una propuesta de convenio regulador de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 233-2, porque hayan dejado de estar de acuerdo o porque los acuerdos adoptados previamente no alcanzan a todos los puntos a tratar.

(95) Quizá pudiera ser útil la realización de un inventario, a unir a la escritura pública.

Naturalmente, los pactos que hubieran podido alcanzarse en relación con los hijos menores (relaciones personales, guarda y alimentos) solo serán eficaces en la medida en que su interés, que será apreciado por el Juez en el momento en que se inste su ejecución, así lo aconseje, tal y como ocurre con los acuerdos insertados en una propuesta de convenio regulador (96).

2. LA ALTERACIÓN SOBREVENIDA DE LAS CIRCUNSTANCIAS

Dice el artículo 231-20.5 que los pactos que, en el momento en que deban ser cumplidos, causen un grave perjuicio a uno de los cónyuges perderán su eficacia si el cónyuge perjudicado logra acreditar la superveniencia de circunstancias trascendentes e imprevisibles en el momento en que el pacto fue otorgado.

Este tipo de acuerdos se celebra siempre, por su propia naturaleza, con vistas a una situación más o menos hipotética y lejana. Se concluye, pues, para ser eficaz en un momento ulterior y para una fase contingente, si acaece el fracaso matrimonial. Como en todo pacto de tales características, las partes pueden realizar una aproximación sobre la situación en que podrían encontrarse los esposos en aquel momento posterior y eventual, pero es, sin duda, altamente factible que la situación acabe alejándose, y mucho, de aquel pronóstico. El cónyuge que se vea perjudicado en la situación real y no prevista querrá, presumiblemente, combatir la eficacia de este pacto.

La doctrina ya se había preguntado sobre la incidencia que una alteración sustancial de las circunstancias había de tener en los efectos de este tipo de pactos (97).

Claro está que la divergencia entre las condiciones fácticas supuestas en la conclusión del pacto y las que realmente concurren en la producción de la crisis conyugal no será un fenómeno extraño en esta clase de pactos. No obstante, ello no puede justificar de por sí el recurso automático a la doctrina de la imprevisión, también conocida como «cláusula *rebus sic stantibus*». De ser así, nos encontraríamos, con toda probabilidad, ante una generalización de la ineficacia de los pactos pre-crisis, de modo que la eficacia de un pacto *prima facie* reconocido como lícito por la ley vendría a ser, contrariamente a lo que se debiera, la excepción y no la regla. Por tanto, cabe rechazar una aplicación extensiva o, cuando menos, lata de esta causa de ineficacia sobrevenida, so pena de invalidar una gran parte de los pactos en previsión de una ruptura matrimonial.

(96) Si se trata de un pacto post-crisis no incorporado a una propuesta de convenio regulador, es preciso tener en cuenta lo que se dispone en el artículo 233-5.2.

(97) Entre otros, PASTOR VITA, *ob. cit.*, pág. 54; GARCÍA RUBIO, *Acuerdos prematrimoniales...*, cit., pág. 5, y AGUILAR/HORNERO, *ob. cit.*, págs. 39-40.

Las condiciones en que, según el artículo 231-20.5, cabe excluir la eficacia de un pacto previo a la crisis por causa de una modificación sobrevenida de las circunstancias son varias:

- a) En primer lugar, se exige que la ejecución del pacto sea gravemente perjudicial para uno de los cónyuges, aquel que, por ese motivo, va a contar con la legitimación activa para solicitar la revisión judicial del pacto en virtud de lo dispuesto en este precepto, y precisamente por el acaecimiento sobrevenido de circunstancias trascendentales e inopinadas. La alteración de las circunstancias de por sí, por muy importante e inesperada que pueda ser, no es base suficiente para invocar la función revisora del Juez: para ello, es preciso que uno de los esposos sufra un significativo quebranto, de manera que el cumplimiento del pacto le sea hasta tal punto oneroso, no solo en un sentido de pérdida estrictamente patrimonial, que cabe esperar que, si tales circunstancias se hubieran dado inicialmente, nunca hubiera concluido el pacto.
- b) Debe haber una aparición de nuevas circunstancias, que no tienen por qué ser necesariamente de carácter económico (98), sino que pueden ser también de naturaleza personal, como el sufrimiento de un accidente con graves secuelas (99) o de dolencias insospechadas (100) o similares.
- c) Ha de tratarse de circunstancias relevantes. A mi entender, ello debe interpretarse en un doble sentido, que la alteración sea de una notable dimensión y, además, que se halle en la base de la producción del grave detrimento a uno de los consortes. Como se ha indicado, entre ese sustancial perjuicio que sufre uno de los cónyuges y la modificación grave e imprevista de circunstancias debe haber una relación de causalidad.
- d) Y, por último, debe hacerse hincapié en la última frase del artículo 231-20.5, a cuyo tenor se requiere que se trate de circunstancias que no se previeron ni se podían razonablemente prever en el momento en que el pacto fue otorgado. Me parece importante poner énfasis en este extremo. En efecto, la simple alteración de las circunstancias, por muy relevante que sea, no es suficiente para obtener la inaplicación, bien que sea parcial, del pacto, sino que se debe exigir estrictamente que este cambio sobrevenido sea además imprevisible: ni se esperaba ni podía razonablemente ser esperado. Es evidente que en el curso de una convivencia conyugal, y aún más si esta se prolonga en el tiempo, pueden producirse modificaciones fundamentales en sus condiciones vitales, modificaciones estas que son,

(98) Como parece dar por supuesto REBOLLEDO VARELA, *ob. cit.*, págs. 754-755.

(99) Este es el supuesto del *leading case In re marriage of Rosendale*, citado por MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Los pactos en previsión de...*, cit., pág. 367.

(100) GARCÍA RUBIO, *Acuerdos prematrimoniales...*, cit., pág. 5; AGUILAR/HORNERO, *ob. cit.*, pág. 40.

en muchas ocasiones, perfectamente pronosticables, ya que forman parte de un devenir estándar en la vida de una persona, como tal y en cuanto casada o en pareja: así, el advenimiento de hijos comunes (101) o, desafortunadamente, en la coyuntura actual, la posibilidad de pérdida del puesto de trabajo, sobre todo en determinados sectores económicos (102). Observa SALVADOR CODERCH (103) que será previsible aquello que pueda anticiparse, a través de indicios o señales, esto es, de datos empíricos y relevantes para prever el cambio de circunstancias de que se trata. En cualquier caso —añade—, la invocación de la imprevisibilidad reclama una acreditación razonable de que, por lo menos de entrada, la modificación de circunstancias no era objetivamente predecible. A partir de ahí, le bastará al demandado poner de relieve aquellas «señales o indicios» objetivos por los cuales se podía avanzar el cambio acaecido y para ello será suficiente con hacer patente que tal eventualidad de cambio derivaba del conocimiento ordinario o científico y tecnológico.

Por otro lado, si el cambio sustancial de circunstancias ha sido causado voluntariamente por los cónyuges, no se cumple la tercera de las condiciones requeridas por el artículo 231-20.5, ya que, de ningún modo, puede ser calificada de imprevisible una alteración que ha sido provocada por las partes del acuerdo: por ejemplo, la adopción de hijos o el abandono voluntario de la ocupación laboral para dedicarse en exclusiva al cuidado del hogar y de los hijos (104).

(101) En este punto, me parece interesante destacar cómo en la Sección 7.05 de los principios ALI se establecen, distinguiéndolas, tres tipos de sucesos que pueden llevar al tribunal a apreciar la concurrencia de una *substantial injustice* que justifique la revisión judicial del pacto. Los dos primeros son el transcurso de un determinado número de años o el nacimiento o adopción de hijos, cuando la pareja no los tenía a la celebración del pacto, y la última viene constituida, justamente, por el acaecimiento de circunstancias relevantes e imprevistas, que se plantea como algo distinto a lo anterior y no como una norma de cierre de una categoría en la que está incluido lo anterior.

(102) PASTOR VITA, *ob. cit.*, pág. 54, se muestra reacio a la admisión, en el contexto del CCE, de la beligerancia de la cláusula *rebus sic stantibus* a estos pactos, partiendo de que no hay circunstancia que no pueda ser prevista. La cuestión no puede ponerse en términos absolutos, sino relativos: si razonablemente podía preverse.

(103) «Alteración de circunstancias en el artículo 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», en *InDret* 4/2009, pág. 26.

(104) Es por ese motivo que MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Consecuencias de la crisis...*, cit., pág. 116, estima cuestionable la resolución que se contiene en la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de 14 de mayo de 2001 (AC 2001/1599), en la que se dejó sin efecto un pacto prenupcial de renuncia mutua a una futura prestación por desequilibrio económico, al haber apreciado el Tribunal un cambio sustancial de las circunstancias que sirvieron de base al pacto. En el caso en cuestión, tras haber celebrado el pacto y después contraído matrimonio, la esposa abandonó la ocupación laboral que venía desarrollando hasta entonces para consagrarse en exclusiva a atender el hogar familiar y a seguir a su esposo en sus desplazamientos laborales. No obstante, en este caso, no puede predicarse de la alteración de circunstancias

Además, como con acierto pone de manifiesto SERRANO DE NICOLÁS, la previsibilidad o no de la alteración de condiciones acaecida es cuestión a valorar caso por caso, y no con base en un estándar genérico (105).

Naturalmente, la carga de la prueba pesa sobre el cónyuge gravemente perjudicado que invoca la ineficacia sobrevenida del pacto, que debe acreditar todas las anteriores condiciones para lograr la revisión judicial del pacto (106).

RESUMEN

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD
PACTOS PRE-RUPTURA
CATALUÑA

La evolución del concepto social y jurídico de la familia y, dentro de ella, del matrimonio ha llevado, en los últimos tiempos, al reconocimiento de un cada vez mayor grado de autonomía a los cónyuges para configurar su relación a la medida de sus legítimos valores, intereses y aspiraciones. Uno de los últimos hitos en esta evolución es el de la introducción, en

ABSTRACT

FREEDOM OF CHOICE
PRE-BREAK-UP AGREEMENTS
CATALUÑA

The social and legal concept of the family and, within that concept, the concept of marriage are evolving. Their evolution has led to the modern-day recognition of an increasing amount of leeway enabling spouses to set up their marital relationship along lines tailored to their own legitimate values, interests and aspirations. One of the latest milestones in this evolution is

—que, a juicio de la Audiencia Provincial de Granada, justificaba la ineficacia del pacto y, en consecuencia, de la renuncia en él contenida— su imprevisibilidad, cuando el cambio fue ocasionado por la propia esposa, al tomar la decisión, posiblemente de mutuo acuerdo con su marido, de dejar de trabajar para dedicarse a las tareas del hogar habiendo suscrito, poco antes, un pacto de renuncia a la pensión compensatoria. Como bien apunta MARTÍNEZ ESCRIBANO, para que la convención hubiera quedado desprovista de eficacia por ese motivo, habría sido necesario, en realidad, un nuevo acuerdo, esta vez de mutuo disenso sobre el pacto de renuncia. Esta afirmación no es óbice para sostener que, en caso que la esposa no contara con suficientes medios para su adecuado sustento, el pacto de renuncia a la prestación compensatoria carecería de eficacia en esa medida, pero no por aplicación de la ineficacia sobrevenida por modificación relevante e imprevisible de las circunstancias base del acuerdo, sino por aplicación del límite que impone en Cataluña el artículo 233-6.2 del Código Civil de la Comunidad y que, para el resto del Estado, aboga la doctrina por mor de un principio de orden público, que vedaría los acuerdos prematrimoniales cuyo cumplimiento abocara a uno de los cónyuges a situación de grave penuria.

(105) *Ob. cit.*, pág. 391. Y valga como ejemplo lo que indica MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Los pactos en previsión de...*, cit., pág. 366: como norma, el tener descendencia no debe ser considerado como un evento imprevisible en la vida de una pareja; no obstante ello, si *ad hoc* existen singulares circunstancias que descartan *a priori* la posibilidad de procreación (por ejemplo, el haberse sometido a intervención quirúrgica con ese propósito), sí cabría considerar el nacimiento, aquí sí inesperado e inesperable según la diligencia exigible, de hijos como una circunstancia que ni se previó ni pudo razonablemente preverse.

(106) También se dispone así en el apartado 3 de la Sección 7.05 de los principios ALI.

el sistema jurídico-civil catalán, de una disciplina específica de los denominados pactos en previsión de una ruptura matrimonial, que desarrolla la alusión general que ya se contenía en el Código de Familia. A analizar esta nueva normativa se consagra este trabajo.

the introduction of a specific discipline of Catalan civil law concerning agreements anticipating a matrimonial break-up. The discipline implements a general allusion made in the Family Code. This paper looks closely at the new legislation.

(Trabajo recibido el 20-6-2011 y aceptado para su publicación el 18-7-2011)

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

El derecho de impugnación de los Acuerdos de las Sociedades Anónimas tras el Real Decreto Legislativo 1/2010 y las Sociedades Cooperativas

por

MARÍA ISABEL CANDELARIO MACÍAS
Profesora Titular de Derecho Mercantil

y

LUISA E. RODRÍGUEZ GRILLO
*Profesora Ayudante Doctor de Derecho Mercantil
Universidad Carlos III de Madrid*

SUMARIO

- I. LA IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS ADOPTADOS EN JUNTA GENERAL DE ACCIONISTAS:
 1. REGLAMENTACIÓN DEL DERECHO DE IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES.
 2. CAUSAS DE IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS SOCIALES.
 3. LEGITIMACIÓN Y OBJETO DE LA IMPUGNACIÓN.
 4. LA IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN.
- II. LA IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS EN LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS:
 1. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS EN RELACIÓN CON LAS SOCIEDADES DE CAPITAL, ESPECÍFICAMENTE, LA SOCIEDAD ANÓNIMA.
- III. CONCLUSIONES.
- IV. BIBLIOGRAFÍA DESTACADA.

I. LA IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS ADOPTADOS EN JUNTA GENERAL DE ACCIONISTAS

Independientemente de que la Junta General es un órgano soberano que expresa la voluntad de los miembros de la sociedad, a través de los acuerdos tomados por las mayorías establecidas, sucede que en algunas ocasiones dichos acuerdos contravienen la Ley, los Estatutos o los intereses generales de la sociedad. Es este el motivo por el cual en las diferentes leyes societarias encontramos un apartado dedicado a la forma en que pueden ser impugnados estos acuerdos en orden a restablecer el régimen legal establecido, lo cual será labor de los Tribunales competentes. Después de la aprobación del Real Decreto Legislativo 1/2010 (1), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, en adelante, TRLSC; este derecho básico de socio viene, igualmente, a ser reconocido, como no podía ser menos. Ahora, se comprende que la dispersión normativa desaparezca al reunirse en un único cuerpo legal la ordenación de la materia para las sociedades de capitales, dejando a otras sociedades al abrigo de su legislación especial, tal y como sucede con las sociedades cooperativas, que son objeto también de nuestra atención.

No se discute que uno de los derechos tradicionales (2) que ha venido vinculado a cualquier accionista-socio de la sociedad y, también enlazado con la minoría accionarial es el derecho a impugnar los acuerdos aprobados por la Junta de la sociedad. Como bien señala ESPINÓS BORRÁS DE QUADRAS (3), *si los acuerdos se adoptan por mayoría, cabe que el socio, o socios, que posean la mayor parte de los votos utilicen la aritmética de las mayorías bien en contra de las reglas de juego pactadas entre todos los socios —los estatutos*

(1) Cfr. el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE, núm. 161, de 3 de julio de 2010).

Adviértase que hay que estar, a su vez y, con carácter reciente, a lo disciplinado por la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas (BOE núm. 184, de 2 de agosto de 2011).

(2) *In extenso*, véase los trabajos de BERCOVITZ, A., «Los acuerdos impugnables en la Sociedad Anónima», en *Estudios de Derecho Mercantil*, 1995, págs. 377 y 378. JIMÉNEZ DE PARGA, R., «La impugnación de los acuerdos sociales en la Ley reguladora de la Sociedad Anónima», en AA.VV., *Estudios Jurídicos sobre la Sociedad Anónima*, Civitas, Madrid, 1995, págs. 347 a 351. VILALTA, E. y MÉNDEZ, R. M., *Impugnación de acuerdos sociales en S. A. y S. L.*, Bosch, Barcelona, 2001, pág. 7: «la impugnación de acuerdos sociales es un derecho individual del socio que no está sujeto a la disposición de las partes ni puede ser materia sujeta a arbitraje (STS de 15-10-1966)». También, para el Derecho italiano: SANTORO, Vittorio, «Profilo della disciplina della tutela delle minoranze», en AA.VV., *Intermediari Finanziari mercati e società quotate*. G. Giapelli Editore, Torino, 1999, pág. 843.

(3) Cfr. BORRÁS DE QUADRAS, A., *Impugnación de acuerdos sociales*, Bosch, S. A., Barcelona, 2007, pág. 24.

sociales— bien incurriendo en abuso de intereses, es decir, no para favorecer el negocio social, sino en interés propio o de un tercero.

No obstante lo anterior, coincidimos con el autor anteriormente citado, el cual considera que la protección de la minoría no es la causa o justificación del derecho de impugnación de los acuerdos sociales y al respecto plantea que la protección de la actuación abusiva de la mayoría, si bien indirectamente protege los intereses de la minoría (4), realmente la verdadera protección recae en la sociedad y, es por ello, estimado y regulado como un derecho necesario de todo socio al decir del antiguo artículo 48 de la LSA, ahora previsto en el artículo 93 del TRLSC.

Según lo comentado, entendemos, a su vez, que no se contradice con el hecho de que el instituto de la impugnación se halle en conexión con la protección de minorías (5), toda vez que los intereses de esta o del socio individual resultan vulnerados como consecuencia de la lesión (6) o perjuicio del interés social (7).

(4) CANDELARIO MACÍAS, M.^a I., *La tutela de la minoría en la sociedad cotizada en Bolsa. Examen de los derechos políticos-administrativos tras la Ley 26/2003*. Editorial Atelier Mercantil, Barcelona, 2007, págs. 290 y sigs.

(5) Véase, RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., *Impugnación de acuerdos de las Juntas de accionistas*, 2.^a ed., Aranzadi, Pamplona, 1994, pág. 26 y, a nivel jurisprudencial: STS de 29 de noviembre de 1969 (RA 5833); STS de 6 de julio de 1973 (RA 2936), esta última dice en su «Fundamento Jurídico 2: la interpretación de tales normas (se refiere a las atinentes a la impugnación de acuerdos sociales), ha de ser estricta, por parte de los Tribunales de Justicia, impidiendo que el voto de la mayoría aplaste a la minoría».

(6) A modo de ejemplo, ilustra: ROMERO FERNÁNDEZ, J. A., *El derecho de información del accionista: objeto, límites y forma de ejercicio*. Marcial Pons, Madrid, 2001, págs. 360 y sigs.: «la impugnación de los acuerdos adoptados con violación del derecho de información documental que debe ser puesta a disposición del socio en legal forma, impidiendo, de este modo, situaciones que puedan vincular a todos los socios, lo que conlleva la satisfacción, no solo del interés individual del accionista que ejercitó su derecho, sino la de todos aquellos que se hubieran visto implicados por la situación jurídica creada o removida que el acuerdo social impugnado pretendía».

Para el Derecho Comparado, vid., las reflexiones de ALCALÁ DÍAZ, M. A., «El conflicto de interés socio-sociedad en las sociedades de capital», en *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 9 de 1997, págs. 135 y 137: «en el artículo 58 del CSC portugués y en el párrafo 243.2 de la *AktG* alemana, por cuanto en ambos se prevé la impugnación del acuerdo de la Junta General en los supuestos en los que siendo neutro respecto al interés social, dicho acuerdo lesiona directamente intereses del socio individual o de minoría. A esta misma conclusión puede conducir el contenido del artículo 706.b) del Código de las Obligaciones suizo, en relación con la mención como causa de anulabilidad de los acuerdos de la Junta General de la exclusión injustificada de derechos de socio respecto del cual su ámbito de aplicación puede ser trasladado a otros acuerdos cuyo contenido es la limitación o supresión de los derechos de socio».

(7) Considérese lo que puntualiza sobre la impugnación en nombre del interés social: BUSTILLO SÁIZ, M.^a Mar, *La subsanación de acuerdos sociales por la junta general de la sociedad anónima*, Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 245 a 247: «en la determinación del interés social..., si no se distribuyen parte de los beneficios para invertirlos y la empresa ya tiene la dimensión óptima, se lesiona el interés social, por ejemplo, si los socios mayoritarios votan en contra de la distribución de dividendos para provocar una baja en la cotización de

Explicuemos un poco más la razón de ser del derecho de impugnación de acuerdos no solo como derecho esencial de todo socio, sino además como remedio que posee la minoría accionarial.

Repárese que en el caso de las Juntas de accionistas de la sociedad anónima, ellas son el órgano deliberador y soberano (8), estas han de actuar y acatar lo estipulado en la Ley, los estatutos y las bases sustanciales de la sociedad, de forma que el menoscabo de esos límites da origen a la puesta en funcionamiento de un sistema de impugnación de acuerdos sociales (9) para solventar y hacer respetar tales circunstancias, tal y como anticipábamos.

Se desprende que la impugnación de los acuerdos surge de una situación de conflicto (10) respecto de la cual se refleja una actuación abusiva de la ma-

las acciones induciendo a los accionistas minoritarios a vender para adquirirlas a bajo precio, porque es un interés común a todos los socios el de la máxima cotización de las acciones, y subsiste la lesión de un menor rendimiento del capital social que se acumula sin perspectiva de empleo fructífero. La ventaja extraña a la sociedad se realiza *a través de la lesión del interés social y en concreto del interés de la minoría*...el daño también afecta a los socios mayoritarios que compensan el daño con la especial ventaja extrasocial... igual sucede en el aumento de capital... la mayoría soporta el sacrificio pero lo compensa con la ventaja de suscribir todas las acciones, *el perjuicio del interés común se resuelve en daño exclusivo de la minoría*. Subrayar que el interés social asume una posición de neutralidad, que el perjuicio a los socios minoritarios no tiene lugar a través del perjuicio de todo el grupo social, contradice, en efecto, *la premisa que identifica el interés social con el interés común de los socios, vinculada con el concepto de sociedad como contrato con comunidad de fin*».

(8) Cfr., más sobre estos aspectos en CANDELARIO MACÍAS, M.^a I., «Observaciones en torno a la funcionalidad de la Junta en la sociedad bursátil», en *CEFLEGAL. Revista Práctica de Derecho*, núm. 57 de 2005, págs. 19 a 55.

(9) Así lo entienden: RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., «Impugnación de acuerdos», *op. cit.*, pág.27. También SÁNCHEZ ANDRÉS, A., «Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles», T. IV, vol. I. *Las Acciones*, Civitas, Madrid, 1994, págs. 141 a 146.

(10) Matiza sobre este particular: ALCALÁ DÍAZ, M. A., «El conflicto de intereses», *ibídem*, págs. 116, 118 y sigs.: «respecto a la calificación jurídica del supuesto de hecho que determina la anulabilidad de los acuerdos de la Junta general por esta causa, la doctrina ha defendido dos posiciones; el exceso de poder y el abuso o desviación de poder... El abuso de dicha posición jurídica permitiría la no vinculación de la minoría y el ejercicio de acciones legales para la protección del interés de la sociedad o del socio individual, por cuanto el poder de decisión de la mayoría de socios en la Junta general se atribuye para la formación de la voluntad social no para que con el ejercicio de dicho poder el socio de mayoría lesione el interés social en beneficio propio... otro sector de nuestra doctrina para el que la anulabilidad por esta causa encuentra su apoyo en el incumplimiento por parte de la mayoría de sus deberes fiduciarios. En este sentido, la Ley le atribuye el poder de decidir sobre la totalidad del activo social, sus decisiones afectarán tanto sus propios intereses como los intereses de los accionistas minoritarios, lo que significa que si bien los socios mayoritarios no se sitúan en la posición de administrar un interés absolutamente ajeno, tienen, no obstante, la posibilidad de decidir sobre intereses parcialmente ajenos, lo que les impone una serie de deberes fiduciarios que se delimitan por el interés social... establecimiento de fórmulas de control de su poder de decisión de forma que, en función de este criterio que impone el interés social como delimitador de los deberes fiduciarios de los socios, los conflictos entre la mayoría y la minoría han de resolverse mediante una regla de propiedad, es decir, dando a la minoría la posibilidad de anular la intromisión de la mayoría en su esfera de interés».

yoría —por cuanto haciendo uso del poder de decisión en atención al principio mayoritario, que ostenta—, adopta un acuerdo en provecho propio o ajeno con lesión al interés de la sociedad (11). Respecto a este asunto es recomendable recordar que cuando se toman acuerdos de esta naturaleza, se están infringiendo el artículo 7 del Código Civil como paradigma, que consagra el principio de la buena fe, prohibiendo el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo, así como —su correlativo— el artículo 57 del Código de Comercio, que también prescribe dicho principio.

Bajo esta tesis, se instrumentaliza y se justifica el ejercicio efectivo de las acciones de impugnación de los acuerdos sociales por parte del accionista minoritario en orden a reequilibrar su participación y control de la actuación de la mayoría. En verdad, no obstante, hay que decir que este derecho de impugnación deviene —las más de las veces— desvirtuado por razones de índole

Ídem, in totum, en El derecho de impugnación del socio en la sociedad anónima cotizada, La Ley-Actualidad, Madrid, 2006.

Para el Derecho italiano: CERRAI, A. y MAZZONI, A., «La tutela del socio e delle minoranze», en *Rivista delle Società*, 1993, pág. 31: «doveri quasi-fiduciari della maggioranza e degli amministratori nei confronti della minoranza».

(11) Cfr., ALCALÁ DÍAZ, M. A., «El conflicto de interés», *ibidem*, pág. 124: «en este sentido, la anulabilidad de los acuerdos sociales por conflicto de interés se vincula a la protección de la minoría de socios y opera en el sistema de relaciones mayorías-minorías, por lo que no tiene cabida en este ámbito la protección de otros intereses ajenos a los de los socios». BUSTILLO SÁIZ, M.^a Mar, «La subsanación de acuerdos», *op. ult. cit.*, págs. 250, 251 y 254. En cambio, va más allá en su argumentación: RUBIO VICENTE, Pedro J., «Una aproximación al abuso de minoría en la sociedad anónima», en *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 21 de 2003, págs. 87 y 88: «la atribución de este derecho tiene como objetivo último y directo la defensa de la Ley, los estatutos o el interés social y, en consecuencia, se puede decir que se sitúa por encima o más allá de la tutela de la minoría, siendo esta un mero instrumento para reparar su transgresión que, no obstante, se beneficia indirectamente de ello, nada impide tampoco la realización de maniobras fraudulentas realizadas por socios que habían adquirido esta condición poco antes de la celebración de la junta, sembrando con ello la sospecha sobre la gestión social y posibilitando la suspensión de acuerdos decisivos con el consiguiente coste y perjuicio derivado del retraso de su ejecución, hasta impugnaciones que pese a su indiscutible fundamento jurídico son utilizadas únicamente como mecanismo de presión frente a la sociedad para comerciar con la amenaza de su ejercicio o desistimiento». TAPIA HERMIDA, J., «La Junta general de accionistas de la sociedad anónima cotizada», en vol. III, *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje al Profesor Sánchez Calero*, McGraw-Hill, Madrid, 2002, pág. 2947.

Véase, además, RDGRN de 23 de julio de 1984 (RA 3856). STS de 15 de diciembre de 1992 (RA 10493), dice que: «el único mecanismo existente para obtener la nulidad de los acuerdos sociales es su impugnación judicial, pues mientras no se impugnen y los mismos sean judicialmente declarados nulos han de tenerse por válidos y eficaces, lo que es reiterado en la STAP de Sevilla, de 3 de febrero de 1992 (AC, núm. 337) y STAP de Pontevedra, de 28 abril de 1992 (AC núm. 638)».

Para el Derecho francés, vid., BRUNET, A., «Le contrôle du gouvernement des sociétés cotees para la minorité en Droit Français», en *Le Contrôle du Gouvernement des sociétés cotées dans l'espace européen. Les Petites Affiches*, núm. 123 de 14 de octubre 1998, pág. 31.

económica, ya que al coste elevado del asesoramiento y la defensa debe agregarse el peligro de una condena a pagar las costas del juicio, que pueden resultar cantidades importantes en adecuación a los acuerdos impugnados, tal y como acontece, por ejemplo, en las sociedades bursátiles (12). Estos inconvenientes, por tanto, deben solventarse instaurando diversos remedios, entre otros, la posible extensión de la legitimación activa a entes u organismos externos, ya sean de carácter interno y privado como las asociaciones de accionistas; o de naturaleza pública, como la CNMV, quién ya utiliza de legitimación extraordinaria para impugnar los acuerdos adoptados sin las debidas diligencias en orden a la formulación de OPAs obligatorias.

Dentro de la actuación del marco legal, hemos de apreciar siempre que el legislador sanciona con la anulabilidad (13) aquellos actos contrarios a la sociedad, concediéndose a la minoría la solicitud de impugnación en contra del acuerdo adoptado por la mayoría. De esta forma se refleja un posible conflicto entre los socios (intereses) de la mayoría respecto a la sociedad, entrando a salvaguardar el equilibrio societario la minoría (14), puntualmente, por medio de la impugnación de acuerdos como mecanismo, que favorece dicho equilibrio.

(12) Véase el trabajo en torno al derecho de impugnación en las sociedades cotizadas del profesor SÁNCHEZ-CALERO, J., «Propuesta de revisión de la impugnación de acuerdos (especial referencia a las sociedades cotizadas)», mayo, 2009, en http://eprints.ucm.es/9190/2/S%C3%A1nchez_Calero.pdf (consultado el 20 de septiembre de 2010).

(13) Entre aquellos que entienden la anulabilidad como consecuencia de la falta de cumplimiento del deber de lealtad del socio hacia la sociedad nos encontramos con ALCALÁ DÍAZ, M. A., «El conflicto de interés», *op. ult. cit.*, pág. 115, explica el fundamento de la anulabilidad: «el fundamento de esta causa de anulabilidad de los acuerdos de la Junta general de socios ha sido objeto de distintas interpretaciones, siendo coincidente la doctrina en considerar que la impugnabilidad del acuerdo constituye un instrumento de control de la mayoría y, en todo caso, una sanción por el ejercicio abusivo del poder de decisión con daño al interés social... se ha considerado que la anulabilidad de los acuerdos de la Junta general por esta causa constituye una forma de control del ejercicio del poder de decisión por la mayoría, por cuanto el supuesto se considera una infracción del deber de fidelidad del socio respecto del interés de la sociedad». Por su parte, y argumentando tal anulabilidad en el deber de lealtad del socio a la sociedad, se pronuncia: RECALDE CASTELLS, A., «La reforma de las sociedades cotizadas», en *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 13 de 1999-2, pág. 181: «a la luz de la estructura empresarial española, en la que a la mayoría de las grandes sociedades se aprecia la existencia de accionistas de control, la extensión de los deberes de lealtad a los accionistas más importantes puede constituir una vía para resolver problemas de protección de los accionistas minoritarios, que son los problemas típicos de estas sociedades».

En el Derecho Comparado de la anulabilidad del acuerdo adoptado por la Junta general en estas circunstancias se prevé en el parágrafo 243.3 de la *AktG* alemana, el artículo 2373 del Código Civil italiano, el artículo 56 del *Código das sociedades comerciais* portugués, el artículo 115.3 de la LSA y, de forma indirecta en el artículo 706.b) del *Code des obligations* suizo.

(14) Cfr. ARROYO, I., «Reflexiones en torno al interés social», en *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, 2.º vol., McGraw-Hill, Madrid, 2002, pág. 1852: «el interés de la sociedad es un valor jurídico superior al de la mayoría. El mercado como criterio mayoritario no puede decir sin más lo que conviene siempre al interés social. El régimen de la impugnación de los acuerdos (...) es buen ejemplo de la

A nuestro parecer, cabe concluir en orden a perfilar la fundamentación que provoca la impugnación de los acuerdos sociales tanto por los socios y, en especial, por la minoría, que estos últimos —no solo cuidan de sus propios intereses, que por descontado se hallan en la esencia de este remedio proporcionado a la minoría—, sino que además se amparan intereses hacia la correcta marcha y regular aplicación de la legislación societaria, esto es, intereses intrínsecos por su cualidad de socios y copartícipes de la sociedad; extremo este que ha provocado y ha llevado a señalar que el derecho de minoría se traduce en una especie de paliativo contra la mayoría; en otros términos, como herramienta que, incluso, auxilia a la mayoría contra sus propias decisiones, puesto que lo que se beneficia al final de cuentas y, en definitiva, es el interés de la sociedad.

1. REGLAMENTACIÓN DEL DERECHO DE IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES

Téngase presente que el Derecho de sociedades de capital ha venido a modificarse recientemente a través del Real Decreto Legislativo 1/2010 (TRLSC), ya aludido. En verdad, cabe decir que tras el nuevo texto, que ha entrado en vigor el 1 de septiembre de 2010, se ha provocado que tanto la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y la Ley de Sociedades Anónimas, vengán a desaparecer con su rótulo y, debamos estar a la denominación proporcionada por el Real Decreto Legislativo de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la nueva Ley de Sociedades de Capital. Hay que agregar y retener, en todo caso, que el precitado texto trata de armonizar y refundir la dualidad hasta ahora existente entre las normativas; o usando otros términos empleados por la propia normativa, se intenta «regularizar, aclarar y armonizar», tal y como expresa *su* Exposición de Motivos. En definitiva y, como indicábamos, se evita así la dispersión normativa y se concentra en un único texto legal de referencia.

En lo tocante a la impugnación de acuerdos, se ha venido a recoger el derecho de impugnación en un puñado de preceptos que encuentran su razón de ser en el artículo 93, letra *c*), al decretar *el de asistir y votar en las juntas generales y el de impugnar los acuerdos sociales*, como derecho básico y mínimo de todo socio. Luego, con esta habilitación será el Título V, Capítulo IX, artículos 204 a 208, los encargados de desarrollar y reglamentar la impugnación de los acuerdos sociales para las sociedades de capitales.

Así las cosas, en el Derecho Societario español cabe el derecho de impugnación de los acuerdos (15) adoptados en Junta general y se reputan nulos (con-

disociación entre el bien de la mayoría y el interés social, que no siempre son coincidentes. La mayoría social no se identifica con el bien social».

(15) Precisan las líneas generales que concurren en la impugnación de acuerdos, VILTA, E. y MÉNDEZ, R. M., *Impugnación de acuerdos sociales en S. A. y S. L.*, Bosch,

trarios a la Ley) o anulables (contrarios a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o terceros, los intereses de la sociedad) (16), según establecía el artículo 115 LSA (ahora, art. 204 TRLSC) (17). En la interpretación

Barcelona, 2001, págs. 7 y sigs., «son nulos los actos que sean contrarios a la Ley. Entendemos por Ley, por indicarlo el legislador con mayúsculas, una Ley concreta cual es la propia LSA. Es requisito de validez de los acuerdos el cumplimiento de los requisitos de forma (convocatoria y celebración) y de fondo (poderes, prohibiciones). Quedarían englobados dentro de esta categoría de acuerdos nulos, los que infringen normas imperativas de la propia LSA como pueden ser en cuanto a la forma los que vulneren: a) en junta constituyente: la convocatoria previa a la junta (art. 28 LSA); la presidencia y secretaría; la constitución válida de la junta (art. 26 LSA); la adopción de acuerdos (art. 27 LSA); el acta de la junta (art. 28 LSA); b) en Juntas posteriores: la constitución válida de la junta (arts. 102 y 103 LSA); la adopción de acuerdos (arts. 93, 102, 103 y 145 LSA); lugar de celebración de la junta (art. 109 LSA); confección de la lista de asistentes (art. 111 LSA); en modificación de estatutos (arts. 144 y sigs. LSA)... y anulables: los que se opongan a los estatutos. Si el acuerdo resulta además, contrario a la Ley, el acuerdo es nulo, no anulable; pues sucede a menudo que los estatutos sociales son meras reproducciones del texto legal; y los que lesionen, en beneficio de uno o varios socios o de terceros, los intereses de la sociedad... a ella deberíamos añadir una tercera categoría, los acuerdos nulos radicales o de pleno derecho, no explícitamente mencionada en la Ley pero sí implícitamente en el artículo 116 LSA al mencionar que quedan exceptuados de esta regla los acuerdos que por su causa o contenido resultaren contrarios al orden público».

Véase, además, la STS. de 15 de febrero de 1998 (Repertorio La Ley, Actualidad Civil 322/1999), la conculcación de cualquier derecho de información del accionista provoca la nulidad de los acuerdos sociales respectivos (art. 115 LSA). Se declaraba en dicho pronunciamiento que el demandante solicitó informes sobre partidas contables (cuentas de explotación, deudores morosos, stocks de vehículos, declaraciones de IVA, ingresos atípicos, saldos...) datos no ajenos al conocimiento adecuado de las cuentas anuales. Las evasivas de la Administración de la compañía no son por tanto correctas. El administrador debió hacer llegar al accionista los datos solicitados, por cuanto la mínima publicidad que implica poner a disposición de los accionistas las referencias contables en ningún caso puede perjudicar los intereses sociales, sino todo lo contrario, ya que la transparencia de la situación económica de la empresa favorece por igual a todos los socios y a la propia entidad. También la STS de 23 de octubre de 1999 (Repertorio La Ley, Actualidad Civil 112/2000).

(16) Vid. VELASCO SAN PEDRO, L. A., «Acciones propias e igualdad de los accionistas. Cuestiones de Derecho de Sociedades y del Derecho de Mercado de Valores», en *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 2 de 1994, pág. 21. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J., «La acción como parte del capital y como conjunto de derechos en la Ley de Sociedades Anónimas», en *Derecho de los Negocios*, 1991, pág. 241.

(17) Véase, ahora el artículo 204 del TRLSC. *Acuerdos impugnables*:

1. Son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros.

2. Serán nulos los acuerdos contrarios a la ley. Los demás acuerdos a que se refiere el apartado anterior serán anulables.

3. No será procedente la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro.

Al respecto, interpretaban este derecho en similar contenido y sintonía de lo decretado por el artículo 115 LSA, entre otros: CACHÓN BLANCO, J. E., «El principio jurídico de protección al inversor en valores mobiliarios: aspectos teóricos y prácticos», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 1994, pág. 657. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., «Impugnación de acuerdos», *op. cit.*, págs. 29 y 33. También, vid., MEJÍAS GONZÁLEZ,

del artículo 115.1 LSA, se englobaba a los acuerdos adoptados en las Juntas ordinarias, extraordinarias, ya sea en primera o en segunda convocatoria, y Juntas universales. Por su parte, cabe precisar que el artículo 148.4 de la antigua LSA, adjuntaba otro calificativo a la Junta, cual es, Juntas especiales. La especialidad de las mismas viene prefijada por el carácter de los acuerdos que se adoptan o aprueban, siendo Juntas especiales, en sentido amplio, aquellas en las que se consensúa la alteración o modificación de los estatutos sociales, la ampliación o reducción del capital social. Aquí, cabría interrogarse acerca de si los acuerdos de estas Juntas pueden también ser impugnados, a lo que habría que responder en atención hasta lo ahora descrito, de manera positiva, al incluirse como impugnables todo tipo de acuerdos asamblearios, en este sentido, el artículo 204 sigue utilizando el término genérico de «acuerdos sociales», sin ningún tipo de distinción a la procedencia del tipo de Junta.

Los artículos 115 al 122 (ahora 204 a 208 TRLSC), ambos inclusive, de la LSA, Sección 2.^a del Capítulo V, eran, por tanto, los encargados de disciplinar la *Impugnación de Acuerdos Sociales* (18). En definitiva, como explica DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO (19): «la impugnación de los acuerdos sociales supone la intervención de los órganos judiciales en la vida corporativa con la finalidad de corregir las desviaciones que puedan producirse en el funcionamiento de sus órganos».

Hemos de anticipar que la ordenación de esta materia resulta quebradiza (20), además de suscitar controversias tanto doctrinales como jurisprudenciales en torno a los términos nulo y anulable de la legislación especial societaria

M., «La acción de impugnación de los acuerdos sociales en la Ley de sociedades anónimas», en *Revista General de Derecho*, 1952, págs. 74 y 77. Desde una perspectiva jurisprudencial: STS. de 28 de enero de 1986 (RA 442). Para el Derecho alemán, vid., SCHILLING, W., *AktG GroBkommmentar*. Köln, 1984, parágrafo 243, págs. 362 y sigs.

(18) Para más información sobre este remedio: RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., «Impugnación de acuerdos», *op. cit.*, págs. 21 a 23: «el antecedente más inmediato de estos preceptos se encuentra en los artículos 67 a 70.b) de la Ley de 1951, según la redacción dada por el artículo séptimo de la Ley 19/1989, de 25 de julio... los artículos 155 al 157, que forman parte del Título I, Sección 8.^a, que lleva la rúbrica *De la anotación preventiva de la demanda de impugnación de los acuerdos sociales y de la suspensión de los acuerdos* del Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre, por el que se aprobó el anterior RRM... en la actualidad, contamos con dos cuerpos normativos sobre los que se asienta la regulación sustantiva y procesal específica atinente a la impugnación de acuerdos de las Juntas».

(19) Cfr., *in totum*, DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, N., *Los acuerdos del Consejo de Administración (especial referencia a su régimen de impugnación)*, Bosch editor, Barcelona, 1999, pág. 27.

(20) Es de la misma opinión: GARRIDO, José M.^a: *La distribución y el control del poder en las sociedades cotizadas y los inversores institucionales*. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2002, pág. 251: «el régimen de la nulidad de acuerdos sociales presenta evidentes disfuncionalidades para las sociedades cotizadas, la utilización de la impugnación de acuerdos sociales puede suponer una importante medida de defensa frente a los posibles abusos cometidos a través de acuerdos de la Junta general».

en relación con el régimen general de las categorías de nulidad y anulabilidad de los actos jurídicos.

2. CAUSAS DE IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS SOCIALES

En lo tocante a las causas que origina el mecanismo de la impugnación, hemos de apuntar que el anterior artículo 115.1 LSA mantenía los mismos motivos de impugnación que su predecesor artículo 67 LSA del año 1951 [vulneración de la Ley, oposición a los estatutos (21) sociales y lesión, en beneficio de uno (22) o varios accionistas, de los intereses de la sociedad], pero incorporaba una novedad, que es la de recoger la posibilidad de impugnación de los acuerdos que lesionen, en beneficio de terceros, los intereses de la sociedad (23); reiteramos ahora ubicado en el artículo 204 del TRLSC.

De tal suerte que el artículo 115 de la Ley de Sociedades Anónimas venía a diferenciar entre los acuerdos nulos y los anulables. Nulos son los contrarios a la Ley; y anulables todos los demás, es decir —y reiteramos—, los que contraríen lo decretado en los estatutos o menoscaben, en beneficio de uno o

(21) Véase a PÉREZ MILLAN, David, «Presupuestos y fundamento jurídico de la impugnación de acuerdos sociales por incumplimiento de pactos parasociales», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 117 de 2010, págs. 231-260.

(22) Véase, a modo de ejemplo, CABALLO I ANGELATS, L., «Artículo 115 de la LSA», en AA.VV., vol. 2, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Tecnos, Madrid, 2001, pág. 1109. FERRANDO VILLALBA, Lourdes, «Impugnación de acuerdos de Junta General nula por haberse impedido la asistencia a un socio titular de acciones nominativas (STS de 30 de septiembre de 1997, RA 6461)», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 228 de 1998, págs. 895 a 900, refleja la «posibilidad de impugnar los acuerdos sociales adoptados en Junta General de una Sociedad Anónima nula por no haber permitido asistir a la misma a un socio titular de acciones nominativas al no presentar el correspondiente resguardo provisional. La sociedad, al tratarse de acciones nominativas, ha de reputar accionista a quien se halle inscrito en el libro registro de acciones nominativas».

(23) BERCOVITZ, A., «Los acuerdos impugnables en la Sociedad Anónima», en *Estudios de Derecho Mercantil*, op. cit., pág. 374. Cfr., ALCALA DÍAZ, M. A., «El conflicto de interés», *ibidem*, pág. 121. Véase, STS de 19 de febrero de 1991 (RA 1551), que ofrece el concepto de interés vulnerado y dice así: *los intereses sociales serán la suma de los intereses particulares de los socios, de forma que cualquier daño producido en el interés común del reparto de beneficios, o en cualquier otra ventaja comunitaria, supone lesión al interés social*. Además, la sentencia de 4 de marzo de 2000, sobre convocatoria de Junta general: requisitos de impugnación del acuerdo de Junta general relativo a aumento de capital en base a significar debilitamiento de los socios minoritarios. Según este pronunciamiento: «es preciso que sea lesivo para el interés social (como suma de intereses particulares de los socios, sentencias de 5 de julio de 1986 y 19 de febrero de 1991): la existencia de un beneficio para uno o varios accionistas o un tercero; y un nexo causal entre la lesión y el beneficio (sentencia de 5 de julio de 1986) ni puedan servir de fundamento los eventuales perjuicios que puedan derivarse para los accionistas minoritarios, cuando además tuvieron la posibilidad de evitarlos suscribiendo las nuevas acciones, consiguientes a la ampliación de capital, que les fueron ofrecidas, incluso prorrogando el plazo para facilitarles el ejercicio de tal derecho».

varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad; planteamiento que se mantiene en el actual y vigente artículo 204 TRLSC.

La discriminación básica entre acuerdos nulos y anulables (24), tiene relevancia, por un lado, en el plazo para ejercitar la correspondiente acción de impugnación, que es de un año para los acuerdos nulos, salvo que sean contrarios al orden público, en cuyo caso no hay plazo de caducidad. Y, en cambio, el plazo es de cuarenta días para impugnar los acuerdos anulables (*ex* antiguo art. 116 LSA, art. 205 TRLSC) (25). Esa distinción entre acuerdos nulos y anulables tiene también su singularidad a efectos de la legitimación, tal y como veremos seguidamente.

3. LEGITIMACIÓN Y OBJETO DE LA IMPUGNACIÓN

Por lo que hace a los sujetos legitimados (26) para ejercitar la acción de impugnación, también son diferentes en función de si estamos ante un acuerdo

(24) Llámese la atención a los comentarios —que compartimos— de DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, N., «Los acuerdos del Consejo», *op. cit.*, pág. 241: «se precisa que concurra el hecho de que sean nulos o anulables, por defecto de forma o de contenido. Lo que sucede, en este caso, es que la Ley no nos precisa qué acuerdos son nulos y cuáles anulables; tampoco nos dice si debemos entender por acuerdos nulos los contrarios a la Ley, y anulables los contrarios a los Estatutos o aquellos que lesionen en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad, como sí hace la LSA al regular la impugnación de los acuerdos de las Juntas generales de accionistas... distinguir los acuerdos viciados en consideración al origen de la causa del vicio que sufre, pero la distinción entre una y otra clase de acuerdos ineficaces carece de especial trascendencia procesal y material».

(25) Este mismo plazo se mantiene en el artículo 205, TRLSC. *Caducidad de la acción de impugnación*.

1. La acción de impugnación de los acuerdos nulos caducará en el plazo de un año. Quedan exceptuados de esta regla los acuerdos que por su causa o contenido resultaren contrarios al orden público.

2. La acción de impugnación de los acuerdos anulables caducará a los cuarenta días.

3. Los plazos de caducidad previstos en los apartados anteriores se computarán desde la fecha de adopción del acuerdo y, si fuesen inscribibles, desde la fecha de su publicación en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil».

(26) Sobre la cuestión explica MORENO, Juan Damián, «Aspectos generales en torno al proceso de impugnación de acuerdos sociales de las sociedades anónimas», en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1 de 2000, pág. 65: «existen diversas teorías que explican la legitimación atribuida al accionista..., el accionista actuaría en sustitución de la sociedad, para otros, el derecho de impugnación vendría configurado como un verdadero derecho subjetivo de carácter personal reconocido para la tutela de un derecho propio y exclusivo de quien ejercita la acción». Por su parte, exponen VILALTA, E. y MÉNDEZ, R. M., «Impugnación de acuerdos», *op. cit.*, págs. 10 y sigs., «los accionistas o socios. Cualquiera de ellos, con independencia de que hayan asistido o no a la junta o dispongan del derecho a voto; y con independencia del sentido en que dicho voto haya sido ejercitado en su caso. Si la ley no distingue, no tenemos porque distinguir entre ellos». BERCOVITZ, A., «Los acuerdos impugnables en la Sociedad Anónima», *op. ult. cit.*, págs. 383 y sigs. Cfr., CAMPUZANO LAGUILLO, A. B., *Las clases de*

nulo o anulable y, no depende en ningún momento del número de acciones tituladas o de la fracción de capital, que estas representen. Se prevenía de manera certera en el artículo 117.1.2 de la LSA la diferente legitimación entre la impugnación de acuerdos nulos y anulables en función de la clase de defecto que manifieste el acuerdo que se impugna, debiendo ser amplia en el caso de que el acuerdo sea nulo y más estricta o limitada cuando sea meramente anulable; esta materia viene a clarificarse también con el artículo 206 (27) del TRLSC.

De igual manera, cabe remarcar en torno a la legitimación, lo que pronuncia la paradigmática STS de 2 de enero de 1990 (RA 2), que nos viene a enseñar que el accionista representado en la Junta no es un ausente a los efectos de impugnación de acuerdos, hoy día solo de los anulables. Ahora bien, conocemos que el representante no tiene la cualidad de socio, por ende, quien ha de impugnar es el socio siempre y cuando el representante haya votado en contra del acuerdo y haya hecho patente en el acta de la Junta su oposición (28). La

acciones en la sociedad anónima. Civitas, Madrid, 2000, pág. 339. MORILLAS JARILLO, M.^a José, *Las normas de conducta de los administradores de las sociedades de capital*. La Ley, Madrid, 2002, pág. 202. Vid., a su vez, la ST de la AP de La Rioja, de 8 de junio de 1994 (AC 1994/1057).

(27) Artículo 206. *Legitimación para impugnar*:

1. Para la impugnación de los acuerdos nulos están legitimados todos los socios, los administradores y cualquier tercero que acredite interés legítimo.

2. Para la impugnación de acuerdos anulables están legitimados los socios asistentes a la junta que hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo, los ausentes y los que hubiesen sido ilegítimamente privados del voto, así como los administradores.

3. Las acciones de impugnación deberán dirigirse contra la sociedad.

Cuando el actor tuviese la representación exclusiva de la sociedad y la junta no tuviere designado a nadie a tal efecto, el juez nombrará la persona que ha de representarla en el proceso, entre los socios que hubieren votado a favor del acuerdo impugnado.

4. Los socios que hubieren votado a favor del acuerdo impugnado podrán intervenir a su costa en el proceso para mantener su validez.

(28) Cfr. STS de 14 de julio de 1997 (RA 6016), declara que «la imperatividad del requisito cuestionado se encuentra recogido en la mayor parte de la doctrina jurisprudencial de esta Sala... cabe sintetizarla así, que aun cuando no deba exigirse fórmula expresa para manifestar la disconformidad con el acuerdo, si es preciso que la declaración de voluntad de oponerse ha de ser manifestada de manera tan inequívoca, que no cabe entenderla suplida por el hecho de la previa votación en contra del acuerdo, puesto que, como es lógico, solo cuando el resultado de la votación es conocido resulta posible que el socio disidente formule una oposición al acuerdo, oposición que se exige para legitimar el ejercicio de la acción impugnatoria». En la misma línea de argumentación, se han declarado, entre otras: STS de 17 de diciembre de 1986 (RA 7449); STS de 20 de diciembre de 1986 (RA 7758); STS de 22 de diciembre 1986 (RA 7793); STS de 15 de junio de 1987 (RA 4464); STS de 15 de abril de 1988 (RA 3149); STS de 22 de junio de 1988 (RA 5120); STS de 3 de marzo de 1989 (RA 1990) y STS de 7 de octubre de 1991 (RA 7444); STS de 30 de noviembre de 1991 (RA 8581); STS de 13 de julio de 1992 (RA 6283); STS de 30 de noviembre de 1993 (RA 9217); STS de 18 de septiembre de 1998 (RA 6545). Además, sentencia de la AP de Valladolid, de 19 de diciembre de 1998 (*Actualidad Civil* 1998/2515); ST de AP de Álava, de 18 de septiembre de 1998 (AC 1998/7408); ST de Murcia, de 27 de julio de 1998 (AC 1998/6814); ST de Almería, de 11 de febrero de 1998 (AC 1998/3351); ST de AP de Toledo, de 25 de noviembre de 1997

dificultad del tema se plantea cuando el representante para no lesionar los derechos del representado, vota en contradicción u oposición a lo mandado por este último, en cuyo caso habrá que valorar el voto del representante, de suerte que si aquel había ordenado votar en contra y luego el representante vota a favor no estaría legitimado el socio/representado para impugnar el acuerdo, todo ello con salvedad de las oportunas acciones de responsabilidad, que se pudieran fundamentar *inter partes* (29).

Realizadas las anteriores observaciones para el modelo de sociedad anónima general, añadimos y creemos que la legitimación para impugnar los acuerdos, en el caso de sociedades cotizadas debería pasar a ser, cabalmente, un derecho de minoría cualificada o reforzada. Y esto se fundamenta por el elevado número de accionistas que posee una sociedad cotizada, que hace aconsejable, en oposición al régimen general de las sociedades mercantiles, el restringir el derecho de impugnación de los acuerdos de las juntas de la sociedad cotizada a los accionistas que representen la consideración sólida de minoría y también a las asociaciones de accionistas regularmente reconocidas e, incluso, a la CNMV (30) en apoyo de la minoría de accionistas (inversores) dispersos y como vigilante del correcto devenir del mercado.

Amén de estas apreciaciones, hemos de puntualizar que el objeto de la impugnación deberá recaer debidamente sobre acuerdos sociales. Interpretado este término en sentido amplio, la STS de 6 de julio de 1973 (RA 2936), declara que «los acuerdos sociales, susceptibles de impugnación, son todos aquellos que, sirvan para preparar las Juntas en que hayan de adoptarse y en las que se puedan tomar decisiones, que, afecten a su posible eficacia y los que, efectivamente sean consecuencia de la Junta misma, en la que puedan cometerse dichas

(AC 1997/2362). En estos pronunciamientos se pone de manifiesto que los requisitos que deben cumplir los accionistas que quieran impugnar un acuerdo anulable cuando han asistido a la junta son: votar en contra; manifestar su disidencia después de ser aprobado el acuerdo; constancia en acta. Sintetiza la postura jurisprudencial MARTÍ LACALLE, R., «La legitimación de los accionistas asistentes a la junta para la impugnación de los acuerdos anulables: requisitos (STS de 14 de julio de 1997. RA 5470)», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 228, 1998, pág. 893: «el Tribunal supremo, de forma rigurosa y formalista, ha reiterado en numerosos pronunciamientos que para poseer legitimación activa para la impugnación de acuerdos en el supuesto al que nos referimos, no es suficiente haber votado en contra del acuerdo, siendo requisito indispensable, en la mayor parte de las ocasiones, que de forma expresa haya hecho constar en acta posteriormente su oposición al mismo».

(29) Véase, RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., *Impugnación*, *ibidem*, págs. 172 y 191.

(30) Compartimos, en este punto, el parecer del Profesor SÁNCHEZ CALERO, F., *La sociedad cotizada en Bolsa en la evolución del Derecho de Sociedades*. Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 2001. Discurso leído el día 26 de marzo de 2001, en el Acto de su recepción como Académico de número, págs. 225 y 226, «igualmente puede reconocerse esa legitimación frente a los acuerdos a la CNMV, con la finalidad de que no simplemente pueda —en nombre de la minoría dispersa— acudir a los tribunales con la finalidad de la defensa de los intereses de los inversores frente a los acuerdos que estime nulos o que puedan afectar al buen funcionamiento del mercado».

infracciones». Igualmente, cabe apuntar que se conocen trámite este proceso impugnativo los temas relativos a los diversos errores o vicios en que se incurrir en la convocatoria de la Junta, incluida la judicial (*ex* antiguo art. 101 LSA).

Cerrados en la anterior valoración interpretativa, arrastraría a negar la posibilidad de impugnar los actos del órgano colegiado cuando no demuestren la naturaleza jurídica de acuerdos, en otros términos, solo podrán impugnarse aquellos actos que presenten la caracterización o idoneidad de acuerdos por implicar una declaración de voluntad de la mayoría de los miembros del órgano o —dicho de manera menos severa—, por ser un acuerdo del órgano adoptado con los presupuestos legales o estatutarios previstos. En tal línea argumentativa, los actos emanados del Consejo (31) que sean mero desarrollo de sus propios acuerdos o de los acuerdos de la Junta no podrán atacarse al amparo del viejo artículo 143 de la LSA, ya que lo impugnabile es el acuerdo *per se* y no su ejecución (32), como veremos con mayor detalle en el siguiente epígrafe.

En cualquier caso, la jurisprudencia (33) ha diferenciado entre la impugnación de acuerdos sociales aprobatorios de los balances de las sociedades y la nulidad del balance en sí, reservándose el procedimiento y disposiciones de la LSA para los primeros supuestos.

Hemos de destacar, dentro de este ámbito de actuación del proceso de impugnación de los acuerdos sociales, que existe una tendencia a favor del arbitraje (34) en la impugnación de los acuerdos, pero no podemos por menos,

(31) Desde una perspectiva jurisprudencial, véase, ST de la Audiencia Provincial de Badajoz (AC 1994/635). También en relación a la impugnación de acuerdos sociales (socio minoritario): sentencia de 30 de julio de 1998, núm. 190/1998, de la Audiencia Provincial de Albacete (AC 1998/6705). Con anterioridad en el tiempo nos encontramos con los siguientes pronunciamientos: STS de 29 de noviembre de 1969 (RA 5833); STS de 2 de marzo de 1977 (RA 853); STS de 10 de octubre de 1980 (RA 3622) y STS de 18 de marzo de 1981 (RA 1011).

(32) En este sentido, véase a DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, N., «Los acuerdos del Consejo», *op. cit.*, pág. 239.

(33) Cfr., STS de 20 de diciembre de 1986 (RA 7758), en la que se consideró cuestión nueva, no sustanciable en casación, la impugnación del acta de la Junta como tal, al haberse impugnado en la instancia solamente los acuerdos. También véase con anterioridad la STS de 17 de marzo de 1958 (RA 1435); STS de 24 de octubre de 1966 (RA 4727).

(34) A favor de la resolución de la impugnación por vía arbitral de los actos sociales nos encontramos con MUÑOZ PLANAS y MUÑOZ PAREDES, «La impugnación de acuerdos de la junta general mediante arbitraje», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 238 de 2000, pág. 1436, especialmente 1447. También MORENO, Juan Damián, «Aspectos generales en torno al proceso de impugnación», *op. cit.*, pág. 54: «el TS, en su sentencia de 18 de abril de 1998 (RA 2984), al resolver acerca de la validez de una cláusula inserta en los Estatutos de una sociedad anterior a 1988 que sometía la impugnación de acuerdos sociales y nulidad de la junta a un arbitraje de equidad». Entiende MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.ª Teresa: «Impugnación de acuerdos de las Juntas generales de las sociedades anónimas y el arbitraje (STS de 18 de abril de 1998)», en *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 11 de 1998, pág. 338: «*la hora actual del arbitraje societario* que reclamaban los autores —sobre todo, en materia de impugnación de acuerdos sociales—, ha venido marcada por los cambios producidos en la legislación arbitral general y societaria, por no mencionar la apertura normativa al arbitraje

de subrayar nuestra opinión y el dato de que cuando hablamos de la tutela de los accionistas minoritarios, el planteamiento anterior habría de ser matizado, en el sentido que los accionistas minoritarios vienen, frecuentemente, a ser apartados en mayor o menor grado al juego de la autonomía de la voluntad y, por tanto, al del arbitraje (35). Fijémonos que la impugnación enlazada con el amparo de la minoría está rodeada por la óptica que proporciona la defensa del interés social.

En el ámbito de las sociedades con acciones cotizadas, además, el acento imperativo en su normativa con precisos matices de carácter público ya limita esencialmente la disponibilidad de la temática controvertida, por otro lado, en el plano práctico, el alto nivel de despersonalización de las mismas, que configura una de sus notas diferenciadoras más notables, hace que de hecho sean infrecuentes las controversias con la sociedad, y los posibles supuestos de impugnación incidan tan solo en propósitos muy personales de algún inversor. E, inclusive, las controversias a ellos pertenecientes tampoco puedan ser susceptibles de arbitraje privado (36).

en cada vez más sectores del tráfico jurídico y de las relaciones corporativas...». MUÑOZ SABATÉ, L., «La impugnación de acuerdos de la Junta general de una sociedad anónima puede dirimirse por arbitraje», en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4 de 1998, págs. 161 y 162, reflexiona sobre los diversos pronunciamientos a favor del arbitraje: «se estima que, en principio, no quedan excluidas del arbitraje y, por tanto, del convenio arbitral la nulidad de la Junta de accionistas ni la impugnación de acuerdos sociales; sin perjuicio de que si algún extremo está fuera del poder de disposición de las partes, no puedan los árbitros pronunciarse sobre el mismo, so pena de ver anulado total o parcialmente su laudo. Se tienen en cuenta varios argumentos: la impugnación de acuerdos sociales está recogida por normas de *ius cogens* pero el convenio arbitral no alcanza a las mismas, sino el cauce procesal de resolverlas; el carácter imperativo de las normas que regulan la impugnación de acuerdos sociales no empece el carácter negocial y, por tanto, dispositivo de los mismos... La Ley de Asociaciones 7/1997, de 18 de junio de la Generalitat de Catalunya, en cuyo artículo 15.5.º se autoriza someter a arbitraje las controversias derivadas de los acuerdos adoptados por la asamblea general». CAMPO VILLEGAS, E., «El arbitraje en las sociedades mercantiles», en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2 de 1998, págs. 344 y 345. VICENT CHULIÁ, F., «El arbitraje en materia de impugnación de acuerdos sociales», en *Revista General de Derecho*, núms. 646-647 de julio-agosto, pág. 9369. PICO I JUNOY, J., y VÁZQUEZ ALBERT, D., «El arbitraje en la impugnación de acuerdos sociales: nuevas tendencias y nuevos problemas», en *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 11 de 1999, pág. 190.

(35) Cfr., *in extenso*, a RODRÍGUEZ ROBLEDA, M.º L., *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje. Colección Arbitraje Comercial y de Inversión*, Dykinson, Madrid, 2010, págs. 20 y sigs.

(36) Describe la situación doctrinal contraria al arbitraje MUÑOZ PLANAS y MUÑOZ PAREDES: «La impugnación de acuerdos de la junta», *op. cit.*, pág. 1473. Hemos de tener en consideración, a su vez, lo que precisa: PASTOR MARTÍN, José, «Arbitraje e impugnación de acuerdos sociales», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 59 de 2001, pág. 300: «los principales inconvenientes para la arbitrabilidad de esta materia se centran en la eficacia subjetiva del convenio arbitral, el cual no siempre vincula a todos los sujetos legitimados para impugnar los acuerdos sociales y, en consecuencia, en la posible limitada eficacia del laudo arbitral, lo que puede conducir a una eventual duplicidad de procedimientos y a la posibilidad de que se pronuncien fallos contradictorios. También conviene destacar que la Audiencia Provincial

En esta cuestión se vuelve a retomar y poner de relieve el problema ya examinado de la tipología (37) societaria en función de los intereses presentes, ya que nadie discute que sea más fácil o no adoptar mecanismos de resolución arbitral (38) en dependencia de un tipo social u otro.

En lo tocante al modo de proceder, las acciones de impugnación de los acuerdos sociales se conducirán por los trámites y vías del juicio ordinario y las disposiciones contempladas en la Ley de Enjuiciamiento Civil (39) (*ex art. 118 LSA en redacción otorgada por la Disposición Final tercera de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil y Disposición Derogatoria única de la misma Ley procesal*) (40). En definitiva, se acude al juicio ordinario y se vacía de contenido los artículos 119 a 121 de la LSA, si bien tras la modificación y

de Pontevedra (Sección 1.ª), de 13 de junio de 1994, y la STS (Sala 1.ª), de 18 de abril de 1998, admiten el arbitraje en la impugnación de acuerdos sociales, pero de una forma muy matizada y en supuestos muy específicos, como se ha tenido ocasión de comprobar, por lo que entiendo que no es correcta la posición doctrinal que, basándose en las mismas, admite con carácter general la arbitrabilidad de tal materia».

(37) Hemos de considerar lo que puntualiza MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.ª T., «Impugnación de acuerdos de las Juntas generales», *op. ult. cit.*, págs. 340 y 341: «cuanto menos, se impone una valoración en función de las circunstancias de cada caso: habrá que ver cuáles son los intereses que protege la norma supuestamente infringida por el acuerdo impugnado, y el posible alcance de los pronunciamientos sobre su validez o nulidad (efectos sobre terceros), todo ello considerando los rasgos fácticos de la sociedad de que se trate. La incidencia del problema tipológico (*importante a nuestro parecer* —esta cursiva es de nuestra autoría—) en la cuestión de la arbitrabilidad de las controversias sobre impugnación de acuerdos».

(38) Vid., los apuntes de LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, M., *El Consejo de Administración de la Sociedad Anónima*, CISS, Valencia, 1999, págs. 165 y 166, «la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 8 de julio de 1997 (rollo de Apelación núm. 17/1997, AC 1429), analiza los criterios jurisprudenciales en relación a la posibilidad de someter a decisión arbitral la validez de los acuerdos sociales, que aunque son acuerdos de Junta contienen Fundamentos de Derecho que pueden resultar extrapolables a los acuerdos del Consejo: *la necesidad de distinguir, en orden a resolver el problema de la posibilidad de someter a decisión arbitral la validez de los acuerdos sociales, entre las Sociedades Anónimas abiertas de aquellas otras familiares o de composición numérica reducida*.

(39) EMBID IRUJO, J. M., «Notas sobre la impugnación de acuerdos sociales en la Ley española de Sociedades Anónimas», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 121, de febrero de 1995, págs. 49 y sigs. GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., «Acuerdos sociales abusivos: ¿impugnación o querrela?», en *La Ley*, núm. 5143, de 19 de septiembre de 2000. VILALTA, E. y MÉNDEZ, R. M., «Impugnación de acuerdos», *op. cit.*, págs. 16 y sigs.

(40) Precisa DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, N., «Los acuerdos del Consejo», *op. cit.*, págs. 283 y sigs.: «por remisión de lo previsto para la impugnación de los acuerdos de la Junta (art. 118 LSA). Se trata, en suma, de una competencia atribuida a los órganos judiciales de orden civil». Cierto, a su vez, que esto ha variado tras la Ley 22/2003, de lo concursal, y la LO 8/2003, con la creación de los Juzgados de lo Mercantil con competencias sobre arbitraje. Subraya MORENO, Juan Damián, «Aspectos generales en torno al proceso de impugnación», *op. cit.*, págs. 50 y 51: «todas las demandas sobre impugnación de acuerdos sociales adoptados por Juntas o Asambleas Generales o Especiales de socios o de Obligacionistas o por órganos colegiados de administración en entidades mercantiles se sustanciarán a través del juicio ordinario (art. 118 LSA y 249 LEC), siendo juez competente el del lugar del domicilio social (art. 52.10 LEC)... hay que significar también que la vigente regulación sigue asentándose

sistematización sufrida por el TRLSC, esta materia vendrá a contemplarse en el artículo 207 (41) y, por su lado, el artículo 208 (42), que prevé lo relativo a la sentencia estimatorio de la impugnación.

4. LA IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS DEL CONSEJO

En la esfera de impugnación de los acuerdos lesivos, asimismo nos hallamos que la doctrina mercantilista se decanta favorable a la amplitud y traslado del régimen de impugnación general hacia los acuerdos del Consejo de Administración (*ex* antiguo art. 143 LSA) (43) u otro órgano colegiado de admi-

sobre la clásica distinción entre acuerdos nulos y anulables, lo que dificulta un tratamiento unitario de la materia de impugnación de acuerdos».

(41) Dice el artículo 207. *Procedimiento de impugnación*:

1. Para la impugnación de los acuerdos sociales se seguirán los trámites del juicio ordinario y las disposiciones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2. En el caso de que fuera posible eliminar la causa de impugnación, el juez, a solicitud de la sociedad demandada, otorgará un plazo razonable para que aquella pueda ser subsanada.

(42) Prescribe el artículo 208. *Sentencia estimatoria de la impugnación*:

1. La sentencia firme que declare la nulidad de un acuerdo inscribible habrá de inscribirse en el Registro Mercantil. El «Boletín Oficial del Registro Mercantil» publicará un extracto.

2. En el caso de que el acuerdo impugnado estuviese inscrito en el Registro Mercantil, la sentencia determinará además la cancelación de su inscripción, así como la de los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella.

(43) Para EMBID IRUJO, J. M., «Artículo 143 LSA», en AA.VV., vol. 2, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Tecnos, Madrid, 2001, pág. 1526: «cabe aducir como precedente de la norma examinada el artículo 124 del Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas, de 1979; su contenido parece haber inspirado la línea general de tratamiento que refleja el artículo 143 de la vigente LSA, sin perjuicio de algunas divergencias notorias. Del mismo modo, la Ley General de Cooperativas de 1987, recientemente derogada; su artículo 66 regulaba, en efecto, la impugnación de los acuerdos del Consejo Rector, cuestión de la que hoy se ocupa el artículo 37 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, derogatoria de la anterior». Apunta BERGÓS TEJERO, J. J., «Responsabilidad civil y mercantil de administradores y altos directivos», en *Responsabilidades y Obligaciones de Directivos y Administradores*, Gestión 2000, Barcelona, 1996, págs. 22 y 23: «la impugnación de los acuerdos del Consejo de Administración o de cualquier otro órgano colegiado de administración fue introducida por la nueva Ley de S. A. de 1989, puesto que con anterioridad solo era posible impugnar los acuerdos de las Juntas Generales».

Por su lado, discute: RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., «Impugnación de Acuerdos», *op. cit.*, pág. 50: «cabe hacer una crítica de la ubicación sistemática de este precepto (art. 143.2 TR) en la Sección 4.ª del mismo Capítulo V del TR, ya que es, cuando menos, discutible; pues si bien es cierto que aparece bajo la rúbrica “Del Consejo de Administración”, más cierto es que, dado que existe una Sección, la 2.ª, dedicada específicamente a la impugnación de acuerdos sociales, quizá hubiese sido más lógica su inclusión en dicha Sección, puesto que la impugnación de los acuerdos de las Juntas de la Sociedad no aparece bajo la rúbrica de la Sección 1.ª del Capítulo V, “De la Junta General”». ALCALÁ DÍAZ, M.ª A., «Comentario a la STS de 9 de julio de 1999», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 51, de septiembre-diciembre, 1999, págs. 1342 y sigs.

nistración (44), en línea con el aumento del poder que en la base de la actual sociedad anónima recolectan los órganos colectivos de administración; materia esta que viene a cobijarse en el artículo 251 TRLSC.

La acción impugnatoria contra los actos del Consejo refleja importantes diferencias (45) con la acción de impugnación de los acuerdos de la Junta general, a cuyo procedimiento (46) se remite en todo lo que no contraríe el artículo 143.2 de la LSA, artículo 251.2 TRLSC.

Así, en primer lugar, como diferencia básica —de la que surgen todas las demás—, se establece un tratamiento compacto, homogéneo y similar que se aplica a la impugnación de todos los acuerdos consensuados por el órgano colegiado de administración, tanto se aluda a acuerdos nulos, anulables o contrarios al orden público, por lo que no se aprecia diferencia alguna, ni en lo que hace al plazo de caducidad de la acción, ni en lo tocante a las personas legitimadas activamente para instar la acción, ni en lo tocante a la posibilidad de sanar unos acuerdos y no otros.

Como se percibe, las diferencias entre la legitimación activa de los acuerdos de la Junta y del órgano de administración colegiado son nítidas; en primer lugar —y aunque se tratare de un acuerdo nulo (o contrario al orden público)—, no tienen legitimación activa (47) cualquiera de los accionistas si no que han de

(44) SALELLES, *El funcionamiento del Consejo de Administración*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 396, estima como requisitos de impugnabilidad de los acuerdos del Consejo: «el carácter permanente de la estructura de administración pluripersonal creada en el seno del Consejo y la colegialidad como principio característico de su funcionamiento».

(45) LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, M., «El Consejo de Administración», *op. cit.*, págs. 145 y 146.

(46) Explica BERCOVITZ, A., «Los acuerdos impugnables en la Sociedad Anónima», *op. cit.*, págs. 374 y 375: «hay que tener en cuenta que los artículos 143 y 301, apartado 3, de la Ley, aplican a los acuerdos del Consejo de Administración y de los órganos colegiados de administración y a la Asamblea de obligacionistas, respectivamente, las normas sobre impugnación de acuerdos de la Junta general».

(47) Dice EMBID IRUJO, J. M., «Artículo 143 LSA», *op. ult. cit.*, págs. 1531 y 1532: «con motivo de la legitimación de los socios para la impugnación de los acuerdos del Consejo, se ha apartado el legislador del punto de vista manifestado al regular idéntico asunto en sede de junta general. Se trata de una circunstancia que ha merecido opiniones críticas como consecuencia de los desajustes conceptuales y técnicos a que puede conducir... En síntesis, estas críticas apuntan a la falta de fundamento que supone privar al socio individualmente considerado de la posibilidad de impugnar los acuerdos nulos, sobre todo cuando dicha nulidad es el resultado de una grave contradicción con el ordenamiento... Del mismo modo, el tenor literal servirá para privar de legitimación activa, contrariamente a lo establecido en el artículo 117 LSA, a los terceros que acrediten interés legítimo». Suscribe RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., «Impugnación de Acuerdos de las Juntas», *op. ult. cit.*, pág. 49: «es de destacar la restringida legitimación de los accionistas para impugnar los acuerdos nulos del Consejo (art. 143 TR), pues deberán alcanzar, al menos, el 5 por 100 del capital social, al tiempo que cuando coinciden en una misma persona la condición de accionista y de administrador, prevalece esta última cara a la aplicación del plazo de treinta días para el ejercicio de la acción que establece el artículo 143 TR».

representar el 5 por 100 del capital social, tampoco el tercero resulta posible pese a que fundamentalmente interés legítimo (*ex* antiguo art. 117 LSA).

En segundo lugar, y lo que conforma otra discriminación sustancial respecto al mecanismo general, es el procedimiento idéntico del plazo de caducidad para todos los acuerdos del órgano colegiado de administración, inclusive los contrarios al orden público, que son también susceptibles de ser subsanados o paliados por el devenir del tiempo, a diferencia de lo que sucede con los acuerdos emanados de la Junta opuestos al orden público cuya impugnación no está supeditada a plazo de caducidad ni prescripción.

Luego, la acción de impugnación de todos los acuerdos del órgano colegiado de administración tendrá el mismo plazo de caducidad, esto es, treinta días, cuyo cómputo inicial diferirá, no por causa de la nulidad o anulabilidad de los mismos, sino por motivo de quién sea el impugnante —sujeto legitimado—; así, el plazo de treinta días, en el caso que sean los administradores los demandantes, se comenzará a contabilizar desde su adopción y, en el supuesto que sea el 5 por 100 del capital social, quienes insten la acción desde que tuvieron conocimiento de los mismos y siempre y cuando no hubiere transcurrido un año desde su aprobación (*cfr.* art. 143.1 LSA y art. 251.1 TRLSC).

En cuanto a la legitimación (48), ya anticipábamos que la impugnación de los acuerdos del Consejo o de otro órgano colegiado (49) de administración no puede llevarse a efecto por cualquier accionista, sino solo por la representación del 5 por 100 del capital social (5%) (50). El antiguo artículo 143.1 de la LSA favorecía a los accionistas que representasen un 5 por 100 (51)

(48) Conforme a VILALTA, E. y MÉNDEZ, R. M., «Impugnación de acuerdos», *op. cit.*, págs. 37 y 38: «la legitimación activa la tiene sin duda: cualquier administrador de la sociedad. Los accionistas o socios que representen un 5 por 100 del capital social... El acuerdo podrá impugnarse: por los administradores dentro de los treinta días desde su adopción; por los accionistas o socios previendo las dificultades inherentes al conocimiento de actos y acuerdos de administración a los que no se da ningún tipo de publicidad, ambas leyes establecen un plazo de treinta días desde que se tuviere conocimiento de los mismos, con el límite de un año desde su adopción».

(49) RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., «Impugnación», *ibidem*, págs. 37 y 66 y sigs.

(50) *Cfr.* JUSTE MENCÍA, J., *Los derechos de minoría en la sociedad anónima*, Aranzadi-RdS, Pamplona, 1995, pág. 383. Para el Derecho alemán se utiliza este porcentaje, pero en contra de los acuerdos de la Junta: HENN, G., *Handbuch des Aktienrechts*. Heidelberg, 1994, págs. 412 y sigs., dice que «es necesaria una cuota superior al 5 por 100 del capital social o que se tenga el valor nominal igual a un millón de DM, al fin de impugnar la validez de una deliberación asamblearia, este es el único medio que representa la única forma de tutelar el derecho de aquellos que no poseen una participación social grande, esto es, los accionistas minoritarios».

(51) *Vid.*, los apuntes de CACHÓN BLANCO, J. E., «El principio jurídico de protección al inversor», *op. cit.*, pág. 658: «el régimen de esta acción de impugnación es más limitativo que en el caso de acuerdos de Junta general. Esta acción de impugnación no puede ser interpuesta directamente por un solo accionista, sino por las siguientes personas: cualquier administra-

del capital social con la oportunidad de refutar los acuerdos del Consejo de administración. Aunque, la Ley —insistimos— no confiere facultad al socio individualmente considerado para hacerlo. Se trata, por consiguiente, de un derecho de minoría (52).

En suma, la Ley decretaba el régimen general de los acuerdos nulos y anulables en los artículos 115 y siguientes de la LSA, referidos a la impugnación de los acuerdos de los órganos asamblearios, mutando —para la impugnación de acuerdos del Consejo— meramente la legitimación para rebatir y el plazo de caducidad de la acción, tal y como hemos apuntado, respecto a los acuerdos derivados de la Junta. La posibilidad de protestar los acuerdos prevista en el artículo 143 LSA (art. 251 TRLSC), será aplicable a todos los órganos colegiados de administración (53). De suerte que cuando el órgano de administración sea unipersonal, no habrá medios de impugnación, por el lógico motivo de que no se presentarán acuerdos; lo que habrá serán resoluciones del administrador unipersonal y, por concepto, exclusivamente se pueden impugnar solo los que son acuerdos sociales. También cabe impugnar los acuerdos del Consejo de Administración o de algún otro órgano colegiado de dirección; los acuerdos de la comisión ejecutiva y la comisión delegada (54), entre otros.

Con carácter recapitulativo y en lo que hace a la legitimación activa —reiteramos— que para replicar los acuerdos del Consejo se atribuye úni-

dor o accionistas que representen un 5 por 100 del capital social. De nuevo aparece aquí la utilidad de agrupación de accionistas a efectos de alcanzar el citado porcentaje». BERGÓS TEJERO, J. J., «Responsabilidad civil y mercantil de administradores y altos directivos», *op. cit.*, pág. 24. Para otros tipos sociales, MORILLAS JARILLO, M.^a J. y FELIU REY, M. I., *Curso de Cooperativas*. Técnos, Madrid, 2000, pág. 304. Desde una perspectiva jurisprudencial, cfr., STS de 9 de julio de 1999 (RA 5967) y ST de la AP de Madrid de 27 de marzo de 2001 (AC 2001, 1913).

(52) Vid. EMBID IRUJO, J. M., «La protección de la minoría en el grupo de sociedades (El punto de vista del Derecho español)», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 214 de 1994, pág. 922. Respecto al Derecho alemán, vid., RECALDE CASTELLS, A., «La reforma de las sociedades cotizadas», *op. ult. cit.*, pág. 188.

(53) RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., «Impugnación de acuerdos», *op. cit.*, págs. 61 y sigs. MARTÍNEZ MULERO, Víctor, «Las causas de impugnación de los acuerdos de los órganos colegiados de administración», en *Derecho de los Negocios*, núm. 185 de febrero de 2006, págs. 5 a 19.

(54) Cfr., la interpretación de LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, M., «El Consejo», *op. ult. cit.*, pág. 151: «así, quedarían excluidos de la posibilidad de impugnación, aquellos acuerdos de otras comisiones del Consejo, que no tengan la consideración de órganos de administración, los acuerdos que no se adopten colegiadamente (por ejemplo, acuerdos de dos administradores mancomunados, que al ser su actuación conjunta no forman colegio), los actos de los administradores que actúen individualmente y, por tanto, no pueden adoptar acuerdos (por ejemplo: los actos de los consejeros delegados), así como los actos de los órganos colegiados de administración que no tienen carácter de acuerdos, al ser actos meramente ejecutivos de aquellos».

camente a los administradores (55) y a los accionistas que detentan el cinco por ciento (56) (5%) del capital social. En lo atinente a los administradores, se encuentran legitimados de conformidad al deber de representar a los accionistas y a la sociedad, así como el de velar por los intereses de la sociedad (deber de actuación diligente, *ex art.* 127.1 LSA) (57), ahora articulado en unos pocos preceptos localizados en el TRLSC, Título VI, Capítulo III, artículos 225 y sigs. y Capítulo IV, artículos 233 y sigs., incluyéndose así las acciones de responsabilidad social derivadas del incumplimiento de la actuación diligente. En cambio, centrándonos en el examen del porcentaje requerido (5%) para impugnar los acuerdos del órgano administrativo, hay que reseñar que la dicción de la Ley no plantea especiales problemas interpretativos. Al no demandarse más requisitos, todo accionista o agrupación de ellos que posea el cinco por ciento (58) del capital social puede rebatir o refutar el acuerdo, incluidos los privilegiados sin voto y todos aquellos que no vean recortados sus derechos administrativos. En lo que hace a que la minoría se halle legitimada para impugnar los acuerdos del Consejo, ya la

(55) Vid., por todos, a LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, M., «El Consejo de Administración», *op. cit.*, págs. 146 y 147: «todo administrador que tenga la condición de tal en el momento de la adopción del acuerdo, aunque no la tenga en el momento que ejercita la acción de nulidad, estará activamente legitimado para interponer la acción impugnatoria... como señala el artículo 117.3, al que el artículo 143.2 de la LSA se remite, las acciones de impugnación deberán dirigirse expresamente contra la sociedad, en la persona que legalmente la represente. A estos efectos, el órgano que tenga atribuida la representación orgánica de la sociedad o, en su caso, el Consejo colegiadamente mediante acuerdo, designará abogado y procurador que represente a la sociedad».

(56) Cfr., al respecto, JUSTE MENCÍA, J., «Los derechos de minoría», *op. ult. cit.*, págs. 387 a 391.

(57) Relata FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, «El régimen de responsabilidad de los administradores en la Ley de Sociedades Anónimas: supuestos, principios y problemas», en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados*, núm. 5 de 1997, pág. 22: «en virtud de lo previsto en el artículo 127.1 LSA, los miembros del órgano de gestión están obligados a promover con diligencia la realización del interés social teniendo presente no solo el *interés común de los socios* (interés de capital) sino los intereses de los trabajadores y los intereses de la economía en general... sigue en esencia la cláusula alemana (ordenado y minucioso director del negocio, del parágrafo 93 *AktG* 1965)... La cláusula de diligencia reviste en Derecho español carácter no solo general, sino también abstracto y por mandato legal se modula con dos conceptos escasamente formalizados como son los de ordenado empresario y representante legal... Su contenido ha de establecerse en función del interés social... y al mismo tiempo en consideración del género de actividad, es decir, el objeto social, las características de la sociedad, la propia posición del administrador dentro del órgano y, en general, las circunstancias específicas del caso». BERCOVITZ, A., «Los acuerdos impugnables en la Sociedad Anónima», *op. cit.*, págs. 394 y 395. Vid., el contenido de la STAP de Barcelona, de 5 de junio de 1993 (*Revista General de Derecho*, núm. 589-590, octubre-noviembre de 1993, págs. 10575-10577).

(58) En este punto, cabe apuntar que será indispensable que los accionistas minoritarios mantengan la representación de ese 5 por 100 del capital social durante todo el proceso que perdure la tramitación de la acción de impugnación.

STS de 7 de julio de 1990 (RA 5784) se pronunciaba en el sentido de que «la acción de impugnación de que se trata, por definición, viene a ser ejercitada por la minoría contra acuerdos mayoritarios presuntamente ilegales o indebidos, evitándose así posibles excesos o abusos de aquella mayoría que, consciente de su mayor participación social y consiguiente dominio societario, incurra en extralimitaciones no legales, necesitadas por tanto de la oportuna corrección judicial».

A pesar del tenor literal del anterior artículo 48.1.c) de la LSA —ahora art. 93.c) TRLSC—, que declaraba que todo accionista tendrá como mínimo, entre otros derechos, el derecho a impugnar los acuerdos sociales, en los supuestos de impugnación del órgano colegiado de administración, tal derecho lo ostenta la minoría, convirtiéndose por ello en un derecho corporativo, y no un derecho individualizado-subjetivo de corte personal del que todo accionista en teoría es titular, como así acontece, en cambio, con el derecho de todos los accionistas a impugnar los acuerdos de la Junta General.

Sumado a lo anterior, corresponde señalar, a su vez, en lo que hace a la oportunidad de fijar un porcentaje concreto del 5 por 100, que sobre este extremo particularizado pueden realizarse apreciaciones críticas dirigidas a reformular una mejor articulación de este porcentaje. En esta temática, somos de la opinión de rebajar el porcentaje, sobre todo cuando nos referimos a la dificultad de reunir tal cifra en la sociedad cotizada por parte de la minoría, a los fines, tanto de replicar los acuerdos sociales; designar a sus representantes en el Consejo, entre otros supuestos. En igual línea de pensamiento ya expresada, valoramos que este porcentaje ha de adecuarse a la sociedad en que nos ubiquemos, así como al derecho que estemos tratando de ejercitar, en este punto, al referirnos a un derecho corporativo, que ha de alcanzar este porcentaje para poder ser operativo.

Otro tema vinculado a la legitimación de los socios minoritarios es el hecho de que nada se declara en torno al derecho de los socios a conseguir una certificación de las actas de los acuerdos del Consejo; tal extremo no es baladí, ni es de fácil solución, toda vez que se encuentran en conflicto de intereses dos bienes jurídicos societarios merecedores ambos de amparo y defensa; por un lado, no podemos dejar al margen que las reuniones del Consejo son de carácter confidencial o reservado, motivo por el cual se impone a los administradores, inclusive aunque hayan cesado en sus funciones, el deber de guardar secreto sobre las resoluciones e informaciones de corte confidencial. Pero, junto a este carácter reservado de las reuniones del Consejo también es verdad que es conveniente hacer factible el legítimo ejercicio del derecho de objeción de los acuerdos del Consejo del que el 5 por 100 del capital social es poseedor, y de cuyos resultados deberían conocer o trasladarse de algún modo a los acuerdos sociales consensuados por el Consejo, y de cuyo conocimiento, en diversas oportunidades, no pueden tener acceso por otros

medios (59), en orden a que no han trascendido al Registro o bien por no ser susceptibles de inscripción.

Puntualizar, asimismo, que la impugnación de los acuerdos —desde su perspectiva procesal (60)— ha sido objeto de modificación tras la aprobación de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil (61). Así y en lo relativo al trámite de la impugnación de los acuerdos de los órganos de administración se procederá, por remisión legal explícita del artículo 143 de la LSA (art. 251 TRLSC), a lo ordenado para la impugnación de los acuerdos de la junta general de las sociedades. Además, el artículo 73.2 de la LEC manda que cuando la solicitud tenga por fin la impugnación de acuerdos sociales, se acumularán de oficio todas las que busquen la declaración de nulidad o de anulabilidad (62) de los acuerdos asumidos en una misma junta o asamblea y que se presenten dentro de los cuarenta días siguientes a aquel en que se hubiera instado la primera demanda. Se persigue de esta forma el beneficiar un tratamiento conjunto de las distintas infracciones, que pudiesen incidir respecto de un mismo acuerdo; la LEC requiere que este sistema de acumulación se haga igualmente extensivo a las acciones sustentadas en causas de nulidad, que se hayan operado dentro del referido plazo.

Del mismo modo, el apartado 3 *in fine*, del artículo 222 de la LEC, precisa que «las sentencias que se dicten sobre impugnación de acuerdos societarios afectarán a todos los socios, aunque no hubieren litigado», de esta suerte se producen los efectos típicos innatos al ejercicio de las acciones constitutivas en la medida en que sirven para crear un estado jurídico nuevo inexistente hasta entonces. La vigente Ley de enjuiciamiento no hace ninguna referencia respecto de los efectos que dicha resolución puede originar en el campo de los derechos de aquellos terceros que, ignorando la manifestación de la impugnación, actuaron en la creencia de que el acuerdo era válidamente eficaz.

Por su parte, el artículo 249.1.3.º de la LEC prescribe que se decidirán en juicio ordinario las demandas sobre impugnación de acuerdos sociales adoptados

(59) Véase, sobre este particular, la ST de la AP de Álava, de 26 de septiembre de 1996, Rollo de Apelación núm. 408/1996, sentencia núm. 484/1996, RA 1798.

(60) Para más información, vid., CALAZA LÓPEZ, M.^a Sonia, «El proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades mercantiles: propuestas *de lege ferenda*», en *Revista de Derecho de los Negocios*, núm. 156, septiembre de 2003, págs. 11 a 20.

(61) Cfr. SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M.^a, «Aspectos societarios de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», *op. cit.*, págs. 383 y 384: «la impugnación de los acuerdos de los órganos de las entidades se sustanciará por las normas del juicio ordinario (arts. 399-436 de la LEC)». Vid., LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, M., «El Consejo de Administración», *op. cit.*, pág. 153.

(62) En este sentido, hemos de atender a la crítica que realiza MORENO, Juan Damián, «Aspectos generales en torno al proceso de impugnación», *op. ult. cit.*, pág. 57: «hubiera sido preferible prescindir de las categorías clásicas provenientes del Derecho Civil y diseñar un sistema que no tuviera que vivir bajo el permanente yugo que supone moverse al amparo de la teoría de la nulidad del negocio jurídico».

por Juntas o Asambleas generales o especiales de socios o de obligacionistas o por órganos colegiados de dirección en entidades mercantiles. El mandato puede interpretarse en dos líneas diversas en atención a su tenor literal: los consensuados por las Juntas o Asambleas generales de toda clase de entidades, ya sean civiles y mercantiles, y de las Juntas de obligacionistas, por un lado, y los de los órganos de administración colegiados de las entidades mercantiles, de otro. En efecto, el artículo 249 LEC señala que las demandas sobre impugnación de acuerdos sociales adoptados por órganos colegiados de administración en entidades mercantiles se decidirán en juicio ordinario.

En síntesis, cabría afirmar que el que quiera impugnar un acuerdo puede conseguir del Juzgado o Tribunal que sea competente para conocer de la demanda de impugnación la adopción, conjunta o alternativa, según proceda, de dos medidas cautelares o precautorias (63): la anotación preventiva de la demanda y la suspensión del acuerdo (art. 727.5.º y 10.º de la LEC). El artículo 727.10.º de la LEC, pronuncia que podrá acordarse la medida cautelar de suspensión del acuerdo social, cuando el demandante o demandantes representen, al menos el 1 o el 5 por 100 del capital social, según que la sociedad demandada hubiere emitido o no valores que, en el momento de la impugnación, estuvieren admitidos a negociación en mercado secundario oficial. En las entidades que hayan emitido valores, bastará con que solicite la medida el 1 por 100 del capital social. Esta disposición solo puede referirse a las sociedades anónimas o comanditarias por acciones, pues estas dos son las exclusivas que están autorizadas para emitir valores que puedan cotizarse o negociarse en un mercado secundario oficial. En cambio, en los restantes supuestos bastará con que inste la medida el 5 por 100 de los socios de la entidad o del capital social.

Significativa nos parece esta proposición de la LEC en su artículo 727, número 10, al diferenciar distintos porcentajes, a los fines de solicitar la suspensión del acuerdo discutido como medida cautelar en función del tipo social en que nos encontremos y, en particular, la determinación de un 1 por 100 para aquellas sociedades que negocian sus acciones en Bolsa. Se manifiesta y suscita, pues, la tendencia que venimos observando a lo largo de todo nuestro trabajo de reducir los porcentajes para ejercer determinados derechos en proporción al capital y a la categoría o tipo social. Cavilemos sobre este punto, toda vez que como ya es conocido, en la realidad, la minoría legitimada para solicitar la suspensión del acuerdo ha de tener la posesión de un 1 por 100 del capital social, si la sociedad negocia en Bolsa, y de un 5 por 100 del capital social, en caso contrario. Aquí el legislador no detalla ni pondera el sentido de la medida, pero se entiende y se avista tras ella una intención certera de diferenciar el estatuto jurídico de

(63) SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M.^a, «Aspectos societarios de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: la impugnación de acuerdos sociales, en particular», en *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 2 de 2000, págs. 385 y 386.

la sociedad anónima bursátil, por definición y caracterización abierta y con un capital amplio y muy dividido, de la sociedad anónima cerrada, cuyo menor, frecuentemente, capital social y mayor concentración de acciones en los socios, suscitaría y fundamentaría la elevación del porcentaje demandado.

A tal propósito, coincidimos con el parecer del Profesor EMBID IRUJO (64) en cuanto que no es un salvoconducto que la elección de ambos umbrales (el 1 o el 5 por 100, respectivamente) sea completamente adecuado o idóneo, sin perjuicio de que el segundo se mantiene como porcentaje habitual en la LSA para el ejercicio de la inmensa mayoría de los derechos de la minoría. Cabría detenerse y reflexionar sobre este particular, si no debería el legislador acometer una reforma de mayor extensión en esta temática para que el precepto referenciado no se convirtiera en un vergel dentro del amplio desierto.

Recuérdese aquí, que el artículo 120.1 de la LSA disponía que «el demandante o demandantes que representen un 5 por 100 del capital social podrán solicitar en su escrito de demanda la suspensión del acuerdo impugnado». Desaparece este derecho al ser derogado el artículo 120 por la Disposición Derogatoria única 2.2. de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE, núm. 7, de 8 de enero).

Por último, cabe llamar la atención que en el ámbito de las sociedades cotizadas y en relación con la suspensión de derechos administrativos, *ex* artículo 60 LMV, se confiere expresamente la legitimación a la CNMV, para la que no rigen los plazos establecidos en el viejo artículo 143 LSA. El Reglamento de desarrollo del Real Decreto 1197/1991 ha interpretado esta norma en términos amplios. Así en su artículo 40.5 señala: «serán nulos los acuerdos adoptados por los órganos de una sociedad cuando para la constitución de estos o la adopción de aquellos hubiera sido necesario computar las acciones cuyos derechos políticos estén suspendidos con arreglo a lo dispuesto en el presente capítulo».

II. LA IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS EN LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS

1. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS EN RELACIÓN CON LAS SOCIEDADES DE CAPITAL, ESPECÍFICAMENTE, LA SOCIEDAD ANÓNIMA

Ante todo resulta necesario establecer las diferencias básicas entre la sociedad anónima y la sociedad cooperativa. Mientras que la primera, como sociedad

(64) EMBID IRUJO, J. M., «Artículo 143 LSA», *op. ult. cit.*, págs. 1534 y 1535.

mercantil por excelencia tiene como finalidad, en la inmensa mayoría de los casos, el ánimo de lucro, las cooperativas, enmarcadas por la doctrina mayoritaria dentro del ámbito mutualista, optan por un postulado diferente cual es el del beneficio justo *vs* ganancia máxima.

El TRLSC, expresamente establece en su artículo 1, cuáles son las sociedades de capitales y en dicha enumeración —como resulta sabido— no se refleja la Sociedad Cooperativa.

Continuando con el examen de los aspectos diferenciadores, otro elemento importante que diferencia ambos tipos de sociedades y que se encuentra muy vinculado al anterior es el hecho de que para la sociedad anónima lo más importante es el capital, de ahí, por ejemplo, la existencia de acciones al portador, en las cuales no importa quién sea su titular, las cooperativas en cambio, dado su carácter de sociedad personalista en la cual sus socios ocupan un lugar fundamental, encontramos que, además de no existir participaciones al portador, la transmisión de las aportaciones está sujeta a una serie de limitaciones que tienen por finalidad mantenerlas en manos de los propios socios y, en su caso, de sus familiares más cercanos (65).

La gestión democrática, expresada en el hecho de que cada socio tiene un voto, con independencia de la cuantía de su aportación al capital social, es también un factor que define a la cooperativa y la diferencia de la sociedad anónima, en la cual, como es sabido, los votos en las Juntas dependen de la cantidad de acciones que tengan los distintos socios, por lo que es común que un grupo de socios sean poseedores de la mayoría de las acciones y, en consecuencia, impongan su voluntad.

Volviendo a la cooperativa, en la Ley Estatal de Cooperativas (66) (en adelante LC) su artículo 26, no obstante establecer el principio antes apuntado, dispone la posibilidad de que en las cooperativas de primer grado (67), los Estatutos *puedan establecer el derecho al voto plural ponderado, en proporción*

(65) Cfr., el artículo 50 de la Ley de Cooperativas de España dispone al respecto:

Las aportaciones podrán transmitirse:

a) Por actos *inter vivos*, únicamente a otros socios de la cooperativa y a quienes adquieran tal cualidad dentro de los tres meses siguientes a la transmisión que, en este caso, queda condicionada al cumplimiento de dicho requisito. En todo caso habrá de respetarse el límite impuesto en el artículo 45.6 de esta Ley.

b) Por sucesión *mortis causa*, a los causahabientes si fueran socios y así lo soliciten, o si no lo fueran, previa admisión como tales realizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la presente Ley, que habrá de solicitarse en el plazo de seis meses desde el fallecimiento. En otro caso, tendrán derecho a la liquidación del crédito correspondiente a la aportación social.

(66) Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (BOE, núm. 170, de 17 de julio de 1999).

(67) Según las diferentes leyes cooperativas (estatal y autonómicas), las cooperativas de primer grado son aquellas integradas, generalmente, por un mínimo de tres socios (personas físicas o jurídicas, públicas o privadas).

al volumen de la actividad cooperativizada, para socios que sean cooperativas, sociedades controladas por estas o entidades públicas. Según el propio artículo, los Estatutos se encargarán de fijar con claridad los criterios de proporcionalidad, sin que el número de votos de un socio pueda ser superior al tercio de los votos totales de la cooperativa. Dispone también este artículo la posibilidad de atribuir un voto plural o fraccionado, en aquellos casos de cooperativas con distintas modalidades de socios, pero en la medida en que ello sea necesario para mantener las proporciones que, en cuanto derecho de voto en la Asamblea General, se hayan establecido en los Estatutos para los distintos socios. Asimismo prevé este tipo de votos, dentro de determinadas condiciones, en las cooperativas agrarias, de explotación comunitaria de la tierra, de servicios, de transportistas y del mar.

En las cooperativas de segundo grado (68) (*ex art. 26.6*), si los Estatutos lo prevén, el voto de los socios podrá ser proporcional a su participación en la actividad cooperativizada de la sociedad y/o el número de socios activos que integran la cooperativa asociada. En estos casos, también se establece un límite del tercio de los votos sociales, salvo que la sociedad cuente solo con tres socios, en cuyo caso el límite se eleva al 40 por 100. En el supuesto de que la sociedad la integren solo dos socios, los acuerdos deberán adoptarse por unanimidad. En consecuencia del carácter mutualista de estas sociedades, la Ley impide que los votos de las entidades no cooperativas que la integren alcancen el 40 por 100 de los votos sociales.

Por último, cabe señalar que el párrafo 7 del mencionado artículo establece que, con excepción de las cooperativas de segundo grado, la suma de los votos plurales no podrá alcanzar la mitad del número de socios.

Como se puede apreciar, el voto plural se establece para casos concretos y, además, con la limitación de que solo pueden llegar a un porcentaje minoritario de los votos totales. Esto refleja la intención del legislador de que no existan desproporciones significativas en cuanto a la cantidad de votos que puede ostentar cada uno de los socios. En tal sentido, hemos de recordar que en la cooperativa los socios se agrupan voluntariamente para gestionar su empresa de manera democrática, es decir, que en las decisiones que se adopten estén presentes los criterios de la mayor cantidad de sus miembros y evitar así que un grupo pueda tomar el control de la misma. Ello no significa la posibilidad de que por mayoría se adopten acuerdos susceptibles de nulidad o anulabilidad, es precisamente por ello la regulación del proceso de impugnación de los acuerdos sociales. Al respecto expresa CALAZA

(68) Reguladas por el artículo 77 de la LC, son aquellas que se constituyen por, al menos, dos cooperativas, pudiéndose integrar en calidad de socios otras personas jurídicas, públicas o privadas y empresarios individuales, hasta un máximo del 45 por 100 del total de los socios, así como los socios de trabajo.

LÓPEZ, S. (69): *entre los motivos de anulabilidad, también se ha incardinado la posibilidad de que los que ostenten la mayoría de voto en la Asamblea General o en el Consejo Rector, actúen para la consecución de un fin distinto al común de los socios, incurriendo en lo que se ha denominado abuso de derecho o exceso de poder, y por tanto, en responsabilidad susceptible de ser evaluada a través de la impugnación de los acuerdos tomados ante los Tribunales de Justicia.*

Por último, sin pretensiones de haber agotado las diferencias, hay una que resulta muy notoria, y es que mientras existe una Ley de Sociedades Anónimas (ahora atrapada en el TRLSC), que resulta aplicable en todo el territorio español, para las cooperativas existen leyes autonómicas y una Ley Estatal de Cooperativas (en lo adelante LC) que se aplica en algunos casos, como son: a) las cooperativas cuyo ámbito de actuación abarca más de una Comunidad Autónoma; b) es de aplicación con carácter supletorio en caso de lagunas en las leyes autonómicas; y c) también se aplica en las ciudades de Ceuta y Melilla.

Independientemente de que existen muchas similitudes entre la regulación de la impugnación de los acuerdos sociales en las sociedades anónimas y las sociedades cooperativas, son precisamente las diferencias antes apuntadas las que dan lugar a que en el tema que nos ocupa, encontremos algunas especificidades. Es cierto que la Asamblea general de la sociedad cooperativa puede adoptar acuerdos que infrinjan la Ley, los Estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios socios o terceros, los intereses de la cooperativa, en cuyo caso se establece la posibilidad de impugnar tales acuerdos (*ex art. 31 de la LC*).

El párrafo 5 del mencionado artículo remite las acciones de impugnación de acuerdos a los artículos 118 a 121 (70) de la antigua Ley de Sociedades Anónimas, siempre que no sean contrarios a la LC y con las siguientes salvedades: la exigencia de que para solicitar en el escrito de demanda la impugnación del acuerdo, deberá exigirse que los demandantes sean los interventores o socios que representen, al menos, un 20 por 100 del total de los votos sociales.

Si hacemos un análisis comparativo de la redacción de los artículos relativos a la impugnación de los acuerdos sociales en la LSA y en la LC, encontramos lo siguiente:

El artículo 115 de la LSA (ahora 204 1 y 2 del TRLSC) coincide con los párrafos 1 y 2 del artículo 131 de la LC. Las diferencias comienzan a aparecer

(69) Cfr., *in totum*, CALAZA LÓPEZ, M.^a S., *El proceso de formación de la voluntad social de las sociedades anónimas y cooperativas: vicios de contenido y procedimiento*. Dykinson, Madrid, 2003.

(70) Véase el artículo 118. Competencia: Para la impugnación de los acuerdos sociales se seguirán los trámites del juicio ordinario y las disposiciones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Artículo 119. Procedimiento.

Artículo 120. Suspensión del acuerdo impugnado.

Artículo 121. Anotación preventiva.

en el aspecto relativo al plazo de caducidad de las acciones reguladas en el artículo 116 de la LSA (art. 205 TRLSC) y en el párrafo 3 del propio artículo 131 de la LC. Este asunto resulta de vital importancia toda vez que la observancia de ellos resulta obligatoria con lo cual se imprime seguridad al tráfico jurídico (71).

En la LC, los plazos resultan iguales a los establecidos en la LSA, es decir, para los acuerdos nulos la acción de impugnación caducará en un año, con la excepción de aquellos que resulten contrarios al orden público; para los acuerdos anulables el plazo de caducidad es de cuarenta días. En ambas leyes estos plazos se computan desde la fecha de su adopción, no obstante, en el caso de ser inscribibles, la LSA establece que el plazo comienza a partir de la «publicación» en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, mientras que la LC lo computa a partir de la «inscripción en el Registro de Cooperativas». Con respecto a esto último, consideramos más acertada la redacción de la antigua LSA pues no es hasta la publicación en el Boletín correspondiente que el acuerdo será conocido por todos.

Un asunto en el que se aprecian diferencias es el relativo a las personas legitimadas para impugnar los acuerdos sociales y ello se debe, principalmente, a la existencia en las cooperativas de órganos sociales que no están presentes en las sociedades anónimas. Estos órganos son los Interventores (que tiene carácter imperativo) y el Comité de Recursos (que tiene carácter potestativo). Los interventores constituyen un órgano de fiscalización de la cooperativa cuya función fundamental es la censura de las cuentas anuales, salvo que la cooperativa esté sometida a auditoría externa, también los estatutos pueden asignarle otras funciones de naturaleza fiscalizadora que no se encuentren asignadas a otros órganos sociales. Queremos hacer un breve paréntesis para comentar la importancia de este órgano, que impide que haya cooperativas que queden sin ningún tipo de fiscalización, cosa que sí sucede en las sociedades anónimas que no están obligadas a auditar sus cuentas anuales. Otro órgano, en este caso de carácter facultativo, en las cooperativas es el Comité de Recursos al que corresponde *resolver las reclamaciones interpuestas por los afectados contra las sanciones acordadas por el órgano de administración así como los demás recursos previstos en la Ley o los Estatutos*.

Podemos preguntarnos ahora, ¿cuáles son los órganos cuyos acuerdos pueden ser impugnados ante los tribunales? A lo cual la respuesta es que son aquellos adoptados por la Asamblea General, el Consejo Rector (que es el órgano de administración de las cooperativas), la Asamblea General de Delegados (72) y

(71) Véase PUIG BRUTAU, J., *Caducidad, prescripción extintiva y usucapión*, 3.^a ed., Barcelona, 1996.

(72) Es un tipo de asamblea que se puede celebrar en cooperativas que tengan más de 500 socios o en las que existan situaciones graves y permanentes que impidan la reunión de todos los socios en la Asamblea General. Los estatutos pueden o no preverlas, salvo en el caso de las cooperativas de vivienda y deben, además regularlas. Este tipo asambleario se celebra en dos fases: asamblea preparatoria y asamblea de delegados. Véase el artículo 30 de la LC.

los acuerdos del Comité de Recursos (estos últimos son impugnables como si fueran tomados por la Asamblea General).

Dicho lo anterior, en la LC encontramos una diferenciación entre las personas legitimadas para impugnar los acuerdos nulos (73) y los anulables (74), al igual que sucedía en la LSA. En su artículo 31.2 de la LC, así como las leyes autonómicas, consideran nulos aquellos acuerdos que son contrarios a la Ley, es decir, que infringen normas legales de carácter imperativo (75) y en relación con ellos están legitimados para impugnarlos: 1) cualquier socio; 2) los miembros del Consejo Rector (órgano de administración); 3) los interventores; 4) el Comité de Recursos, y 5) los terceros que acrediten interés legítimo.

Los acuerdos anulables, de acuerdo con el propio artículo 31, son aquellos que se oponen a los Estatutos (76) o lesionen, en beneficio de uno o varios socios o terceros los intereses de la cooperativa. Como resulta obvio, el abanico de personas legitimadas para impugnarlo se estrecha, siendo estas: a) los socios asistentes a la Asamblea que hubieran hecho constar, en acta o mediante documento fehaciente entregado dentro de las 48 horas siguientes, su oposición al acuerdo, aunque la votación hubiera sido secreta; b) los ilegítimamente privados del derecho de voto; c) los ausentes; d) los miembros del Consejo Rector; e) los Interventores y el Comité de Recursos (77).

Cabe destacar que la LC impone como obligación del Consejo Rector, los Interventores, los Liquidadores y, en su caso, el Comité de Recursos la impugnación de los acuerdos contrarios a la Ley o a los Estatutos, medida esta que resulta importante en orden a garantizar la legalidad de los acuerdos sociales y, con ello, la transparencia de la actuación de la sociedad cooperativa.

(73) Tanto la LC como la mayoría de las leyes autonómicas consideran nulos aquellos acuerdos sociales que infrinjan el «orden público», aunque en este caso no opera el plazo de caducidad de un año. Consideramos que en las autonomías cuyas leyes que no contemplan la vulneración del orden público como motivo de nulidad, corresponderá a los Tribunales ante los que se presente el litigio tomar las medidas oportunas a fin de que no sean violados los principios generales del orden jurídico y los principios constitucionales.

(74) Cfr. CALAZA LÓPEZ, M.^a S., «El proceso de formación de la voluntad social de las sociedades anónimas y cooperativas», *op. cit.*, págs. 45 y sigs. También, CABRERA MERCADO, R., «La impugnación de acuerdos en las Sociedades Cooperativas», en <http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/135/123>, consultado el 09/08/2010.

(75) Véase la STS de 28 de enero de 1995, que precisa la necesidad de que en la demanda se señale «cuál o, de ser varios, cuáles han sido los preceptos jurídicos sustantivos infringidos».

(76) CABRERA MERCADO, R., *La impugnación de acuerdos en las sociedades cooperativas*. <http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/135/123>. Información obtenida el 9-8-2010. Plantea que el problema puede surgir cuando la norma estatutaria vulnerada constituye un reforzamiento de una norma legal imperativa, ya que entonces nos encontraríamos ante una posible causa de nulidad y no de anulabilidad.

(77) Véase, por todos, BAENA BAENA, P. J., *Legitimación activa para la impugnación de acuerdos sociales de la Junta General de las Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada y la Asamblea General de la Sociedad Cooperativa*, Madrid-Barcelona, 2006.

Por otra parte consideramos significativo el hecho de que los acuerdos puedan ser impugnados solo por terceros, es decir, sujetos ajenos a la cooperativa, cuando los mismos están vinculados directa o indirectamente con el objeto del litigio de tal manera que sus derechos, adquiridos legítimamente, pueden ser lesionados.

En cuanto a la legitimación pasiva, ella corresponde a la cooperativa en la persona de su representante legal, que es el presidente del Consejo Rector. En el supuesto de que sea este el demandante y se produzca un conflicto de intereses, como la legislación cooperativa no prevé este supuesto, será de aplicación lo establecido en el artículo 117.3.º II de la LSA, que atribuía facultad discrecional al Juez para que designe a una persona de entre los accionistas o administradores que votaron a favor del acuerdo impugnado para que represente a la cooperativa en el proceso.

El ejercicio del voto podrá realizarse mediante representación, no obstante, la regulación de esta es diferente a la de la sociedad anónima. Así, el artículo 27 de la LC atribuye la representación del socio a «otro socio, quien no podrá representar a más de dos y, en casos excepcionales, por un familiar con plena capacidad de obrar dentro del grado de parentesco que establezcan los Estatutos». La delegación de voto solo puede hacerse con carácter especial para cada asamblea y el procedimiento por el que se efectuará lo determinarán los estatutos. Las características de la representación en las cooperativas, como se advierte, responde al carácter personalista de estas sociedades que impide que personas totalmente ajenas a la cooperativa puedan votar en representación del socio. Por lo demás, todo lo relativo del procedimiento para ejercer el voto por delegación (documentación, posibilidad de que en dicho documento se indique de manera concreta la forma de votación o la libertad del representante para votar según su criterio) queda abierto para que sean los Estatutos de la cooperativa quienes lo determinen.

En lo tocante a la representación de las personas jurídicas, de los menores o los incapacitados, la LC remite a las normas del Derecho común o especial que le sean aplicables.

Por otra parte, independientemente de que en la cooperativa existen distintos tipos de Asamblea General, a saber: *a)* la ordinaria que tiene carácter obligatorio, debe celebrarse dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio y en ella se examina la gestión social, las cuentas anuales, la distribución de ganancias, la imputación de las pérdidas y se traza la política general de la cooperativa; *b)* la extraordinaria, que se celebra en cualquier momento y que puede tratar diversas materias, salvo las correspondientes a la asamblea general ordinaria; *c)* la asamblea universal, que no precisa de convocatoria previa, pero para su constitución es indispensable la presencia de todos los socios, los cuales deben aprobar y firmar el orden del día y la lista de asistentes; en ellas se puede deliberar y decidir sobre cualquier asunto de competencia de la asamblea general,

y *d*) la asamblea de delegados a la que nos referimos con anterioridad. Todo acuerdo adoptado por cualesquiera de estas asambleas puede ser impugnado si en ellos se aprecia vulneración de la Ley, los estatutos, o vulnerasen los intereses de la cooperativa en aras de favorecer intereses individuales de uno o varios socios o de terceros.

Resulta de interés la cuestión relativa a los requisitos para que se consideren válidamente adoptados los acuerdos sociales. Así, en la LC (art. 28. Adopción de acuerdos) que dispone en su inciso 1 que, salvo las excepciones establecidas en la Ley, la Asamblea General adoptará los acuerdos por más de la mitad de los votos válidamente expresados, lo que significa que no se computarán a tales efectos los votos en blanco ni las abstenciones. En el inciso 2 precisa que será necesaria la mayoría de dos tercios de los votos presentes y representados, cuando las materias objeto de deliberación sean la modificación de los Estatutos, la adhesión o baja de un grupo cooperativo, la transformación, fusión, escisión, disolución y reactivación de la sociedad. Por su parte, el inciso 3 prevé la posibilidad de que los Estatutos de la sociedad puedan exigir mayorías superiores a las establecidas en los apartados anteriores aunque pone como límite el hecho de que no superen las cuatro quintas partes de los votos válidamente emitidos.

Si comparamos este artículo con lo preceptuado en el artículo 103 de la LSA, apreciamos que la LC es más exigente en el número de votos que aquella (78), cuando se refiere a asuntos de importancia como podrían ser, entre otros, la modificación de estatutos o la emisión de obligaciones, etc.

En lo referente a la impugnación de los acuerdos tomados por el órgano de administración, específicamente el Consejo Rector, la LC dispone la posibilidad de impugnación cuando aquellos sean nulos o anulables.

Las personas legitimadas para el ejercicio de esta acción, cuando se trate de acuerdos nulos, lo serán todos los socios, incluyendo a los miembros del Consejo Rector que hubiesen votado a favor del acuerdo así como los que se abstuvieron; para el caso de los acuerdos anulables, podrán impugnarlos los asistentes a la reunión del Consejo que hubiesen votado en contra del acuerdo y lo hubiesen hecho constar en acta, asimismo los ausentes y los que hayan sido ilegítimamente privados de voto y los interventores y el 5 por 100 de los socios. En relación con otros aspectos, la LC remite al procedimiento previsto para la impugnación de los acuerdos de la Asamblea General.

(78) Declara el artículo 103.1. Para que la junta general ordinaria o extraordinaria pueda acordar válidamente el aumento o la reducción del capital y cualquier otra modificación de los estatutos sociales, la emisión de obligaciones, la supresión o la limitación del derecho de adquisición preferente de nuevas acciones, así como la transformación, la fusión, la escisión o la cesión global de activo y pasivo y el traslado de domicilio al extranjero, será necesaria, en primera convocatoria, la concurrencia de accionistas presentes o representados que posean, al menos, el cincuenta por ciento del capital suscrito con derecho de voto.

En lo relativo a los plazos de impugnación será de un mes a partir de la fecha de su adopción si el impugnante es consejero, en los demás casos, desde que los impugnantes tuvieron conocimiento de los mismos, siempre que no hubiese transcurrido un año desde su adopción.

La redacción que adopta la LC es, con respecto a este punto, más detallada que la anterior LSA, toda vez que esta no establece diferencia en el plazo para la impugnación entre los acuerdos nulos y los anulables, así como tampoco precisa las distinciones entre las personas y circunstancias que pueden llevar a cabo la impugnación.

También en materia de cooperativas encontramos la posibilidad de la solución de los litigios a través del arbitraje. La disposición adicional décima de la LC regula los supuestos en que pueden dar lugar a dichos litigios y señala las controversias entre la cooperativa y el Consejo Rector o los apoderados; entre el Comité de recursos y los socios, incluyendo los que tengan lugar en el periodo de liquidación. En estos casos, estas controversias podrán ser sometidas al arbitraje de derecho regulado por la Ley, en otros supuestos en que la disputa afecta de manera principal a los principios cooperativos, la Ley da la posibilidad de acudir al arbitraje de equidad. Se precisa que los acuerdos sociales, dado su carácter negocial y dispositivo pueden someterse a arbitraje, lo cual excluye que el árbitro pueda pronunciarse sobre asuntos que estén fuera del poder de disposición de las partes.

III. CONCLUSIONES

La reglamentación correspondiente a la impugnación de acuerdos sociales está presente en toda la legislación societaria, aunque matizada según las características de la sociedad en cuestión.

En relación a la sociedad anónima, podemos señalar que la impugnación de los acuerdos sociales por la lesión de los intereses de la sociedad en beneficio de uno o varios accionistas —y en perjuicio correspondiente de otros— configura, como derecho individual subjetivo, *in principio*, del accionista, tanto el mecanismo de tutela por excelencia de los accionistas aislados frente al abuso de poder por parte de la mayoría, cuanto complementariamente uno de los derechos protectores de las minorías más o menos organizadas de accionistas.

Según los requisitos previstos en el artículo 115.1 *in fine* LSA (art. 204 TRLSC), permite aseverar que la anulabilidad de los actos sociales se relaciona, desde una perspectiva de política jurídica a la protección de las minorías, perfilando un instrumento de defensa de sus intereses en atención al debido y regular funcionamiento de la Junta general y, por tanto, como una manera de control e inspección del ejercicio del poder por parte de la mayoría. Así dispuesto el planteamiento: la operatividad de la impugnación como medio de

patrocinio de las minorías se traduce en que la mayoría adoptante del acuerdo parece que prioriza la satisfacción de un interés privado al interés social porque el beneficio o la ventaja que alcanza por medio del acuerdo compensa, mientras que la minoría no obtiene dicha compensación viendo perjudicado sus intereses como socio (79), ante esta situación, dicha minoría se ve necesitada de restablecer o reequilibrar la situación que les resulta desventajosa tramite la impugnación del acuerdo.

En las sociedades cooperativas no consideramos que sea tan significativa la defensa de los intereses de la minoría, dado que muchas de ellas son pequeñas y/o medianas empresas, a lo que ha de agregarse el hecho de que en estas entidades impera el principio de un socio un voto, independientemente de que, como se ha podido apreciar, existe la posibilidad del voto plural o ponderado. Pensamos que la defensa de la minoría puede tener significación en aquellas cooperativas grandes como, por ejemplo, MONDRAGÓN CORPORACIÓN COOPERATIVA, en las cooperativas de segundo o ulterior o en los grupos cooperativos. No obstante, debe tenerse en cuenta que en estas estructuras organizativas no nos encontramos con el carácter jerarquizado que suelen tener los grupos societarios mercantiles, sino ante estructuras paritarias donde se toma en consideración la voluntad de cada uno de sus integrantes. Por tanto, reiteramos, que el objetivo fundamental de la regulación del derecho de impugnación de los acuerdos sociales, en términos cooperativos, es la defensa de los intereses generales de las cooperativas.

Por otro lado, se viene a argumentar que si bien la finalidad de la impugnación de los acuerdos emanados de la Junta general es la tutela de las minorías, esta apreciación no es trasladable completamente al órgano colegiado de administración (80), pues los intereses de la minoría no tienen como propósito directo su operatividad dentro del campo de actuación del órgano de gestión social que, *a priori*, actúa de forma abstracta y genérica, sin alusión a mayorías o minorías sociales. Nos inclinamos a pensar que con la impugnación de los acuerdos del Consejo se busca una intención diferente: establecer un control idóneo sobre la legalidad y regularidad de las actuaciones de este órgano social, comprendida la legalidad de manera amplia; comprensiva tanto de la infracción de las normas legales, estatutarias o del reglamento interno, pero, a su vez, de la infracción del interés social, cuya censura se estipula en beneficio de la propia sociedad, los socios (mayoritarios y minoritarios) y los administradores. Esto resulta válido tanto para las sociedades anónimas, como para las sociedades cooperativas.

(79) Vid., POLO, Eduardo, «Abuso o tiranía. Reflexiones sobre la dialéctica entre mayoría y minoría en la sociedad anónima», en AA.VV., *Estudios Homenaje a Aurelio Menéndez*, t. II (coord.: IGLESIAS PRADA), Madrid, 1996, pág. 73. Además, ALCALÁ DÍAZ, M. A., «El conflicto de interés», *ibidem*, pág. 130.

(80) Así, DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, N., «Los acuerdos del Consejo», *op. cit.*, págs. 195 a 197.

En cualquier caso, nos parece llamativo el dato que el legislador societario (S. A.) insista en la línea de reclamar el 5 por 100 para instar este derecho por parte de los socios de minoría en consonancia con otros derechos y es, justamente aquí donde sí queremos destacar y subrayar, una vez más, esa pertinencia de adecuación de porcentajes al tipo social en que se actúa. Habrá de pensarse, desde un punto de vista de política jurídica, en la congruencia de este remedio de control del órgano administrativo (81) con relación al carácter abierto o cerrado de la sociedad a la que se refiera.

Y así parece haberlo entendido —solo para los acuerdos asamblearios— la *Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles* en el mandato relatado en el artículo 393, que trata sobre la impugnación de acuerdos sociales de sociedades cotizadas: «1. Los acuerdos nulos o anulables adoptados por las Juntas generales o especiales de sociedad cotizada podrán ser impugnados por la minoría, por las Asociaciones de accionistas y por la Comisión Nacional del Mercado de Valores. 2. La impugnación de acuerdos sociales de sociedad cotizada tendrá la consideración de hecho relevante a los efectos de la legislación sobre mercado de valores. 3. La demanda de impugnación de acuerdos sociales que formule la Comisión Nacional del Mercado de Valores se anotará preventivamente en el Registro Mercantil en el que la sociedad figure inscrita. 4. La Comisión Nacional del Mercado de Valores podrá solicitar en el escrito de demanda la suspensión del acuerdo impugnado». Del tenor del texto anotado, lo más significativo es la legitimación de la CNMV, tal y como habíamos manifestado en precedentes páginas.

Con carácter recapitulativo y resumiendo ideas, hay que decir, en torno a la impugnación de los actos sociales derivados del órgano de dirección, que se ha de estar a lo disciplinado en el artículo 143 LSA (ahora art. 251 TRLSC), cuando se refiere, escuetamente, *de los nulos y anulables del Consejo de administración o de cualquier otro órgano colegiado de administración*. En lo relativo a las categorías de nulidad y anulabilidad, surge la duda sobre el ámbito de aplicación de los supuestos definidos en el artículo 115 (art. 204 TRLSC), pensado para la impugnación de los acuerdos de la Junta.

Por lo que se refiere al órgano de administración del que resultan, cabe reflexionar sobre la demarcación de los acuerdos del Consejo y otros órganos colegiados. También se habrá de modificar el porcentaje fijo para llevar a cabo la impugnación de acuerdos del Consejo en adecuación al tipo social en cuestión.

En otro orden de consideraciones y en lo que hace a la posibilidad de recurrir a medios arbitrales para solventar el daño o perjuicio derivado de la aprobación de algunos acuerdos, hemos de matizar que si bien la impugnación de los acuerdos como derecho de la minoría deviene —al no existir una

(81) Es de esta opinión: EMBID IRUJO, J. M., «Artículo 143 LSA», *op. cit.*, pág. 1526.

reglamentación específica—, parecida en las sociedades cotizadas o no, hay un dato que no puede pasar desapercibido como es que la impugnación pueda instarse por un grupo organizado e importante de accionistas para obligar a una transacción al grupo que controla la sociedad; no se trata de llevar adelante la impugnación hasta la sentencia, sino de forzar la negociación y la transacción. No se olvide que para una sociedad que cotiza en bolsa, el hecho de que le impugnen un acuerdo social tiene repercusiones cruciales en la cotización de sus acciones, lo que sirve de base para hallar una resolución flexible y negociada al problema suscitado.

Lamentablemente, un grupo minoritario o un accionista muy minoritario lo único que pretende es sencillamente —en la realidad práctica— que le compensen o paguen un sobreprecio y, con ello, conseguir una plusvalía y retirar de este modo la demanda. La conclusión a la que se llega aquí es la posibilidad de acudir a un sistema de resolución de conflictos alternativos al judicial —cuando hemos venido insistiendo— en el carácter de excelencia que presenta este mecanismo de impugnación de acuerdos desde la perspectiva de amparo de la minoría mediante cauces jurídicos. Con razón, cabe pensar que si en las sociedades no cotizadas se podría dar cabida a este remedio de resolución —el arbitraje—, resulta más difícil trasladarlo al ámbito de las sociedades cotizadas con fuertes deberes de información, así como tutela e implicación de intereses públicos.

Cabe aquí insistir que esta situación no resulta frecuente en el ámbito cooperativo, ya que estas sociedades pueden crear el Comité de Recursos, órgano social este que tiene como finalidad resolver las reclamaciones interpuestas por los afectados contra las sanciones acordadas por el órgano de administración así como también los demás recursos previstos en la Ley o los estatutos. Los acuerdos adoptados por este órgano tienen la categoría de acuerdos adoptados por la Asamblea General, así que su impugnación discurrirá por las mismas causas de la impugnación de acuerdos tomados por esta. No obstante, la Disposición Adicional décima de la LC, como decíamos anteriormente establece la posibilidad de acudir al Arbitraje para la solución de conflictos.

IV. BIBLIOGRAFÍA DESTACADA

- ALCALÁ DÍAZ, M. A.: «El conflicto de interés socio-sociedad en las sociedades de capital», en *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 9 de 1997, págs. 135 y sigs.
- BAENA BAENA, P. J.: *Legitimación activa para la impugnación de acuerdos sociales de la Junta General de las Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada y de la Asamblea General de la Sociedad Cooperativa*, Madrid-Barcelona, 2006.
- BERCOVITZ, A.: «Los acuerdos impugnables en la Sociedad Anónima», en *Estudios de Derecho Mercantil*, 1995, págs. 377 y sigs.
- BORRÁS DE QUADRAS, A.: *Impugnación de acuerdos sociales*, Bosch, Barcelona, 2007.

- BUSTILLO SÁIZ, M.^a Mar: *La subsanación de acuerdos sociales por la junta general de la sociedad anónima*, Aranzadi, Pamplona, 1999.
- CABALLO I ANGELATS, L.: «Artículo 115 de la LSA», en AA.VV., vol. 2. *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas*, Tecnos, Madrid, 2001.
- CABRERA MERCADO, R.: «La impugnación de acuerdos en las Sociedades Cooperativas», en <http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/135/123>, consultado el 09/08/2010.
- CALAZA LÓPEZ, M.^a Sonia: «El proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades mercantiles: propuestas de *lege ferenda*», en *Revista Derecho de los Negocios*, núm. 156 de septiembre de 2003, págs. 11 a 20.
- *El proceso de formación de la voluntad social de las sociedades anónimas y cooperativas: vicios de contenido y procedimiento*, Dykinson, Madrid, 2003.
- CAMPO VILLEGAS, E.: «El arbitraje en las sociedades mercantiles», en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2 de 1998, págs. 344 y sigs.
- CANDELARIO MACÍAS, M.^a I.: *La tutela de la minoría en la sociedad cotizada en Bolsa. Examen de los derechos políticos-administrativos tras la Ley 26/2003*. Atelier Mercantil, Barcelona, 2007.
- DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, N.: *Los acuerdos del Consejo de Administración (especial referencia a su régimen de impugnación)*. Bosch editor, Barcelona, 1999.
- EMBED IRUJO, J. M.: «Notas sobre la impugnación de acuerdos sociales en la Ley española de Sociedades Anónimas», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 121 de febrero de 1995, págs. 49 y sigs.
- «Artículo 143 LSA», en AA.VV., vol. 2. *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas*. Tecnos, Madrid, 2001, págs. 1526 y sigs.
- FERRANDO VILLALBA, Lourdes: «Impugnación de acuerdos de Junta General nula por haberse impedido la asistencia a un socio titular de acciones nominativas (STS de 30 de septiembre de 1997. RA 6461)», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 228 de 1998, págs. 895 y sigs.
- JIMÉNEZ DE PARGA, R.: «La impugnación de los acuerdos sociales en la Ley reguladora de la Sociedad Anónima», en AA.VV., *Estudios Jurídicos sobre la Sociedad Anónima*, Civitas, Madrid, 1995, págs. 347 a 351.
- MARTÍ LACALLE, R.: «La legitimación de los accionistas asistentes a la junta para la impugnación de los acuerdos anulables: requisitos (STS de 14 de julio de 1997. RA 5470)», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 228, 1998, págs. 893 y sigs.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.^a Teresa: «Impugnación de acuerdos de las Juntas generales de las sociedades anónimas y el arbitraje (STS de 18 de abril de 1998)», en *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 11 de 1998, págs. 338 y sigs.
- MARTÍNEZ MULERO, Víctor: «Las causas de impugnación de los acuerdos de los órganos colegiados de administración», en *Derecho de los Negocios*, núm. 185 de febrero de 2006, págs. 5 a 19.
- MORENO, Juan Damián: «Aspectos generales en torno al proceso de impugnación de acuerdos sociales de las sociedades anónimas», en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1 de 2000, págs. 65 y sigs.
- MORILLAS JARILLO, M.^a J. y FELIÚ REY, M. I.: *Curso de Cooperativas*, Tecnos, Madrid, 2000.

- MUÑOZ PLANAS y MUÑOZ PAREDES: «La impugnación de acuerdos de la junta general mediante arbitrajes», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 238 de 2000, págs. 1436 y sigs.
- PASTOR MARTÍN, José: «Arbitraje e impugnación de acuerdos sociales», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 59 de 2001, pág. 300 y sigs.
- PÉREZ MILLAN, David: «Presupuestos y fundamento jurídico de la impugnación de acuerdos sociales por incumplimiento de pactos parasociales», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 117, 2010, págs. 231-260.
- PICO I JUNOY, J. y VÁZQUEZ ALBERT, D.: «El arbitraje en la impugnación de acuerdos sociales: nuevas tendencias y nuevos problemas», en *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 11 de 1999, págs. 190 y sigs.
- RODRÍGUEZ ROBLEDA, M.^a I.: *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje. Colección Arbitraje Comercial y de Inversión*, Dykinson, Madrid, 2010.
- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: *Impugnación de acuerdos de las Juntas de Accionistas*, 2.^a ed., Aranzadi, Pamplona, 1994.
- SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M.^a: «Aspectos societarios de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: la impugnación de acuerdos sociales, en particular», en *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 2 de 2000, págs. 385 y 386.
- SÁNCHEZ-CALERO, J.: «Propuesta de revisión de la impugnación de acuerdos (especial referencia a las sociedades cotizadas)», mayo, 2009, en http://eprints.ucm.es/9190/2/S%C3%A1nchez_Calero.pdf (consultado el 20 de septiembre de 2010).
- VILALTA, E. y MÉNDEZ, R. M.: *Impugnación de acuerdos sociales en S. A. y S. L.*, Bosch, Barcelona, 2001.

RESUMEN

IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS.
SOCIEDAD ANÓNIMA
IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS.
SOCIEDAD COOPERATIVA

En esta contribución se pone de relieve y se reflexiona sobre la reglamentación del derecho de impugnación de acuerdos sociales asamblearios y, también, los derivados del Consejo de Administración, tanto de la Sociedad Anónima, ahora reconducida por el Real Decreto Legislativo 1/2010, relativo a las sociedades de capital, como también de la Sociedad Cooperativa. Bajo este marco de actuación se ponen en comparación ambos sistemas de impugnación, el de la sociedad anónima y el de la sociedad cooperativa. A tal propósito se analizan y desmenuzan algunos

ABSTRACT

CHALLENGE OF RESOLUTIONS.
PUBLIC LIMITED COMPANY
CHALLENGE OF RESOLUTIONS.
COOPERATIVE

This contribution throws a spotlight and some considerations upon the regulations that implement the right to challenge company resolutions taken by an assembly and resolutions by the boards of directors of public limited companies (which regulations have now been extended by Royal Legislative Decree 1/2010 on corporations) and the boards of directors of cooperatives. Within this framework of action, the two systems for challenging resolutions (that of the public limited company and that of the cooperative) are laid side-by-side for comparison. For that

de los aspectos más controvertidos que configuran el derecho de impugnación, como son la fundamentación y causas que originan la actuación de la impugnación; la consideración de este derecho como remedio tuitivo para la minoría accionarial, así como la tendencia y uso del arbitraje para solventar el conflicto de intereses que subyace en el fenómeno de la impugnación de acuerdos.

purpose, some of the most controversial aspects of the law on challenging resolutions are analysed and taken apart. These aspects include grounds and causes of challenge, the consideration of the right to challenge as a protective remedy for the minority shareholders and the trend toward and use of arbitration to settle the conflict of interests underlying any challenge of resolutions.

(Trabajo recibido el 4-10-10 y aceptado para su publicación el 18-7-2011)

DICTÁMENES Y NOTAS

Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria

por

PROF. DR. SERGIO NASARRE AZNAR (1)
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Rovira i Virgili

ÍNDICE

1. LA HIPOTECA Y EL MERCADO HIPOTECARIO.
2. LA VIVIENDA EN ESTE CONTEXTO.
3. MALAS PRÁCTICAS BANCARIAS EN OPERACIONES ACTIVAS:
 - 3.1. LOS INSTRUMENTOS DE COBERTURA DE TIPO DE INTERÉS:
 - 3.1.1. *Cláusulas techo y cláusulas suelo. Especial atención al rol notarial.*
 - 3.1.2. *Los swaps de tipo de interés.*
 - 3.2. LA INFORMACIÓN COMO DETERMINANTE DE LA RESPONSABILIDAD POR PÉRDIDAS POR INVERSIÓN EN PRODUCTOS BANCARIOS: INFORMACIÓN VS COMPENSIÓN. EL ENTORNO MIFID Y EL DEBER NOTARIAL:
 - 3.2.1. *Los negocios de prestación de servicios de inversión y de asesoramiento financiero.*
 - 3.2.2. *Los productos de activo para la entidad de crédito.*
 - 3.3. EL SOBREENDEUDAMIENTO HIPOTECARIO:
 - 3.3.1. *Hipoteca inversa, tying practices y nueva hipoteca de máximo.*
 - 3.3.2. *Corresponsabilidad en el sobreendeudamiento.*
 - 3.3.3. *Ausencia de regulación específica de la responsabilidad civil de las agencias de calificación.*

(1) El presente trabajo ha sido realizado en sede del Grupo de Investigación de Acceso a la Vivienda de la Universidad Rovira i Virgili (www.urv.cat/grups_recerca/housing/Benvinguda.html) y gracias al Proyecto de Investigación «Experiencias catalanas, inglesas e irlandesas en el mejoramiento de acceso a la vivienda», concedido por Resolución de 21-12-2010 del Presidente de la Comisión Ejecutiva de Ayudas a la Investigación de la Agencia de Gestión de Ayudas Universitarias y de Investigación (AGAUR) de la Generalitat de Catalunya, en la Convocatoria de las Becas Batista y Roca de 2010, código 2010 PBR 00052.

- 3.3.4. *La regulación a destiempo de las tasadoras inmobiliarias.*
 - 3.3.5. *La necesaria aclaración de la dación en pago.*
 - 3.3.6. *La adjudicación a la entidad de crédito tras subasta infructuosa.*
 - 3.3.7. *Mayor transparencia y generalización de la subasta.*
 - 4. MALAS PRÁCTICAS BANCARIAS EN OPERACIONES PASIVAS:
 - 4.1. CÉDULAS HIPOTECARIAS. LAS MAL LLAMADAS «CÉDULAS ESTRUCTURADAS».
 - 4.2. BONOS HIPOTECARIOS.
 - 4.3. LA TITULIZACIÓN: PARTICIPACIONES HIPOTECARIAS Y LOS BONOS DE TITULIZACIÓN HIPOTECARIA.
 - 5. CONCLUSIONES.
- BIBLIOGRAFÍA.
- ÍNDICE DE RESOLUCIONES JUDICIALES UTILIZADAS.

1. LA HIPOTECA Y EL MERCADO HIPOTECARIO

La hipoteca es mucho más de lo que dice que es el artículo 104 LH, que la configura como un gravamen sobre finca en garantía de una obligación.

Y no solo es más porque las diferentes modalidades de hipoteca que se han venido incorporando a la normativa han ido ampliando sus posibilidades (la última, en el art. 153 bis LH, introducida por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre) (2). Sino también porque la hipoteca, lejos de su concepción pasiva —como gravamen que provoca la salida del mercado de la finca por su pérdida automática de valor, haciendo honor a lo que etimológicamente significa («prenda muerta») su pariente en derecho angloamericano, la *mortgage*— puede ser estudiada y concebida como un activo económico (3), perteneciente en un primer momento al propietario hipotecante para luego ser «cedida en garantía» al acreedor que negociará con ella y en base a ella, dado su valor intrínseco.

Este valor proviene, en circunstancias normales, del derecho a cobrar periódicamente lo correspondiente a la amortización del préstamo que garantiza; a lo que se añade, en caso de impago del deudor, la posibilidad de ejecutar la finca y de cobrar con cierta preferencia la cantidad prestada. Son evidencias del «valor» que tienen los créditos hipotecarios, el hecho de que en 2009 representaban el

(2) BOE de 8-12-2007, núm. 294, pág. 50593. Parte de una conferencia impartida para el Consejo General del Poder Judicial en marzo de 2011, que está publicada en la intranet del CENDOJ.

(3) Como sucede con la Eurohipoteca (www.eurohypotheq.com). Puede verse el modelo, con ciertos comentarios, en MUÑIZ, NASARRE y SÁNCHEZ JORDÁN (COORDS.), *Un modelo para una eurohipoteca. Desde el informe Segré hasta hoy*, Madrid, 2008, Fundación Registral del Colegio de Registradores de España.

51,9 por 100 del PIB de la Unión Europea (4), o que representaban en 2006 el 60 por 100 del balance de las entidades de crédito españolas (5).

Pues bien, tomando como base esta consideración, desde 1981 [Ley 2/1981, de 25 de marzo (6), en adelante, LMH] las entidades de crédito quedaron habilitadas para refinanciar los créditos hipotecarios, accediendo directamente al mercado de valores. El legislador consideró que ello podía hacerse a través de cédulas hipotecarias (presentes en nuestro Derecho desde 1872), bonos hipotecarios y de participaciones hipotecarias, sirviendo estas últimas para la conformación de fondos (*pools*) para la emisión, sobre ellas, de los bonos de titulización hipotecaria [desde la Ley 19/1992, de 7 de julio (7)]. Esta normativa quedó «actualizada» —que no, optimizada (8)— por la Ley 41/2007, la cual no tuvo en consideración el contexto de crisis que ya había comenzado a nivel mundial hacía ya seis meses cuando se aprobó en diciembre de ese año.

A grandes rasgos puede afirmarse que España se ha dotado, básicamente, de dos instrumentos provenientes de dos tradiciones jurídicas ajenas a la nuestra, para la movilización (refinanciación de las hipotecas) y la «movilización» (la transformación de las hipotecas en bienes muebles) de los créditos hipotecarios de cierta calidad (9): las cédulas hipotecarias (de origen prusiano, en el siglo XVIII) y los bonos de titulización hipotecaria (de origen norteamericano, desde los años setenta del siglo XX). Durante el *boom inmobiliario*, España llegó a ser la segunda emisora de cédulas hipotecarias (tras las alemanas *Pfandbriefe*) y también la segunda emisora de bonos de titulización hipotecaria, conocidos en el mercado internacional con la denominación genérica de *mortgage-backed securities* (MBS). No obstante, ambos adolecen de importantes deficiencias jurídicas que ponen en riesgo nuestro mercado hipotecario. Por su parte, desde la Ley 44/2002, de 22 de noviembre (10), las entidades de crédito españolas quedaron legitimadas para

(4) EUROPEAN MORTGAGE FEDERATION, *Hypostat 2009*, noviembre de 2010, pág. 8.

(5) NASARRE AZNAR, Sergio, «Las novedades en la emisión de cédulas hipotecarias. Atención al Registro Contable Especial», en MUÑIZ, NASARRE y SÁNCHEZ JORDÁN (coords.), *La reforma del mercado hipotecario*, Madrid, 2009, Ed. Edisofer, págs. 466 y 467.

(6) BOE de 15 de abril de 1981, núm. 90, pág. 8148.

(7) BOE de 14 de julio de 1992, núm. 168, pág. 24123.

(8) Ver las conclusiones en la obra de MUÑIZ, NASARRE y SÁNCHEZ JORDÁN (coords.), *La reforma del mercado hipotecario*, Madrid, 2009, Ed. Edisofer, págs. 665 a 677.

(9) Dado que los bonos hipotecarios no existen en la práctica, ni se prevé que existan a pesar de lo que señala la Ley 41/2007, por su aún peor regulación tras dicha norma (ver la problemática de los bonos hipotecarios tras dicha norma en NASARRE AZNAR, Sergio, «Las novedades en la emisión de los bonos hipotecarios [art. 2.6 de la Ley 41/2007]», en MUÑIZ, NASARRE y SÁNCHEZ JORDÁN (coords.), *La reforma del mercado hipotecario*, Madrid, 2009, Ed. Edisofer, págs. 489 a 499]. Por su parte, las participaciones hipotecarias siempre van ligadas, a la práctica, a un proceso de titulización mediante bonos de titulización hipotecaria.

(10) BOE de 23 de noviembre de 2002, núm. 281, pág. 41273.

deshacerse (sacar de su balance) de las hipotecas *subprime* (11) —aquellas que no cumplen los requisitos del art. 5 LMH— a través de los certificados de transmisión de hipotecas.

Por lo tanto, la hipoteca del artículo 104 LH no es más que el punto de partida del denominado «mercado hipotecario», que comprende tanto las operaciones activas como las operaciones pasivas, entendidas las primeras como la concesión de préstamos hipotecarios y las segundas como la refinanciación de estos a través de la emisión de valores hipotecarios, fundamentalmente cédulas hipotecarias y bonos de titulización hipotecaria.

En el análisis de las malas prácticas bancarias de este trabajo nos adentraremos tanto en las llevadas a cabo en las operaciones activas como en las pasivas del mercado hipotecario, dado que unas no pueden entenderse sin las otras.

2. LA VIVIENDA EN ESTE CONTEXTO

La vivienda es un fenómeno muy complejo que se debate, en el contexto actual, entre su consideración como activo (art. 2 LMH), fundamento para el mercado hipotecario, y la de centro para desarrollar derechos fundamentales, como el de la libertad —art. 16 CE; STS de 27-11-2000 (12)—, el de la intimidad —art. 18 CE; sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16-11-2004 (13)— o el del libre desarrollo de la personalidad —art. 10.1 CE; STS de 7-11-1997 (14)—. Naturalmente a ello hay que añadir el derecho a una vivienda digna y adecuada del artículo 47 CE.

Podemos afirmar que, en nuestro país, nos encontramos ante el fenómeno de la *shapeless housing* o vivienda desdibujada, no solo por no haber sido capaz el legislador —a la vista de lo que viene sucediendo desde septiembre de 2007— de hallar un equilibrio entre ambas perspectivas reseñadas, sino porque ni la jurisprudencia ni la academia ayudan a ello.

Así, no se prevén soluciones eficaces ni a corto ni a medio ni a largo plazo para solventar la sorprendente paradoja, única en su gravedad en Europa (15),

(11) Por aquel entonces empezaron a concederse masivamente, dado el *boom inmobiliario* que arrancó en 1995. Su titulización ha contribuido a la generalización de la crisis entre los inversores.

(12) *RJ* 2000/9525. Esta sentencia en su FJ 4.º señala que «el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello —concluye—, a través de este derecho no solo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella».

(13) Demanda núm. 4143/2002.

(14) *RJ* 1997/8348.

(15) ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Informe del relator especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado*,

de que puedan existir en España cerca de 4 millones de primeras residencias vacías (el último censo, el de 2001, es decir, antes del trienio dorado de la construcción 2004-2006, reveló ya 3 millones, lo que fue corroborado por el relator de la ONU en 2008 (16), mientras que desde 2007 y hasta el tercer trimestre de 2010 se han presentado alrededor de 248.000 ejecuciones hipotecarias (17), con el riesgo de exclusión social que ello comporta (18), especialmente, con el deficiente parque de vivienda pública del que disponemos (19) y por lo reducido de nuestro mercado de vivienda de alquiler. Piénsese, también, atendiendo a los datos del CGPJ, el impacto que tiene en la necesidad de vivienda que cada año se divorcian en España —por lo tanto, sin tener en cuenta rupturas de parejas estables, ni separaciones ni nulidades de matrimonios— alrededor de 116.000 matrimonios (en concreto, 115.962 en 2009, con un previsible repunte en 2010) (20).

En cuanto a la jurisprudencia, los Tribunales tienen dicho que en nuestro sistema constitucional la vivienda no es un derecho fundamental exigible ante los tribunales, sino que es tratado como un principio programático (STS 31-1-1984) (21), es decir, como un mandato a los poderes públicos que deben llevarlo a cabo a través de las leyes que lo desarrollan (STS 19-4-2000) (22) y no es recurrible en amparo [ATC 20-7-1983 (23) y ATS 4-7-2006 (24), que le veda

Sr. Miloon Kothari. Misión a España, A/HRC/7/16/Add.2, 7-2-2008, págs. 11 y 12, que se pronuncia en los siguientes términos: «España tiene el mayor número de casas deshabitadas de la Unión Europea».

(16) ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Informe del Relator...*

(17) CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Datos sobre el efecto de la crisis en los órganos judiciales 3T 2010*, disponible en www.poderjudicial.es, bajo «Estadística»; debe destacarse también la evolución desde el estallido de la crisis, habiendo unas 26.000 ejecuciones hipotecarias en 2007 y unas 93.000 en 2009. Ver, además, para España, El País-Economía, 11-2-2009 con declaraciones del Presidente de la CECA, señalando que la morosidad al 2009 podría ser del 6 por 100, mientras Caixa Catalunya convierte hipotecas delicadas en alquileres.

(18) Ver, para Europa, el informe de la *European Federation of National Organisations Working with Homeless*, que ya detectó el 2005 que la exclusión social por carencia de vivienda se había extendido a nuevas clases sociales, como familias con niños, inmigrantes, gente joven, afectando especialmente a las mujeres, www.feantsa.org.

(19) Ver, en este sentido, la estadística MINISTERIO DE VIVIENDA, *Vivienda protegida*, 2001-2008, disponible en http://www.mviv.es/es/index.php?option=com_content&task=view&id=687&Itemid=430, como en 2001 (en los inicios del *boom* inmobiliario) habían para toda España 2.547.121 viviendas protegidas y en 2008, en plena crisis, 2.776.037 viviendas, es decir, un aumento en ocho años de únicamente 228.916 viviendas protegidas, que difícilmente están pudiendo hacer frente a la situación en que quedan las familias desposeídas tras las ejecuciones o, incluso, tras las cada vez más abundantes rupturas matrimoniales.

(20) CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Datos de divorcios ingresados 3T 2010*, disponible en www.poderjudicial.es, bajo «Estadística».

(21) *RJ* 1984/495.

(22) *RJ* 2000/2963.

(23) *RTC* 1983/359 AUTO.

(24) *JUR* 2006/190875.

la posibilidad de recurrir vía artículo 477.2 LEC]. Y aún va más allá. La STS 17-7-1990 (25) consideró que el concepto de «vivienda digna y adecuada» del artículo 47 CE es un concepto jurídico indeterminado.

Y, por último, en cuanto a la Universidad, a diferencia de lo que sucede en otros países, no ha conseguido vertebrar unos estudios y una línea de investigación para el análisis de la vivienda (*housing*) desde una óptica interdisciplinar y omnicomprensiva. Raramente se perciben grupos de investigación en los que intervengan juristas (iusprivatistas y de derecho público), economistas, arquitectos, sociólogos, financieros, geógrafos y todos aquellos que tengan algo que decir para una mejor comprensión y el estudio del problema.

De todo ello se resiente el acceso a la vivienda, que se ha visto enormemente dificultado en los últimos tiempos. Así, el acceso a la vivienda en propiedad ha causado un gran sobreendeudamiento de las familias, con los resultados ya señalados con decenas de miles de ejecuciones hipotecarias al año. Este es uno de los motivos que inspiran la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial de 31-3-2011 (26), concretado, sobre todo, a nuestro entender, en la obligación para la entidad de crédito de denegar el crédito si, tras evaluar la solvencia del deudor, esta demuestra la incapacidad de este de reembolsar el crédito durante el periodo de vigencia del contrato [art. 14.2.a) Propuesta] (27).

Piénsese, además, que el mercado de la vivienda en propiedad se ha visto presionado estos últimos años por un virtualmente inexistente mercado de vivienda en alquiler, que se ha infradesarrollado a consecuencia de la LAU, las —ya reveladas insuficientes en la práctica— reformas de la LEC 2009 en cuanto al proceso de desahucio, el fracaso de los fondos de inversión inmobiliaria y el más que previsible fracaso de las SOCIMI (28). Con una de las tasas de alquiler más bajas de Europa, solamente superada por algunos países de la Europa

(25) *RJ* 1990/6566.

(26) COM (2011) 142 final. Esta Propuesta es la primera que nace del Libro Blanco 2007 sobre la integración de los mercados hipotecarios de la Unión Europea de 18-12-2007 [COM (2007) 807 final]. Un análisis del Libro Blanco en clave de creación de un mercado hipotecario común puede verse en NASARRE AZNAR, Sergio, *The integration of the mortgage markets in Europe (Part 1)*, «Silesian Journal of Legal Studies», 2011, vol. 3, págs. 39 a 57.

(27) Desconocemos cómo se va a llevar esta disposición a la práctica, pero su aplicación estricta puede conllevar la imposibilidad de que personas que hasta ahora podían acceder a una vivienda en propiedad, ya no podrán al no quedar cualificadas para obtener un crédito hipotecario. Por otro lado, si se equipara esta disposición a las (o a algunas) hipotecas *subprime* (por ejemplo, que tienen un LTV muy elevado, que no cumple con las especificaciones del art. 5 LMH), ello entrará en contradicción con los certificados de transmisión de hipotecas del artículo 18 de la Ley 44/2002 —*vid. infra*— dado que estos permiten la titulación (es decir, hacer negocio) de este tipo de hipotecas.

(28) Ver esta conclusión en NASARRE AZNAR, Sergio, y RIVAS NIETO, Estela, *La naturaleza jurídico-privada y el tratamiento fiscal de las nuevas sociedades cotizadas de inversión en el mercado inmobiliario (SOCIMI) en la Ley 11/2009*, «Contabilidad y Tributación»,

del Este (29), se hace necesario buscar alternativas de acceso al dominio y al alquiler; son las denominadas tenencias intermedias (30).

Con este dualismo que afecta a la naturaleza de la vivienda y de la problemática que su acceso provoca en España están relacionadas, en su mayor parte, las malas prácticas bancarias que analizaremos a continuación. No obstante, por cuestiones de abarcabilidad, no entraremos a analizar en profundidad otros supuestos en los que pueden hallarse «malas prácticas bancarias», como son:

- El redondeo al alza del tipo de interés que se toma de referencia para las revisiones de interés aplicable a los préstamos hipotecarios a tipo variable o, también llamado, «redondeo por/en exceso al cuarto de punto superior» o «fórmulas de redondeo al alza de las fracciones de punto». Este tipo de cláusulas han sido declaradas nulas por abusivas para los consumidores por SSTS de 4-11-2010 (31) (contra CAJA PROVINCIAL DE AHORROS DE JAÉN) y 29-12-2010 (32) (contra CAIXA TARRAGONA), con base en el artículo 8.2 de la Ley 7/1998 y en el artículo 10.bis de la Ley 26/1984, esencialmente, en relación al desequilibrio de derechos y obligaciones de las partes causado por dicha cláusula. A juicio del TS, en ambas resoluciones, la STJCE 3-6-2010 (33) permite, en sede de protección de consumidores, entender como abusivas aquellas cláusulas que crean desequilibrios económicos entre las partes (entre prestaciones o servicios y coste; vid. *infra*), doctrina que se aplica para dichas cláusulas de redondeo. No obstante, esta línea de razonamiento no puede ser suficiente, a nuestro juicio, para declarar nulas las cláusulas suelo, tal y como comentamos *infra*.
- La utilización del concepto de «la cifra de responsabilidad hipotecaria» (34) que acrecienta la garantía de la entidad de crédito, al tiempo que aumenta

núm. 321, diciembre de 2009, págs. 3 a 66. Ver, además, CINCO DÍAS, versión digital, de 27-1-2011, donde se informa que no se ha creado ninguna SOCIMI desde 2009.

(29) Ver los datos y el análisis en NASARRE AZNAR, Sergio, «La insuficiencia de la normativa actual sobre el acceso de la vivienda en propiedad y en alquiler: la necesidad de instituciones jurídico-privadas alternativas para facilitar el acceso a la vivienda. Algunas propuestas», en Sergio NASARRE AZNAR (dir.), *El acceso a la vivienda en un contexto de crisis*, Madrid, 2011, Edisofer, *in toto*.

(30) A ellas estamos dedicando el grupo de investigación de Acceso a la Vivienda de la Universidad Rovira i Virgili (http://www.urv.cat/grups_recerca/housing/Benvinguda.html), imbricado a nivel nacional con el GIPUR (www.gipur.org) y vinculado, a nivel internacional, con la *European Network for Housing Research* (ENHR, www.enhr.net).

(31) RJ 2010/8021.

(32) RJ 2011/148.

(33) TJCE 2010/162.

(34) En la que se engloba el principal aún debido por el préstamo, los intereses remuneratorios ya devengados y pendientes de pago, más los intereses de demora devengados desde que se ha producido el incumplimiento, más los gastos o costas judiciales en que haya incurrido por razón del procedimiento que se haya tenido que poner en marcha para la ejecución.

la carga impositiva y de costes para el cliente (35). Funciona como un límite máximo hasta el que pueda cobrarse el acreedor hipotecario en perjuicio de terceros. Con ello, la entidad de crédito aprovecha a cobrar cantidades a costa de la hipoteca (es decir, a costa del sobrante que queda para otros acreedores del deudor y/o para el propio deudor) que pueden considerarse altas y fuera propiamente del contrato de préstamo hipotecario, como son los elevados tipos de interés de demora pactados (muchas veces por encima del 20 por 100) (36), o los intereses remuneratorios de dos años, de manera que a menudo se habían llegado a cifras de responsabilidad hipotecaria que casi duplicaban el principal del préstamo (37).

- Otros ámbitos en los que pueden hallarse dichas malas prácticas es la contratación de seguros vinculados a préstamos hipotecarios (38) o la imputación de comisiones y gastos al cliente (por ejemplo, la admisión de la comisión por emisión del certificado de pago de hipoteca —art. 82 LH— debe necesariamente justificarse porque la entidad acredite que se ha prestado un servicio efectivo al cliente) (39). Una muy reciente (40) potencial mala práctica bancaria puede ser el fenómeno de la venta por las entidades de crédito o de sus filiales inmobiliarias de los denominados «inmuebles sin posesión», es decir, de los que tienen el dominio pero «aún» no la posesión. Teniendo como reclamo un buen precio, las entidades de crédito trasladan el riesgo y los costes de desahucio del poseedor al adquirente de la vivienda. Este puede enfrentarse a diversas

(35) GONZÁLEZ-MENESES, Manuel, «Lo que usted no negoció de su hipoteca», en *El Notario del siglo XXI*, Colegio Notarial de Madrid, núm. 10, noviembre-diciembre de 2006, disponible en <http://www.elnotario.com/egest/portada.php?idSeccion=63>.

(36) Ver, en este sentido, el Anteproyecto de Ley de modificación de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña, para la mejora de la protección de las personas consumidoras en las relaciones de consumo en el ámbito de créditos y préstamos hipotecarios de 20-9-2011, en su artículo 1.º donde se limitan por ley estos intereses de demora a 2,5 veces el interés legal del dinero.

(37) Así lo afirma GONZÁLEZ-MENESES, *Lo que usted...*

(38) Una rápida revisión del estado de la cuestión desde la perspectiva de la Inspección General de Seguros puede hallarse en OUTOMURO PÉREZ, Begoña, «Contratación de seguros vinculados. Criterios del Servicio de Reclamaciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones sobre los seguros vinculados a préstamos hipotecarios», en *El Notario del siglo XXI*, Colegio Notarial de Madrid, núm. 16, vol. 2, noviembre-diciembre de 2007, págs. 50 a 55.

(39) Nos remitimos al concreto trabajo de PAYO ALCARAZ, Isabel, «Cláusulas de variabilidad del tipo de interés. Redondeo, comisiones y gastos», en *El Notario del siglo XXI*, Colegio Notarial de Madrid, núm. 16, vol. 2, noviembre-diciembre de 2007, págs. 8 a 17.

(40) Ver <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/04/19/suvivienda/1303238690.html>, consultada el 20-4-2011. CatalunyaCaixa, el 12 por 100 de cuyo activo inmobiliario es de «inmuebles sin posesión» según dicha fuente, ha puesto a la venta dichos inmuebles en la web de CatalunyaCaixa Inmobiliaria (<http://www.cxinmobiliaria.com/buscador.php>).

dificultades para finalmente poder acceder a vivir en el inmueble, entre las que se cuentan las dilaciones en el efectivo desahucio de un precario o que el poseedor tenga efectivamente título para poseer.

3. MALAS PRÁCTICAS BANCARIAS EN OPERACIONES ACTIVAS

3.1. LOS INSTRUMENTOS DE COBERTURA DEL TIPO DE INTERÉS

De acuerdo con el Banco de España (41) existen dos tipos de instrumentos de cobertura (*hedge*): las coberturas implícitas y las explícitas. Las primeras se incluyen en el clausulado de los contratos de préstamo y consisten fundamentalmente en la introducción de cláusulas limitativas a la variación de los tipos de interés, como son las cláusulas «suelo» y «techo». Por su parte, las explícitas consisten en la contratación de un producto independiente con dicha finalidad, como son las permutas financieras de tipo de interés o *interest rate swaps*.

El efecto de «aseguramiento» entre un máximo y un mínimo de tipo de interés puede revestir diversas formas. Una de ellas es el denominado «contrato de gestión de riesgos financieros» que viene definido por la SAP de Ávila de 9-9-2010 (42) como «un contrato consensual, bilateral, sinalagmático, de duración continuada y determinada, atípico, y aleatorio (vid. art. 1790 del CC), que genera derechos y obligaciones para ambas partes; y que tiene cierta semejanza con el contrato de seguro, pues se cubre el riesgo por parte de la entidad bancaria de que si suben en demasía los tipos de interés a los que deben hacer frente las empresas, el Banco les cubre; pero por contra el cliente, que se ve beneficiado por su bajada y se beneficia de que puede hacer frente a su endeudamiento con menos carga, a la par se compromete con el Banco a pagarle los vencimientos por esa bajada, según lo pactado». Otra puede ser la contratación efectivamente de un seguro de cobertura, como sucedió en la SAP de Jaén de 27-3-2009 (43). En esta ocasión se contrató un seguro de estabilización del tipo por 600 euros, para evitar la subida de tipos, a pesar que parece que escondía un *swap*; además, no se informó al cliente ni se le entregó el anexo donde se explica el «Floor» consistente en la compensación a la *counterparty* si bajan los tipos; el Tribunal consideró que el prestatario tenía derecho a que se le devolviera lo que había satisfecho por tal contrato.

(41) BANCO DE ESPAÑA, *Memoria del servicio de reclamaciones 2009*, pág. 161, disponible en http://www.bde.es/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/09/Fich/Informes_relevantes.pdf.

(42) CENDOJ 05019370012010100355.

(43) AC 2009/1604.

3.1.1. Cláusulas techo y cláusulas suelo. Especial atención al rol notarial

Una de las cuestiones más discutidas ha sido la inclusión de cláusulas techo y de cláusulas suelo en los créditos hipotecarios con interés variable, que son la inmensa mayoría de los contratados en España durante el *boom inmobiliario*, especialmente por lo poco atractivo de los préstamos hipotecarios a interés fijo (tipo muy alto en comparación), a pesar de la advertencia de los peligros para las familias por parte del Banco de España durante los años precedentes al estallido de la crisis mundial de 2007 (44).

En general son cláusulas por las cuales tanto el prestamista como el prestatario se aseguran que el tipo de interés del préstamo hipotecario oscilará entre dos tipos, uno máximo y otro mínimo. Si se rebasa, por encima del superior o por debajo del inferior, el prestatario (si el tipo rebasa el máximo establecido) o el prestamista (si el tipo baja del inferior pactado) reciben una compensación del otro, que es equivalente a la diferencia entre el máximo o el mínimo y en lo que se ha rebasado. Provoca una especie de efecto de «aseguramiento», pero no solo para el prestatario, sino para ambas partes.

La cláusula suelo tiene un especial interés para la entidad de crédito, no solo en lo que reconoce (que tenga unos mínimos ingresos para cubrir los gastos de gestión o cierta remuneración por la onerosidad del préstamo) sino para lo que no: el *stream of cash* que sirve para la satisfacción de los valores hipotecarios (a menudo a tipo fijo) proviene de los préstamos hipotecarios, de manera que si esos dejan de generar interés se pone en peligro la refinanciación hipotecaria. Piénsese que en Alemania la mayoría de los préstamos son a interés fijo, pues este tipo es el que crea el contexto ideal para la emisión de las cédulas hipotecarias alemanas o *Pfandbriefe*, dado que estas, al igual que nuestras cédulas hipotecarias, son obligaciones contra la entidad que las emite que generan una obligación de pagos periódicos hacia los inversores.

El 23-9-2009 el Senado aprobó por unanimidad del pleno una moción para reclamar al Gobierno que tome medidas para evitar los abusos de las entidades de crédito en las revisiones de los créditos hipotecarios, lo que no fue acogido por este. Sorprendentemente en julio de 2010 el Senado rechazó la modificación de la LGCU para delimitar el carácter abusivo de las «cláusulas suelo», acogiendo un informe del Banco de España (45). Todo ello ha venido sucediendo en un contexto muy particular: bajadas sostenidas del Euribor desde noviembre de 2008, de manera que los prestatarios no podían beneficiarse de tales bajadas.

(44) BANCO DE ESPAÑA, *Informe anual 2004*, www.bde.es, págs. 38 y 39, que señalaba que: «La sensibilidad de las familias ante posibles elevaciones de los tipos de interés se ha visto incrementada por el hecho de que la mayor parte de sus pasivos está materializada en forma de créditos a tipo de interés variable».

(45) BANCO DE ESPAÑA, *Informe sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios*, BOCG, Senado, Serie I, 7-5-2010 (457), págs. 12 y sigs.

Mientras la asociación de consumidores ADICAE inicia en febrero de 2011 una gran demandada colectiva contra 100 entidades de crédito por incluir cláusulas suelo en sus productos (46), aparece la primera sentencia que declara nulas las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios comercializados por tres entidades de crédito (BBVA, CAJAMAR y CAIXA GALICIA).

Se trata de la SJM, núm. 2 de Sevilla, de 30-9-2010 (47) y se fundamenta en la asimetría de las cláusulas suelo y las cláusulas techo: comercializado al 5 por 100 el préstamo hipotecario, la cláusula techo (la que beneficia al prestatario) se coloca en el 15 por 100 del tipo de interés, mientras que la suelo en el 3,25 por 100 (nótese la distancia de ambos en relación al valor de referencia). Ello significa que mientras es difícil que los préstamos hipotecarios alcancen un Euribor del 15 por 100 sí que es fácil que bajen por debajo del 2,5 por 100. Así, según demuestra la Figura 1, desde 1999 a 2011, en relación al Euribor a doce meses (uno de los más comunes en los préstamos hipotecarios en España (48), ha estado desde 2009 hasta la actualidad por debajo del 2,5 por 100 (con un mínimo histórico en marzo de 2010, a algo más del 1 por 100) y, en cambio, nunca más allá del 15 por 100, alcanzándose las mayores cotas (en agosto de 2000 y en octubre de 2008) muy por debajo de tal cifra, situándose en algo más del 5 por 100.

A esta sentencia le ha seguido la SJM, núm. 1 de León, de 11-3-2011 (49) (caso AUSBANC CONSUMO contra CAJA ESPAÑA) que declara la nulidad, por cláusula abusiva, «de la condición general contenida en los préstamos hipotecarios a interés variable celebrados con consumidores o usuarios que establece un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia y que no contempla como contrapartida un tipo máximo que proteja eficazmente al prestatario del riesgo de subida del referencial, en todo caso inferior al 12 por 100 recogido en los contratos suscritos por la demandada», condenando a eliminar dicha condición general de los contratos de préstamo hipotecario a interés variable, con publicación en el BORM y en un diario local e inscripción de dicha cláusula suelo en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

En nuestra opinión la conclusión a la que llegan ambos juzgadores es acertada, a pesar de que, a nuestro juicio, la distancia de suelo y techo en relación al valor de referencia no sea motivo suficiente para considerar abusiva la cláusula sino únicamente el detonante de la invalidez de la cláusula: debe quedar claro que por dichas cláusulas solo la entidad de crédito queda beneficiada cubriendo su propio riesgo, sin que ello se refleje en una mejoría

(46) Ver <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/02/23/suvienda/1298485188.html>.

(47) AC 2010/1550.

(48) <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/04/19/suvienda/1303227890.html>, donde se señala que son el 90 por 100 de los préstamos hipotecarios existentes.

(49) AC 2011/179

en las condiciones del préstamo hipotecario, al tiempo que se impide la completa formación de la voluntad del consumidor. Así, el artículo 82.1 del RDL 1/2007 (50) resalta, a la hora de describir a las cláusulas abusivas, la existencia de «un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes» y en el artículo 82.4.c) del RDL 1/2007 claramente destaca que, «en todo caso, son abusivas las cláusulas que [...] c) delimiten la falta de reciprocidad en el contrato»; y el artículo 87 del RDL 1/2007 vincula dicha falta de reciprocidad a la ausencia de buena fe (art. 7 CC) y a que es en perjuicio del consumidor. La calificación de una cláusula como abusiva provoca su nulidad de pleno derecho y el tenerse por no puesta (art. 83 del RDL 1/2007).

De manera que entendemos que el fundamento para la nulidad de las cláusulas suelo no puede ser que se fije un mínimo de pago de intereses a favor de la entidad de crédito al rebasar cierto suelo (51), sino que esta obligación no tenga una contrapartida proporcional a favor del consumidor (no quede verificado en qué se beneficia este, quedado, sin embargo, claro en qué se beneficia la entidad de crédito) y que este no haya podido dar un consentimiento informado. Solo si se da esta situación, deberían ser declaradas nulas (art. 82.1 del RDL 1/2007), dado que:

- a) El consumidor accede a la combinación cláusula suelo-cláusula techo para cubrirse él de la subida de tipo de interés. Esta posibilidad queda prácticamente frustrada desde el momento en que tal cláusula techo es prácticamente inalcanzable, mientras que la suelo, que cubre a la entidad de crédito, es más probable que suceda, es más real (la irrealidad de la protección del consumidor está presente en la SJM, núm. 1 de León, de 11-3-2011). No es cuestión de simetría, sino del grado de realismo en el acontecimiento que se pretende cubrir por una y por la otra parte. De manera que, en primer lugar, tenemos un problema de planteamiento de la cláusula al consumidor: realmente sirve para cubrir el riesgo de fluctuación del tipo de interés del préstamo de la entidad de crédito y no para cubrir el suyo propio (solo remotamente, dada la escasa probabilidad de que ello se produzca), de modo que el riesgo que corre la entidad de crédito al conceder un préstamo a tipo variable es, al menos parcialmente, cubierto por el consumidor, mientras que, a la práctica, no sucede al revés. Piénsese que si no fuese así, la entidad de crédito no podría haber ofertado el préstamo en tan buenas condiciones al cliente (pudiéndolo perder) o, incluso, ofrecerle únicamente a tipo fijo (poco atractivos por la onerosidad de sus intereses). De manera que

(50) RDL 1/2007, de 16 de noviembre (BOE núm. 287, 30-11-2007, pág. 49181).

(51) De acuerdo aquí con CASTILLA CUBILLAS, Manuel, «Sobre la abusividad de las cláusulas “suelo” hipotecario y el Informe al respecto del Banco de España», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1/2011, pág. 4.

la entidad de crédito halla en la cláusula suelo la manera de ofrecer atractivas condiciones a los clientes sin correr riesgo ella misma de que los intereses bajen por debajo de un umbral tolerable para sus propias obligaciones o beneficios. Referirse, como lo hacen, las entidades de crédito a que con el MIBOR se alcanzaron altos tipos de interés, es descontextualizar la cuestión (como bien advierte la SJM, núm. 1 de León, de 11-3-2011) en tanto que no solo el índice de referencia actual es el Euribor (Figura 1), sino que el mercado hipotecario actual es distinto del anterior a 1999, con plazos de amortización muy largos y sumas a devolver muy elevadas (una subida de los tipos más allá del 6 por 100 produciría grandes perjuicios para los deudores hipotecarios). Por otro lado, siguen afirmando las entidades de crédito que es comprensible que con plazos tan dilatados de amortización estas deban cubrirse y que también es posible llegar en momentos puntuales a tan altos tipos de interés debido a circunstancias inesperadas, de manera que las cláusulas techo pueden ser útiles. Pero ello, entendemos, no justifica el pacto de antemano de tan diferentes cláusulas techo y suelo, puesto que si se trata de acontecimientos futuros, extraordinarios e imprevisibles de muy bajos o muy altos tipos de interés, la parte perjudicada podrá, en su caso, alegar la cláusula *rebus sic stantibus* para solicitar el reequilibrio de las prestaciones (STS de 25-1-2007) (52).

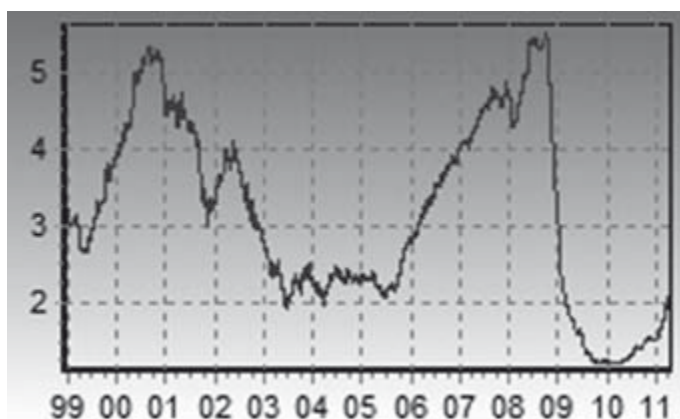


FIGURA 1. La evolución del Euribor a doce meses en el periodo 1999-2011.
Fuente: Euribor-rates.eu

(52) RJ 2007/592.

- b) Por lo tanto queda realmente difuminado qué o cuánto gana el consumidor al aceptar las cláusulas suelo y techo: si no es, como se ha visto, realmente el techo, deberá ser, como señala el Banco de España en el informe mencionado, que se incluye en el precio y condiciones del préstamo. Pero ello no es transparente para el consumidor, dado que este difícilmente puede conocer cuánto de menos del tipo de interés que paga es gracias a la cláusula suelo, es decir, vuelve a ponerse en duda la real reciprocidad de intereses. Si esta no viene [o, según algún autor (53), no debería venir necesariamente de la cláusula techo], debe quedar meridianamente claro (art. 217 LEC) que ciertos puntos básicos de menos del préstamo del que se beneficia el consumidor son gracias a la cláusula suelo. Y ello no solo es difícil que conste, se explique en el momento de contratar al consumidor o se calcule, sino que todos los indicios muestran cómo dichas cláusulas solo benefician a la entidad de crédito: queda cubierta por un riesgo que debe asumir al comercializar un préstamo a tipo variable y las cláusulas techo son irreales a la práctica.
- c) Por lo tanto, la nulidad de la cláusula no viene exclusivamente de la desproporción de la distancia del techo y del suelo en relación al valor de referencia, sino que tal desproporción origina la falta, a la práctica, de beneficios para el deudor hipotecario (ni tan siquiera efectuando un juicio de probabilidad dada la coyuntura macroeconómica y el historial del Euribor), que se correlaciona con la dificultad de averiguar en cuánto del tipo de interés fijado se beneficia tal consumidor (tampoco se le ha dado la opción de comprender en cuánto le subiría el tipo sin cláusula suelo), de manera que difícilmente puede hablarse de transparencia a la hora de buscar su consentimiento (nada tiene que ver con ello, pues, que el artículo 1 de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 12-12-1989 (54) autorice a pactar entre las partes el tipo de interés que crea conveniente, si la voluntad no ha sido bien formada) y, en definitiva, que, externamente todo son beneficios para la entidad de crédito al utilizar al consumidor para cubrir un riesgo propio.

No es, pues, solo la asimetría en sí (55), sino que tal asimetría, unida a la poca claridad del beneficio para el deudor (que contrasta con el beneficio claro

(53) CASTILLA CUBILLAS, *Sobre la abusividad...*, pág. 4.

(54) BOE de 19 de diciembre de 1989, núm. 303, pág. 39289.

(55) De acuerdo en esto con CASTILLA CUBILLAS, *Sobre la abusividad...*, pág. 4, aunque no en que sólo se trate de un tema de consentimiento: la desproporción existe desde el momento en que la entidad de crédito, que preconfigura la cláusula, conoce la situación del Euribor y, a pesar de (o por) ella decide, al tiempo que comercializar créditos hipotecarios atractivos mediante tipos de interés coyunturalmente bajos, cubrirse de los riesgos que ello le comporta.

para el acreedor) y la falta de consciencia de este, provoca el desequilibrio del artículo 82.1 del RDL 1/2007. A falta de mayor prueba sobre el beneficio para el deudor, se ha producido una frustración del interés del consumidor a la hora de aceptar la cláusula, que le provoca un claro perjuicio económico (56): por un lado, difícilmente se beneficiará de la cláusula techo (sí en cambio, la entidad de crédito de la suelo) y, por otro, no ha quedado acreditado por parte de la entidad de crédito (art. 217 LEC) que se haya beneficiado de mejor tipo de interés gracias a la inclusión de la cláusula suelo, de manera que, *a priori*, solo es la entidad de crédito la beneficiada a su costa. Además, se evidencia mala fe a la hora de presentar las cláusulas al consumidor, en tanto que este considera que le cubren (cuando no es así) ni, probablemente, se le habrá presentado un cálculo del beneficio o perjuicio que le supone la inclusión de la cláusula suelo para poderla aceptar o rechazar la oferta (por ejemplo, yéndose a otra entidad de crédito). No conoce, por lo tanto, el alcance del «sobreprecio real» con el que le carga la entidad de crédito por dejarle dinero a tipo variable. No es un tema de libre mercado ni de asimetría en sí misma (reiteramos, las cláusulas techo y suelo obedecen a razones distintas, de manera que no tienen que ser necesariamente simétricas, pero sí al menos probables) sino que es un tema de transparencia de la información y deficiente formación de la voluntad de manera que impide al consumidor comparar las ventajas de esa oferta con otras ofertas de la misma (ejemplo, un préstamo sin cláusula suelo) o de otra entidad de crédito, mala fe a la hora de presentar el producto al consumidor en ello y de falta de reciprocidad de derechos y obligaciones de las partes (art. 82.1 del RDL 1/2007) (57).

A no ser que pruebe lo contrario, nada apunta a que la tranquilidad que le aporta al acreedor la cláusula suelo se haya trasladado a mejores condiciones en el préstamo hipotecario o, al menos, que ello quede suficientemente cuantificado para que así —ahora sí— el consumidor pueda decidir si a cambio de un X por 100 menos de tipo de interés, está de acuerdo en cubrir Y riesgo a la entidad de crédito. La relación no está entre el binomio suelo-techo sino entre suelo y beneficio que ello reporta al deudor en las condiciones del crédito.

(56) LLAMAS POMBO, Eugenio, «Comentario al artículo 10.bis LGCU», en LLAMAS POMBO, Eugenio, *Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, Madrid, 2005, La Ley, págs. 309 y 310.

(57) Según la STJCE de 3-6-2010, el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, de la que proviene la protección de consumidores y usuarios, no puede servir de escollo para que el derecho nacional pueda considerar como abusivas más cláusulas, como aquellas en que hay una desproporción entre el precio y la retribución. Lo hace en los siguientes términos: «los artículos 2 CE, 3 CE, apartado 1, letra g), y 4 CE, apartado 1, no se oponen a una interpretación de los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva según la cual los Estados miembros pueden adoptar una normativa nacional que autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible».

En relación a la conformación adecuada de la voluntad en relación a las cláusulas suelo, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial de 31-3-2011 prevé que estas puedan existir, al recogerlas en la Sección 2.^a (2), en sede de la *Ficha Europea de Información Normalizada* (FEIN) en su apartado de «Características principales del préstamo», en los siguientes términos: «En esta sección se explicará también si el tipo de interés es fijo o variable y, en su caso, los periodos durante los cuales será fijo, así como la periodicidad de las revisiones posteriores y la existencia de límites a la variabilidad del tipo de interés, ya sean máximos o mínimos». Ello corrobora que, *per se*, las cláusulas suelo no tienen por qué ser nulas. Sin embargo, su «reconocimiento» en la Propuesta se imbrica en el FEIN, cuya utilidad y necesidad en el ámbito del crédito hipotecario viene previsto en el artículo 9.2 de la Propuesta, en los siguientes términos: «Los Estados miembros garantizarán que el prestamista y, en su caso, el intermediario de crédito, sin indebidas demoras, una vez que el consumidor haya facilitado la información que se precise sobre sus necesidades, su situación financiera y sus preferencias, conforme a lo dispuesto en el artículo 14, proporcionen a este la información personalizada que resulte necesaria para comparar los créditos disponibles en el mercado, valorar sus implicaciones y adoptar una decisión fundada sobre si debe o no celebrar un contrato de crédito. Esta información, en papel o en cualquier otro soporte duradero, se facilitará mediante la ficha europea de información normalizada (FEIN), que figura en el anexo II». Por lo tanto, la Propuesta ratifica lo que venimos argumentando hasta ahora: las cláusulas suelo deben regirse por la transparencia de lo que implican, hasta el punto de que la información provista debe ser personalizada (según el nivel de conocimientos sobre créditos del consumidor, art. 11.1 de la Propuesta), la que resulte necesaria para comparar otras ofertas de crédito de otras entidades (aquí es donde es importante el modo de presentar las cláusulas suelo, es decir, en cuánto es previsible que pueda verse perjudicado el consumidor debido a dicha cláusula), la suficiente para que el consumidor pueda valorar sus implicaciones (esencial para las cláusulas suelo para el consumidor; mostrarle en cuánto se beneficia gracias a su presencia, mostrando cuáles serían las condiciones del crédito sin ellas) y la información debe ser provista por personal especializado (art. 6 de la Propuesta; ello es especialmente relevante para los *swaps* (58) pero también es importante para las cláusulas suelo).

Por lo tanto, a nuestro juicio, deben darse los siguientes requisitos para admitir la nulidad de una cláusula suelo por abusiva:

1. Que se ha presentado al consumidor como si tuviera la misma naturaleza que una cláusula techo y, normalmente, junto a esta, cuando ambas no

(58) Vid. *infra*.

tienen nada que ver. Así, la primera, si bien es cobertura para el consumidor, es irreal (no hay beneficio efectivo para el consumidor); mientras que la segunda es precio y cobertura para la entidad de crédito, y es más factible. Al presentarse conjuntamente —normalmente como algo beneficioso para el consumidor, que tiene su contrapartida «equivalente» para la entidad de crédito—, no se está siendo transparente ni se está actuando de buena fe.

2. Como las cláusulas suelo son precio y cobertura de la entidad de crédito, deberían ser explicadas como tales al consumidor e indicarle de qué modo estas conforman el precio final del préstamo, es decir, a qué tipo de interés le ofrecería el préstamo —o si se lo ofrecería— de no existir tal cláusula. Así, podrá el consumidor comparar la oferta que se le hace con otras existentes y qué beneficio real le aporta la cláusula, para así formar adecuadamente su voluntad.

Por último, un motivo que pueden alegar las entidades de crédito —y es otro argumento del aludido informe del Banco de España de mayo de 2010— es que las cláusulas suelo son fácilmente comprensibles por parte de los prestatarios, incluso cuando estos sean consumidores. A ello coadyuva que su inclusión normalmente en la escritura de préstamo hipotecario podía (y debía) ser controlada en su legalidad, al menos en el plano teórico [art. 145 del D 2-6-1944, Reglamento Notarial (59); también el art. 81.2 del RDL 1/2007], por el notario que la llevaba a cabo, más allá, naturalmente, de no admitir en la escritura la inclusión de cláusulas que ya hayan sido declarado abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación (art. 84 del RDL 1/2007) (60).

Sobre el control de legalidad se pronunciaron recientes RRDGRN y, en concreto, la RDGRN de 28-2-2007 (61) señalando que: «Y es que no se debe olvidar, desde esta perspectiva, que a los efectos de documentar el acto o negocio jurídico, el notario controla la legalidad del mismo. Ese control, calificación o juicio de legalidad en terminología del Tribunal Constitucional (STC 207/1999, de 11 de noviembre) no es una mera adecuación en el sentido de encaje en

(59) *BOE* de 7 de julio de 1944, núm. 189.

(60) Así lo da a entender PÉREZ HEREZA, Juan, «La importancia de la transparencia de las condiciones financieras. Cláusula de amortización anticipada», en *El Notario del siglo XXI*, Colegio Notarial de Madrid, núm. 16, vol. 2, noviembre-diciembre de 2007, pág. 26, cuando señala que: «Con este precepto [art. 10.6 LGCU, antecedente del art. 84 del RDL 1/2007] la ley parece reconocer implícitamente que el Notario no debe denegar su intervención en otros supuestos de cláusulas que a su juicio pudieran ser abusivas. En la práctica hay que reconocer que el Registro de Condiciones Generales de la Contratación ha sido un fracaso, y prueba de ello son los escasos depósitos e inscripciones que se han realizado en el mismo y el nivel mínimo de consultas de este registro».

(61) *RJ* 2007/5273.

el ordenamiento jurídico —lo que de por sí tendría gran trascendencia—, sino algo más, esto es, que resulta plenamente conforme a dicho ordenamiento. Así, la presunción de legalidad implica que el documento notarial goza no solo de autenticidad formal sino también material. Y ello es así porque el Notario es un funcionario público especialmente habilitado para garantizar la estricta observancia de los presupuestos básicos previstos por las Leyes para que la apariencia documental responda a la verdad e integridad del negocio o acto documentado. Así, el Notario ha de asesorar de forma imparcial para que las partes presten su consentimiento debidamente informado; ha de explorar la voluntad de las partes para, siguiendo sus instrucciones, conformarla y que la ratifiquen como suya; ha de controlar la regularidad del negocio y sobre todo ha de realizar una valoración de los fines perseguidos por si estos fuesen simulados o fraudulentos; ha de controlar la legalidad vigilando el cumplimiento de las normas con especial tutela de los intereses generales y públicos; y por último autoriza el documento con arreglo a la forma prevista por las Leyes. Por todo ello, la Ley otorga al documento notarial efectos legitimadores tanto desde el punto de vista formal como material». La DGRN basa tal opinión en los artículos 1218 del Código Civil, artículos 1, 17.bis y 24 de la Ley 28-5-1862, del Notariado (62), y el propio artículo 145 del Reglamento Notarial. Además de todo ello, la Orden Ministerial de 5-5-1994 (63), en su artículo 7.3.2.c) obliga a que: «En cumplimiento del Reglamento Notarial y, en especial, de su deber de informar a las partes del valor y alcance de la redacción del instrumento público, deberá el Notario: [...] c) Que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés. En particular, cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja, el Notario consignará expresamente en la escritura esa circunstancia, advirtiendo de ello a ambas partes».

A pesar de todo ello, la STS de 16-12-2009 (64) ha revelado que se habían insertado muchas cláusulas, que luego han resultado ser abusivas, en escrituras de préstamos hipotecarios, algunas de las cuales eran realmente clamorosas por lo evidentemente perjudiciales para el consumidor, como el derecho que se reservaba la entidad de crédito a rescindir el contrato de préstamo por cualquier causa (art. 1256 CC) o la prohibición de la venta del bien hipotecado (lo que va directamente contra lo que es la causa de la hipoteca —causa únicamente de garantía y no de otorgamiento del dominio, que permanece en manos del hipotecante— y lo que representó un avance frente a figuras como la dación en garantía o el *pignus*).

(62) RCL 1938/201 nota.

(63) BOE de 11 de mayo de 1994, núm. 112, pág. 14444.

(64) RJ 2010/702.

Las primeras consecuencias a raíz de la tendencia judicial a inadmitir las cláusulas suelo es que diversas entidades [CAJAMAR (65), BBVA (66) y NOVACAIXAGALICIA (67)] ya han anunciado públicamente que las dejarán de utilizar en sus contratos de préstamos hipotecarios.

3.1.2. Los swaps de tipo de interés

Las permutas financieras o *swaps* (etimológicamente, «intercambio») son productos financieros derivados, es decir, que su valor depende de otro valor de referencia. Los *swaps* provocan una técnica financiera de *hedge* u ocultación para paliar o minimizar determinados riesgos que son asumidos por el otro contratante (la *swap counterparty*) a cambio de que el primero asuma los riesgos del segundo o a cambio de otra prestación. Estos riesgos suelen ser el de oscilaciones de moneda, el de tipo de interés —como el del caso que nos ocupa— o el de incumplimiento contractual.

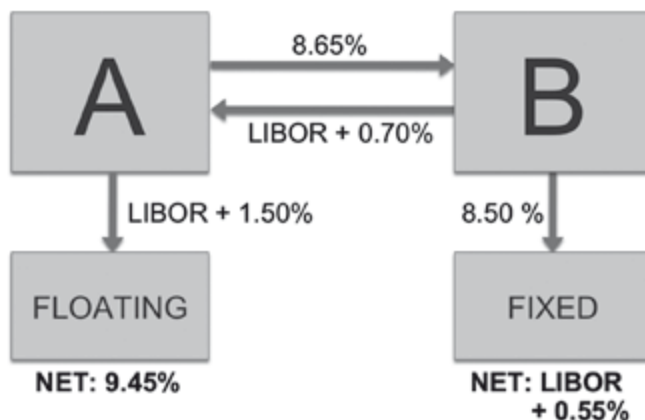


FIGURA 2. Una estructura básica de *interest rate swap*.
Fuente: Suicup, Creative Commons.

Según el Anexo II del «Contrato Marco de Operaciones Financieras 2009», de la Asociación Española de Banca (68), «permuta financiera de tipos de inte-

(65) <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/03/02/suvienda/1299063699.html>.

(66) <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/03/02/suvienda/1299085237.html>.

(67) <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/03/03/suvienda/1299165183.html>.

(68) Puede hallarse en <http://www.aebanca.es/es/Deinteréssectorial/ContratoMarco-deOperacionesFinancieras/index.htm>.

rés» es «aquella Operación por la cual las Partes acuerdan intercambiarse entre sí el pago de cantidades resultantes de aplicar un Tipo fijo y un Tipo variable sobre un Importe Nominal y durante un Periodo de Duración acordado».

El *swap* comporta un «intercambio» entre la obligación que se tiene por la que se desea tener; es un intercambio de dinero a futuro (flujos de cobro y pago recíprocos).

Así, el caso típico que aquí analizamos, es que el prestatario A está interesado en contratar un préstamo lo más estable posible en cuanto a tipo de interés pero a precio de préstamo a tipo de interés variable (dado que el fijo es excesivamente oneroso; este ha sido el caso normal en los años del boom inmobiliario); es decir, tiene un préstamo a tipo variable pero desearía tener uno a tipo fijo o, al menos, uno lo más estable posible. Es por ello que la propia entidad de crédito prestamista (o bien una tercera) se le ofrece como contra-parte para satisfacerle la diferencia entre un tipo de referencia pactado previamente (este es el «tipo fijo» que prefiere el cliente) y hasta lo que este aumente en una periodicidad prefijada (por ejemplo, mensual), haciéndole los pagos que correspondan. A cambio, la contraparte en el *swap* (la entidad de crédito) recibirá del prestatario la diferencia entre el valor de referencia (referenciado a algo conocido por las partes) y el valor inferior a este en cada momento pactado. Es decir, en general, si el Euribor supera un determinado valor pactado, el prestamista satisfará al prestatario la diferencia; si, en cambio, baja, será este quien satisfaga a la entidad prestamista la diferencia. Con ello la entidad de crédito se asegura, también, un flujo seguro que no bajará del valor pactado, de manera que podrá hacer frente a su propia deuda emitida a interés fijo, como las cédulas hipotecarias, que están directamente vinculadas con su *pool* de créditos hipotecarios según el artículo 12 LMH, al tiempo que se asegura unos ingresos mínimos.

Dado este funcionamiento, las características de un contrato de *swap*, que determinan su naturaleza jurídica, son:

- a) Contrato atípico, válido conforme al artículo 1255 del Código Civil. Así lo califican, por ejemplo, las SSAP de Asturias, de 27-1-2010 (69) y 23-7-2010 (70), y la SAP de Álava, de 26-1-2011. No obstante, debe conocerse que en el ámbito del mercado hipotecario aparecieron por primera vez previstos legalmente en los artículos 12.2, 13.2 y 14.1 LMH en su versión tras la Ley 41/2007 y algunos ejemplos, como los de tipo de interés y el de oscilaciones de moneda, aparecen en el artículo 20 del RD 716/2009, de 24 de abril (71) (en adelante,

(69) AC 2010/6.

(70) JUR 2010/302423.

(71) BOE núm. 107, de 2-5-2009, pág. 38490.

RMH), todos ellos utilizados como *credit enhancements* para aumentar la calidad de la cobertura de los valores hipotecarios y, en definitiva, cubrir posibles desfases de ingresos y gastos en el *stream of cash* entre lo ingresado por la entidad de crédito por amortizaciones de créditos hipotecarios y lo debido por los valores. De manera que si bien las decisiones judiciales lo consideran un contrato atípico, lo es «impropiamente» en tanto que innova al utilizar los *swaps* con los prestatarios y no con contra-partes elegibles [art. 20.c) del RD 716/2009, en relación al art. 78.ter LMV].

- b) Es consensual, bilateral, generador de recíprocas obligaciones y sinagmático, de manera que genera una interdependencia de prestaciones, actuando cada una como causa de la otra. Así, ambas partes se obligan a liquidar periódicamente, normalmente mediante compensación, ciertos pagos a favor de uno o de otro de los contratantes.
- c) Es complejo, en base al artículo 79 bis.8 LMV, es decir, que aunque la iniciativa de contratarlo parta del cliente, este debe llevar a cabo el «test de conveniencia» del artículo 73 del RD 217/2008, de 15 de febrero (72), para comprobar la adecuación del producto a su perfil de cliente (73). En la SAP de Asturias, de 16-12-2010 (74), no se llevó a cabo el test. Esta ausencia de determinación del perfil del cliente se tuvo en cuenta para confirmar la sentencia anulando por existencia de error el contrato de gestión de riesgos financieros con BANKINTER en la SAP de Burgos de 10-11-2010 (75). En cuanto a la aplicación de la normativa MiFID para los *swaps* de tipo de interés con prestatarios, la posible duda de que no se aplicase por considerarse un derivado embebido en el préstamo hipotecario, ha quedado disipada por la Comisión Europea, que sí que admite su aplicación al tratarse de un contrato independiente (76).
- d) La diferencia en las obligaciones de uno y de otro es generada porque uno (el prestatario) se somete al pago resultante de un referencial fijo de interés, mientras que el otro (generalmente el prestamista, aunque no necesariamente porque puede ser un tercero) lo hace a uno variable. Tiene cierto carácter aleatorio, de incertidumbre o especulativo [SAP

(72) BOE de 16 de febrero de 2008, núm. 41, pág. 8706. Vid. *infra*.

(73) Ver Figura 3 *infra*.

(74) JUR 2011/62409.

(75) AC 2010/1918.

(76) Ver <http://ec.europa.eu/yqol/index.cfm?fuseaction=question.show&questionId=842>. Ver la discusión en REDONDO TRIGO, FRANCISCO, «La nulidad absoluta de los derivados financieros por incumplimiento de la normativa MIFID», en RCDI, núm. 723, pág. 629. Para más sobre MiFID, vid. *infra*.

de Cáceres, de 18-6-2010 (77); SAP de Zaragoza, 26-10-2010 (78); SAP de León, de 21-1-2011, y SAP de Álava, de 26-1-2011], pero no en el sentido del artículo 1799 del Código Civil (pura apuesta basada únicamente en el azar, lo que podría no admitirse) sino que su causa reside en el intercambio de prestaciones para disminuir la exposición al riesgo de tipo de interés de ambas partes y no a voluntad de uno de ellos (art. 1256 CC) sino uno a tipo fijo y el otro a tipo referenciado (que es público y conocido por ambos, como el Euribor). Tiene también cierto carácter de futuro o de condición, dado que las obligaciones irán naciendo para las partes según elementos futuros de acaecimiento cierto (oscilaciones del Euribor en determinados momentos) pero de contenido incierto (no se sabe si aumentará o disminuirá conforme al tipo fijo concertado), sin menoscabo de lo que comentamos *infra* en relación a la asimetría de la información. Por último, tiene también cierto componente «asegurativo» (SAP de Valencia, de 6-10-2010) (79), porque ambas partes en el *swap* pretende cubrirse sus respectivos riesgos. Sin embargo, no puede ser considerado como un contrato de seguro por dos motivos: primero, porque no cumple el requisito del artículo 1 de la Ley 50/1980, de asegurar a cambio de cobro de prima; y, sobre todo, vistos los derechos y obligaciones de las partes en conjunto, el *swap* genera en sí un riesgo de tipo de interés (mitiga uno creando otro), porque dependiendo si sube o baja el tipo referenciado (por ejemplo, al Euribor) este siempre creará un diferencial de interés en relación al tipo fijo prefijado, de manera que casi siempre generará obligaciones para una de las partes basándose en esta «alea» o, si se prefiere, riesgo, de manera que tiene un alto componente especulativo, que, en cualquier caso, debe combinarse con el mencionado carácter «asegurativo».

La problemática se ha multiplicado a raíz de que su comercialización se llevó a cabo por parte de las entidades de crédito españolas en un periodo claramente alcista del Euribor (de marzo de 2007 a octubre de 2008 —al 5,38 por 100—, momento en que llegó a su máximo histórico desde su introducción en 1999; ver Figura 1 *supra*) seguida de una prominente caída que aún se sostiene hoy, de manera que las mayores beneficiadas han sido las entidades de crédito, mientras que los prestatarios siguen satisfaciendo partidas en base al diferencial.

Es por ello que algunos de los que contrataron estos *swaps* están intentando su nulidad con dispar éxito. A día de hoy (80) pueden hallarse recogidas al

(77) AC 2010/1070.

(78) JUR 2010/412347.

(79) JUR 2011/43412.

(80) 15 de marzo de 2011.

menos 200 sentencias (81) en las que se discute la validez o no de los contratos de *swap* tanto en relación a particulares como en relación con empresas. El análisis que realizamos de ello es el siguiente:

- a) La argumentación y, a menudo, los resultados son diferentes si el prestatario se trata de un consumidor o si no lo es. Ante la duda de quién se considera consumidor en el ámbito de productos financieros, del artículo 3 del RDL 1/2007 se extrae que una empresa no puede ser consumidora —ni beneficiarse en consecuencia— porque en este tipo de contratos está actuando en el ámbito de su actividad empresarial [STS de 9-6-2009 (82), en interpretación del precepto] ya que se trata de determinar la financiación de dicha actividad. De este modo, tenemos:

* Si se trata de un empresario que necesita financiación (y, por lo tanto, no es consumidor) habrá que recurrir a las normas generales de Derecho Civil y, a partir de 2007 a que la información que se haya proporcionado esté de acuerdo con la nueva normativa MiFID que alteró la LMV. En cuanto a los recursos en Derecho Civil, uno común es recurrir al error obstativo, señalando que no se conocía qué es lo que se estaba contratando. Así, la SAP de Ávila, de 9-9-2010, señala que no necesariamente siempre hay error invalidante u obstativo (art. 1266 CC) del contrato (celebrado entre una entidad de crédito y una empresa) porque «el TS sienta como doctrina que para que el error pueda invalidar el contrato por defecto de consentimiento, es preciso que se derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar (vid., por ejemplo, SSTS de 6 de febrero y 18 de abril de 1978, 6 de febrero de 1999, 12 de julio de 2002, 24 de enero de 2003, 17 de febrero de 2005 y 17 de julio de 2006); y también es preciso que no sea imputable a quien lo padece (vid. SSTS de 22 de mayo de 2006 y 12 de diciembre de 2005), y que, además, sea excusable, entendiéndose que no lo es cuando pudo ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular, no mereciendo la protección legal quien prestó su consentimiento de forma negligente, pudiendo haber rechazado el contrato». También es posible recurrir al dolo del artículo 1269 del Código Civil, que sí fue admitido, por ejemplo, en la SAP de Álava, de 18-1-2011.

* Para consumidores, en cambio, la SAP de Jaén, de 27-3-2009, utiliza la LGCU en relación a las cláusulas no negociadas individualmente (art. 10), hoy en el artículo 80 del RDL 1/2007, a pesar de que las

(81) Están, algunas de ellas a texto completo, en la web <http://asuapedefin.wordpress.com/sentencias/todas/>, dedicada precisamente a los *swaps*.

(82) *RJ* 2009/3386.

cláusulas del *swap* en cuestión no pudiesen ser consideradas como abusivas (art. 10.bis LGCU o art. 82 del RDL 1/2007). El Tribunal acordó la nulidad de las cláusulas y, por su entidad, la nulidad de todo el contrato con la consiguiente restitución recíproca.

* Y, finalmente, tanto para consumidores como para no consumidores, los Tribunales pueden y, de hecho, en ocasiones recurren ya, a las MiFID. En este contexto se supera la dicotomía consumidor-no consumidor y, en su lugar, utiliza la terminología de «minoristas» en contraposición a los profesionales y a las contrapartes elegibles (arts. 78.bis y 78.ter LMV). Así, se recurre a los artículos 79.1 y 79.bis (en su punto 8 en relación con el art. 2.2 LMV estipula que los derivados financieros son productos «complejos») LMV sobre la información necesaria para comercializar productos financieros en contratos de adhesión. También al RD 629/1993, de 3 de mayo (83) y al RD 217/2008, de 15 de febrero (art. 64.1, sobre información de productos financieros), que deroga al primero y desarrolla a la LMV en relación a la MiFID, introduciendo en sus artículos 72 y 73 los denominados «test de idoneidad» y «test de conveniencia» (84).

b) Sobre la suficiencia y claridad de la información.

* Los *swaps* pueden articularse de manera compleja, poco transparente para el prestatario que ve cómo, en su cuenta corriente, a veces le efectúan ingresos a cuenta del *swap* (cuando el interés sube más allá del techo pactado) pero a veces ve cómo le efectúan cargos (a favor de la entidad de crédito). A pesar de que se le advierta —por parte de la *swap counterparty*, normalmente el prestamista— que ello puede ser así, debe hacerse de manera que:

- se explique perfectamente cuándo el cliente tiene derecho a cobrar y cuándo deberá pagar (no es suficiente, en general, vincularlo a las «condiciones de mercado»);
- que debe buscarse la comprensión, en caso de consumidor, de las consecuencias económicas del producto financiero [ambas en la SAP de Burgos, de 3-12-2010 (85)].
- La información debe proveerse en un lenguaje sencillo, dado que la utilización de un lenguaje técnico financiero provoca la falta de transparencia del contrato, como en la SAP de Valencia, de 6-10-2010, dando lugar al vicio de error en el consentimiento.

(83) BOE de 21 de mayo de 1993, núm. 121, pág. 15389. Los artículos 4 y 15 de la norma preveían cómo debía proveerse de información a los clientes.

(84) Vid. *infra*. su funcionamiento.

(85) AC 2010/2397.

- El prestamista (u otra *swap counterparty*) tiene un deber de información riguroso y adaptado a las características de la operación a contratar de la persona a quien se dirige.
 - Prioridad absoluta al interés del cliente aportándole la máxima información tanto en sede contractual como extracontractual en base a la buena fe (art. 7 CC y art. 79 LMV), a pesar de que no tiene por qué tener deber de fidelidad en relación a este porque sus intereses son contrapuestos (en tanto que contrato sinalagmático) (SAP de Asturias, de 27-1-2010, que se refiere a tomar las decisiones sobre inversiones con «conocimiento de causa»).
 - Deber de continuar informándolo de aquellos aspectos del mercado que afecten a sus obligaciones con el producto (oscilaciones del mercado bursátil o, en nuestro caso, oscilaciones en el Euribor; ello en base a los arts. 255 y 260 CCom.). Ver la SAP de Asturias de 16-12-2010.
- * Todas estas precauciones son necesarias en tanto que los *swaps* se han venido utilizando tradicionalmente entre profesionales o, incluso, con contrapartes elegibles, para intercambiarse (es el «efecto espejo» al que se refiere la SAP de Asturias, de 27-1-2010) las obligaciones de las que son responsables porque sus intereses eran recíprocos; mientras que en la casuística aquí estudiada se han llevado a cabo con minoristas o, incluso, con consumidores, cuyo interés en el producto debe quedar bien definido en relación a la información que se le provee y comprende para admitir que, aparte del interés de la entidad de crédito, también existía un interés por parte del consumidor o minorista.
- * En cuanto a la carga de probar la suficiencia y claridad de la información. De la combinación del contrato de adhesión y de la facilidad probatoria que preconiza el artículo 217 LEC, desprende la SAP de Burgos, de 3-12-2010, que es la entidad de crédito la que debe probar que ha cumplido con los deberes de información necesarios según la legislación vigente. De la misma opinión es la SAP de Asturias, de 16-12-2010, incluso siendo la prestataria una empresa, la cual añade que la diligencia que le es exigible no es la de un buen padre de familia sino la del ordenado empresario y representante leal, en defensa de los intereses de sus clientes.

La casuística en relación a la suficiencia, claridad, precisión y comprensión de la información en relación a los *swaps* es diversa. A continuación recogemos algunos ejemplos:

- En la SAP de Asturias, de 27-1-2010 (*swap* de tipos de interés) se consideró que existía asimetría informativa entre el prestamista y el prestatario de manera que este no pudo asumir el riesgo con plena consciencia.
- Muy reveladora de la realidad comercial sobre la materia es la SAP de Álava, de 18-1-2011, que relaciona, a nuestro juicio muy acertadamente, la naturaleza jurídica del contrato de *swap* con la información que se facilitó al prestatario no-consumidor. El prestatario consiguió demostrar que se le había ofrecido como un «seguro» para «cubrirse» o «protegerse» de subidas de tipo de interés, en lugar de ofrecerlo como lo que realmente es, «un contrato aleatorio, una especie de apuesta con el banco sobre la tendencia de los tipos». Si este hubiera sido el caso, difícilmente las entidades de crédito (BANESTO en este caso) podrían comercializar estos productos, dado que difícilmente nadie apostaría contra una entidad de crédito, mucho mejor informada que el cliente de cuál sería la evolución del Euribor; es un claro supuesto de asimetría informativa del que la entidad de crédito toma ventaja. Ello vino aderezado con que el contrato fue firmado a iniciativa de la entidad de crédito, que se ocultaron al cliente las consecuencias negativas que tenía el producto financiero y que esta insistió en repetidas ocasiones mediante sus comerciales, de manera que se produjo un vicio de la voluntad a base de maquinaciones insidiosas, es decir, dolo [SSTS de 5-5-2009 (86) y 5-3-2010 (87)]; esta última señala que el dolo puede ser «de carácter positivo o ser de tipo negativo en el sentido de la reticencia o silencio ante una situación que razonablemente podía pensarse lo contrario»; la primera habla del «dolo por omisión» de aquel que «calla u oculta, no advirtiendo debidamente de hechos circunstancias influyentes o determinantes para la conclusión contractual». La estimación del dolo (88) provocó la nulidad del contrato de permuta financiera en base a los artículos 1269 y 1270 del Código Civil.
- En la SAP de Jaén, de 27-3-2009, se destaca que el hecho que el cliente tuviera contratados otros productos financieros con la entidad no quiere decir que comprenda necesariamente los extremos del *swap* en cuestión.
- Por su parte, la SAP de Burgos, de 10-11-2010, señala que no es suficiente con advertir al cliente que este «conoce y acepta que los instrumentos financieros que suscribe, conllevan un cierto grado de riesgo derivado de factores asociados al funcionamiento de los mismos, como la volatilidad

(86) *RJ* 2009/2907.

(87) *RJ* 2010/2390.

(88) Con la concurrencia de requisitos (STS de 13-12-2000, *RJ* 2000/9333; entre otras): ser grave, que no sea imputable a quien lo sufre, no poder superarse según la diligencia media y la buena fe.

o la evolución de los tipos de interés de manera que, en caso de que la evolución de esos tipos de interés sea contraria a la esperada o se produzca cualquier supuesto extraordinario que afecte a los mercados, se podría reducir e incluso anular el beneficio económico esperado por el cliente en el presente contrato». Así, no considera el Tribunal que sea suficientemente clarificador lo de «un cierto grado de riesgo», que se omite hablar de que los tipos de interés pueden «subir o bajar» y en cambio utiliza términos como «volatilidad» o «evolución de los tipos» y que también se omite el decir claramente al cliente que si se da una circunstancia en que el interés baja por debajo de lo esperado deberá pagar el cliente, lo que reviste con términos como «sea contraria a la esperada» o «podría reducir o anular el beneficio económico». A ello se añade la cláusula de que el banco puede revocar la oferta por circunstancias «a juicio del banco» descartando que el cliente pueda exigir su cumplimiento y que no se explicitan cuáles son las «condiciones de mercado» que pueden dar lugar a que sea el cliente quien pague o quien reciba.

- c) Sobre el desequilibrio que causa el *swap* entre las partes, de manera que no representa ventaja alguna para el cliente, como en el caso de la SAP de Álava, de 7-4-2009 (89). En este supuesto se trataba de un *swap* para cubrir el riesgo de oscilación monetaria, con la circunstancia de que el Tribunal consideró como oscuras las cláusulas en las que se explicaba qué sucedía si el dólar subía, reseñando incluso que el director reconoció que no comprendía alguna de las cláusulas del contrato. Ello provocó la nulidad del contrato.
- d) A ello hay que añadirle una relevante diferencia en relación a las cláusulas suelo y en torno a la cuestión del grado de protección del consumidor. Mientras estas se encuentran normalmente incorporadas en el contrato de préstamo hipotecario el cual, al menos en el plano teórico, pasaba el juicio de legalidad notarial, los contratos privados *swap* eran un contrato aparte que no necesariamente debían sujetarse a tal juicio, a pesar de que a menudo los *swaps* estaban vinculados a los contratos de préstamos hipotecarios (como así lo señala la SAP de Jaén, de 27-3-2009). De este modo, el consumidor podía estar aún menos informado por persona independiente en relación a su funcionamiento.
- e) Debe finalizarse esta explicación con lo que se refiere al consentimiento prestado. En la SAP de Pontevedra, de 16-7-2010 (90) se consideró que el cliente no había prestado consentimiento en un segundo

(89) AC 2009/995.

(90) JUR 2010/296134.

contrato porque solo constaba firmada la última página, desconocía el contenido del contrato y el anterior contrato sí venía firmado en todas sus páginas.

En consecuencia, dada la mayor complejidad de los *swaps* en relación a las cláusulas suelo, que ha comportado su calificación como productos complejos en el artículo 79.bis.8 en relación al artículo 2.2 LMV, su comercialización debe ser muy transparente para el cliente, especialmente si este ha sido clasificado como minorista (arts. 61 y 62 del RD 217/2008), con especial atención a la información que deben proveer de tratarse de un producto financiero (arts. 64, 65, 66 del RD 217/2008), más cuando este no es sometido a control de legalidad notarial (como es el caso de las permutas financieras). Si esta información no ha sido veraz, clara, comprendida por el cliente, completa (riesgos, volatilidad, adecuada para el tipo de cliente, aceptada conscientemente por este, antes del contrato en la firma de este y mientras este dure, adecuado asesoramiento, etc.) el consentimiento está viciado. Si ha existido maquinación para que el cliente contrate por parte de la entidad, estaremos antes un caso de dolo que puede llegar a ser invalidante (arts. 1269 y 1270 CC) y si el cliente no se ha formado una idea clara y consciente del producto financiero podemos llegar a estar en un caso de error obstativo que da lugar a la anulabilidad del contrato [art. 1266 CC y STS de 25-2-1995 (91)]. Si el cliente es un consumidor, puede beneficiarse o bien de la regulación de las cláusulas no admitidas individualmente a negociación (art. 80 del RDL 1/2007, que se les exige: concreción, claridad y sencillez, posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos no facilitados, buena fe, accesibilidad y legibilidad de manera que se permita al consumidor conocer el contenido del contrato antes de celebrarlo) o, en su caso, de las cláusulas abusivas (por ejemplo, si el *swap* no representa ventaja alguna para el consumidor, lo que lleva a desequilibrio del art. 82 del RDL 1/2007). En ambos casos podrá promover la nulidad del contrato.

3.2. *La información como determinante de la responsabilidad por pérdidas por inversión en productos bancarios: información vs comprensión. El entorno MiFID y el deber notarial*

Este nuevo «marco regulatorio» en torno a la información que hemos analizado en relación a los *swaps* puede aplicarse a cualquier producto financiero, ajustándola a si es complejo o si no lo es y al tipo de cliente al que se le ofrece.

(91) *RJ* 1995/1643.

Así, a raíz de la primera y más relevante quiebra internacional a raíz de la crisis que comenzó en 2007, la de Lehman Brothers, algunos particulares entablaron demanda porque les fueron ofertados unos productos vinculados a dicha entidad, los popularmente conocidos como «credit-link». Los tribunales han entendido que el nivel de información y de comprensión ha sido importante para determinar la validez o no del contrato en cuestión. Así:

- En la SAP de Valencia, de 2-6-2008 (92), dos consumidoras compraron 150 participaciones preferentes de Lehman Brothers, sufriendo grandes pérdidas. Se desestimó demanda de nulidad porque el tribunal consideró que si cambiaron una inversión a plazo fijo por estos valores, asumían más riesgo, incluso su cotización en bolsa, con la posibilidad de pérdidas que ello conllevaba.
- No obstante, en la SJPI, número 1 de Madrid, de 2-9-2009 (93), se condenó a la entidad de crédito porque no se comportó como un buen mandatario o asesor al no avisar al cliente que tenía productos vinculados con Lehman Brothers cuándo era su última oportunidad de venderlos antes de la quiebra. En consecuencia, es condenada a satisfacer el 38 por 100 de su valor nominal, que era el precio al que eran vendibles en aquel momento. Es un claro caso de que la información al cliente debe ser continuada, incluso tras adquirir el producto, en relación a todo aquello que le pueda afectar. En la misma línea se encuentra la SJPI, número 1 de Badajoz, de 24-11-2009 (94).
- En la SJPI, número 71 de Madrid, de 9-6-2010 (95), por su parte, se reseña que la entidad de crédito (BANKINTER) tenía con los clientes un contrato atípico de gestión asesorada de cartera y recomendó que adquiriesen bonos estructurados de Lehman Brothers cuando ya eran conocidos los problemas de liquidez de esta, de lo que no advirtió suficientemente a los clientes ni tampoco los clasificó conforme al artículo 78.bis LMV, incumpliendo la diligencia que le exigen los artículos 79 y 79.bis LMV. Tampoco siguió informando de la situación con Lehman Brothers. La entidad de crédito es condenada vía artículo 1101 del Código Civil a daños y perjuicios correspondientes al capital invertido, más los intereses legales desde la fecha de la inversión, deducido el valor del bono de Lehman Brothers adquirido.

De ello concluimos, a su vez, que la cantidad y calidad de la información provista según el artículo 7 del Código Civil, los artículos 79 y 79.bis LMV

(92) *JUR* 2008/309955.

(93) *AC* 2009/1751.

(94) *AC* 2010/39.

(95) *AC* 2010/1150.

y 64 del RD 217/2008, adecuada a la calificación del cliente conforme al artículo 78.bis LMV (por ejemplo, minorista, profesional o contraparte elegible), al tiempo de cuál es la capacitación del cliente para comprender los riesgos inherentes al producto en concreto ofertado (arts. 72 y 73 del RD 217/2008) son la clave para que el cliente de una entidad de crédito pueda dar su consentimiento informado o consciente, que es el único relevante para hacerle único responsable por las pérdidas patrimoniales que pueda sufrir.

A nuestro entender no es más que un desarrollo específico de la doctrina del Tribunal Supremo en relación a la «teoría del riesgo» y su correlativa la «asunción voluntaria del riesgo» en diversos ámbitos de la realidad social, como es en el ámbito de la medicina con el consentimiento informado [SSTS de 24-5-1995 (96) y 22-6-2004 (97), entre muchas otras], legalizada, con el tiempo, en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de autonomía del paciente (98); o el ámbito de las actividades de riesgo [SSTS de 29-1-2004 (99) y 23-3-1988 (100)]. Los clientes, en cualquier caso, solo pueden negar la existencia de consentimiento (con la consiguiente restauración a la situación anterior) o solicitar indemnización por las pérdidas sufridas si existió una deficiente información (no hubo consentimiento consciente, comprendiendo los riesgos, como requieren los arts. 72 y 73 del RD 217/2008 del producto en cuestión) y no por el mero hecho de sufrir pérdidas, dado que ello iría contra la doctrina del Supremo en torno a que el riesgo general de la vida no es compensable [SSTS de 17-7-2003 (101), 20-3-1996 (102) y 8-10-1998 (103)], el cual es similar al riesgo de mercado (las fluctuaciones, el azar del mercado): solo si el cliente ha consentido en la alea en cuestión sin la suficiente información podrá recuperar, vía nulidad del contrato o vía incumplimiento contractual (de asesoramiento), los daños sufridos (cuantificados en el valor de la inversión, más los intereses y, en su caso, por el coste de oportunidad que ello le ha supuesto).

3.2.1. *Los negocios de prestación de servicios de inversión y de asesoramiento financiero*

El entorno MiFID (acrónimo de «Markets in financial instruments directive», la denominación de la Directiva en inglés) surge de la Directiva 2004/39/

(96) *RJ* 1995/4262.

(97) *RJ* 2004/3958.

(98) *BOE* de 15 de noviembre de 2002, núm. 274, pág. 40126.

(99) *RJ* 2004/1379.

(100) *RJ* 1988/2226.

(101) *RJ* 2003/6575.

(102) *RJ* 1996/ 2244.

(103) *RJ* 1998/7559.

CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los instrumentos financieros (104), que fue transpuesta a derecho español por Ley 47/2007, de 19 de diciembre (105), por la que se produjo una importante modificación de la LMV. Y es en estas modificaciones donde se concretan algunas medidas asegurativas de que la información facilitada al cliente bancario es suficiente para hacerle comprender el riesgo que está asumiendo. El entorno MiFID ya ha sido utilizado por los tribunales, tanto para condenar a la entidad de crédito, como para determinar si el riesgo de pérdidas fue asumido conscientemente por el cliente, tal y como sucede en la SAP de Ávila, de 9-9-2010, que concluye que el comportamiento de la entidad de crédito fue correcto, conforme a los artículos 78.bis, 79, 79.bis y 79.ter LMV, proveyendo toda la información necesaria.

Las MiFID, por lo tanto, tienen que ver con la prestación de servicios de inversión y con el asesoramiento sobre los mismos, es decir, todo lo que represente un pasivo para la entidad (y un activo para el cliente). Dependiendo de si se trata de la comercialización de un producto financiero concreto, es decir, la recepción y cumplimiento de órdenes por parte de los clientes (por ejemplo, la contratación puntual de un derivado) o de una gestión de cartera (que la entidad de crédito «maneje» como considere el dinero que el cliente le confíe para invertirlo a criterio de la entidad de crédito) o de asesoramiento financiero (que la entidad de crédito recomiende servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente, art. 72 *in fine* del RD 217/2008), deberá pasarse al cliente minorista sin experiencia o siempre que se trate de un producto complejo (106) [cuando es no complejo (107) y se vende a iniciativa del cliente, no es necesario hacer el test de conveniencia] el test de conveniencia producto por producto; o el test de idoneidad para la gestión de carteras y el contrato de asesoramiento (arts. 72 y 73 del RD 217/2008). Igualmente si aparece un nuevo producto tras un test de idoneidad, debería pasarse para dicho producto nuevo uno de conveniencia.

Se crea con la normativa MiFID un sistema de doble protección:

1. Por un lado, la pre-evaluación del cliente como minorista (no tiene por qué conocer el funcionamiento y riesgos de los productos financieros),

(104) *DOUE* de 30-4-2004, L 145/1.

(105) *BOE* de 20 de diciembre de 2007, núm. 304, pág. 52335.

(106) Son productos complejos los de los artículos 2.2 a 8 y 79.bis.8 LMV. Algunos ejemplos son los *hedge funds* o los derivados (como hemos dicho *supra* en relación a los *swaps*, pero también las opciones, los futuros, *warrants*, etc.). Entendemos que deben también tener la categoría de complejos la deuda subordinada (por su precaria prelación concursal; art. 92 LC) y las participaciones preferentes (por el mismo motivo, ya que incluso cobran por detrás de la deuda subordinada y solo antes que los accionistas; Disp. Adic. 3.^a de la Ley 19/2003, de 4 de julio, *BOE* de 5 de julio de 2003, núm. 160, pág. 26166).

(107) No se consideran complejos la contratación de valores negociables, deuda pública, fondos de inversión o las cédulas hipotecarias y territoriales y demás valores del mercado hipotecario (art. 2.1 LMV en relación con el art. 79.bis.8 LMV; sobre estos, vid. *infra*).

profesional (conoce el funcionamiento de los productos financieros y lo que entrañan) o contra-parte elegible (profesional muy cualificado y máximo conocedor del mercado, igual que el emisor). Nótese como la normativa MiFID se puede solapar con la normativa de protección de consumidores y usuarios (RDL 1/2007), pero no la sustituye: un minorista puede ser o no un consumidor (art. 78.bis.4 LMV). Así, una empresa que toma un préstamo hipotecario para financiar su actividad, bien puede ser calificada de minorista (no cumple con los requisitos para ser profesional del art. 78.bis LMV), pero difícilmente podrá ser calificada de consumidora, como se ha dicho, en base al artículo 3 del RDL 1/2007 al integrar el préstamo hipotecario en su proceso productivo (la financiación de su actividad).

2. Y, por otro, el sistema de doble test que resumimos en los siguientes esquemas. En el primero (Figura 3) se representa la relación entre el «Tipo de venta» (lo que se pretende contratar con el cliente: comercialización, contrato de asesoramiento financiero o gestión de carteras),

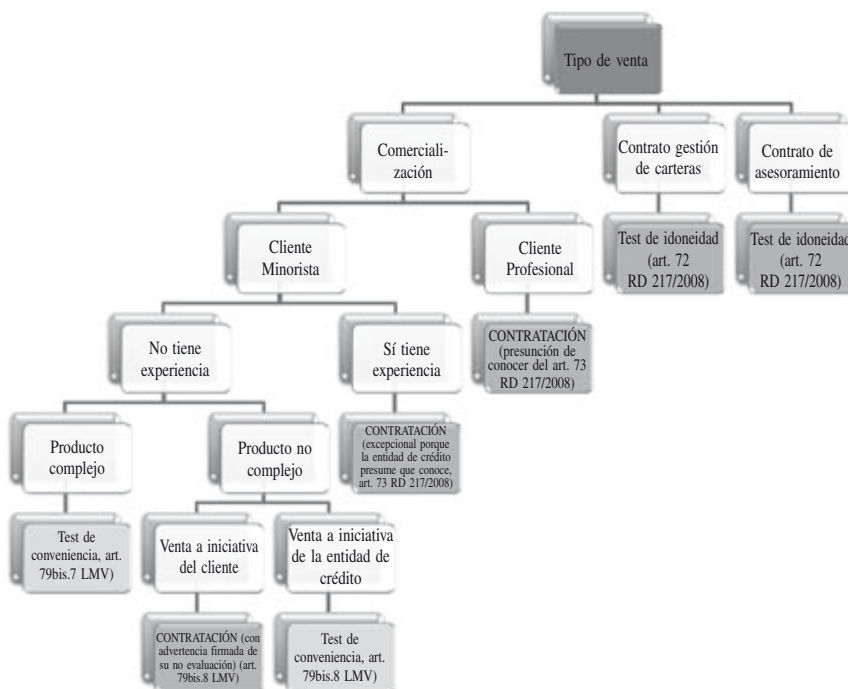


FIGURA 3. Relación entre el tipo de venta, el tipo de cliente y el tipo de producto en base a las reglas MiFID.

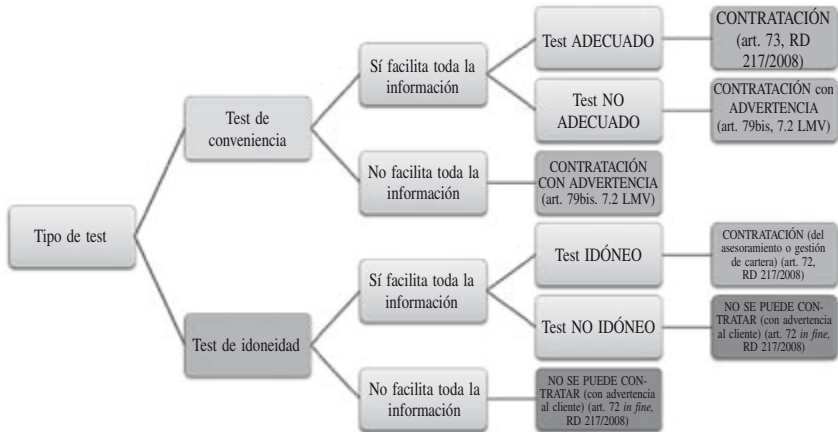


FIGURA 4. Efectos de los tests MiFID en la contratación de productos financieros.

el «Tipo de cliente» (minorista o profesional) y el «Tipo de producto» (complejo o no complejo). En el segundo (Figura 4) se representan los efectos que tiene cada tipo de test y sus resultados en relación a la contratación. Todo ello en base a, esencialmente, los artículos 79.bis LMV y 72 y 73 del RD 217/2008.

Nótese que, a nivel legal, no se permite la contratación únicamente en dos supuestos y ambos en relación al test de idoneidad —o sea, que no se permite que el cliente pueda contratar el contrato de asesoramiento o el contrato de gestión de carteras— mientras que no hay ningún supuesto de no contratación legal en el test de conveniencia, lo que significa que, al final, independientemente de si el producto es complejo o si el test ha salido como no adecuado, se permite a la entidad de crédito contratar con el cliente, advirtiéndole que no se ha podido evaluar si un determinado producto le es o no adecuado para él. Así el artículo 79.bis.7.2 LMV señala que: «Cuando, en base a esa información, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no sea adecuado para el cliente, se lo advertirá. Asimismo, cuando el cliente no proporcione la información indicada en este apartado o esta sea insuficiente, la entidad le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él». De lo que se extrae que si finalmente y a pesar de la advertencia el cliente quiere contratar, se llevará a cabo el contrato. Además, deben resaltarse dos excepciones al deber de pasar el test de conveniencia. La primera, la de cliente minorista sin experiencia de producto no complejo, pero que puede conllevar problemas de prueba en relación a quien inició la negociación, de manera que posiblemente la entidad, para evitar esto, le

pasará igual el test de conveniencia (108). Y, la segunda, la del cliente minorista que, presumiendo que tiene los conocimientos y cualificación necesarios, se reevalúe como profesional para todos o para algunos negocios (art. 78.bis LMV, especialmente su apartado 2.º, y arts. 61 y 73 del RD 217/2008) de manera que se pueda contratar directamente con él sin necesidad de test.

De todo ello puede extraerse que no estamos ante un sistema de tutela del cliente (excepto para los dos supuestos de prohibición de contratar en el test de idoneidad «no idóneo» o sin información, no se trata de «prohibir» a determinadas personas contratar determinados productos dadas sus circunstancias personales y tipo de producto) sino se trata de un sistema de transparencia, de garantía para la entidad de crédito para cubrirse posteriormente ante posibles reclamaciones —como las estudiadas hasta el momento en relación a los *swaps*— por nulidad por falta de consentimiento. Con estos tests la entidad de crédito puede conocer las circunstancias del cliente y sus conocimientos financieros de manera que, en principio, esta queda exonerada de responsabilidad —la decisión última de contratar es del cliente— y, teóricamente, el negocio relevado de todo vicio del consentimiento por falta de comprensión o de información simplemente advirtiendo que ese específico producto no es adecuado a sus intereses/conocimientos/necesidades y si, a pesar de ello, el cliente quiere contratar, contratará.

La cuestión que se planteará entonces será si con dicha advertencia es suficiente para eliminar todo vicio del consentimiento del cliente, dado que el objetivo del test de conveniencia (109) es precisamente que el cliente solo acceda a los productos cuyo riesgo comprende (que sean convenientes a sus conocimientos y experiencia inversora). A continuación planteamos los siguientes interrogantes:

- a) ¿Es el banco el más indicado para hacer comprender al cliente el alcance del producto financiero ofertado? Pensemos que la entidad de crédito es arte y parte en el negocio y lo que no se le puede pedir, ni previsiblemente ningún tribunal lo hará, es que anteponga los intereses del cliente a los suyos propios (SAP de Asturias, de 27-1-2010: «Naturalmente, a la entidad bancaria demandada no le es exigible un deber de fidelidad al actor, como cliente, anteponiendo el interés de este al suyo o haciéndolo propio»). Aunque puedan existir casos claros de *win-to-win* completamente simétricas, es evidente que la entidad de crédito únicamente diseñará y ofertará los productos que a ella le con-

(108) Así lo advierten MORENO ESPEJO, Antonio, y BUENAVENTURA CANINO, Rodrigo, «Directiva MiFID, reforma de la Ley del Mercado de Valores e implicaciones en el caso español», en *Ekonomiaz*, núm. 66, 3.º trimestre, 2007, pág. 156.

(109) De acuerdo con MORENO ESPEJO y BUENAVENTURA CANINO, *Directiva MiFID...*, pág. 156.

vengan, en tanto empresa que debe maximizar beneficios (más después de la forzosa reconversión de las cajas en bancos) y satisfacer a sus accionistas. En definitiva, ¿están las MiFID, en realidad, dando una coartada a las entidades de crédito para poder hacer negocio a través de los minoristas para evitar así que estos después puedan anular el negocio por error o dolo en el consentimiento? Y, sobre todo, ¿es esta coartada suficiente para evitarlo?

- b) Y, en concreto, ¿cuál debería ser y cuál realmente será el papel que desempeñará el empleado de banca que comercialice el producto? ¿Está realmente preparado para poder, primero, él comprender enteramente el producto y, después, saberlo transmitir claramente al cliente? (110). Esta cuestión dependerá de su preparación académica y de conocimientos (no solo económico-financieros, sino jurídicos e incluso matemáticos, además de estar al día de los indicadores más relevantes de los que dependa el producto en cuestión, como la cotización de ciertos valores, el cambio de una determinada moneda o el Euribor, etc.), aunque en los últimos tiempos se han visto en atención al público personal con un perfil más «comercial» que de conocimientos (111). Y, por otra parte, ¿cuál será su actitud personal hacia una operación en concreto? Es notorio que el empleado de banca ha venido funcionando no solo en el periodo de *boom*, sino también después del comienzo de la crisis de 2007 «por objetivos», de manera que desde el director de oficina hasta los empleados de ventanilla debían «colocar» un cierto número de productos (normalmente financieros, pero no necesariamente, puesto que a menudo se ofertaban bienes de consumo, como televisiones, ordenadores o planchas) al mes. De manera que, en cumplimiento de las MiFID, el empleado debería explicar el producto financiero, en teoría, hasta sus últimas consecuencias al cliente, así que, atendiendo a la letra y espíritu de la ley, debería decirle, por ejemplo: que puede perder mucho dinero durante un tiempo indeterminado y de manera imprevisible —por ejemplo, cláusulas suelo—; que realmente es un producto para cubrir el riesgo de la propia entidad de crédito para no hallarse en una crisis de liquidez por *mismatch* de los tipos de interés y que difícilmente funcionará para cubrir subidas de interés del cliente —por ejemplo, los comentados *swaps*—; o que realmente las cédulas

(110) Como en la SAP de Álava, de 7-4-2009, antes comentada, en la que el director de la oficina reconoció que no comprendía parte del clausulado del producto financiero que había comercializado.

(111) Esta tendencia no está de acuerdo con la normativa MiFID, según dan a entender MORENO ESPEJO y BUENAVENTURA CANINO, *Directiva MiFID...*, pág. 151. Tampoco está de acuerdo con el artículo 6 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial de 31-3-2011.

hipotecarias que le está intentando vender no son ni cédulas ni hipotecarias (112), de manera que a pesar también de su nombre no tienen garantía hipotecaria; o que las participaciones preferentes, a pesar de su nombre, son prácticamente las últimas —incluso por detrás de los créditos subordinados— en cobrar en caso de concurso de la entidad de crédito (Disp. Adic. 3.^a Ley 19/2003), etc. El cliente que escucha tales explicaciones, ¿estará dispuesto a contratar el producto que se le está ofreciendo si realmente lo llega a conocer, a comprender? Entonces el empleado se encuentra en un conflicto de intereses: entre cumplir los objetivos que le marca la entidad de crédito (colocar el número de productos de la tipología X requeridos) y ser «completamente sincero» al cliente. ¿Qué le contestará si el cliente le pregunta, posiblemente por las casi seguras dudas que le presenta el producto, «y usted que haría» (113)? Otra duda es si la obligación de información con comprensión por parte de la entidad de crédito en el marco de las MiFID es una obligación de medios o una de resultado (114): es decir, que cumplen con informar pero no responder si el consumidor no lo ha comprendido realmente (por ejemplo, firma los tests sin haber entendido realmente el producto ofertado). ¿Es este el espíritu de la Directiva y de la reforma de la LMV? Es planteable si, en algunas ocasiones, el cliente debería tener la suficiente asesoría legal y financiera independiente y suficiente en determinadas ocasiones para dar realmente su «consentimiento informado», es decir, ¿debería estar asistido por un financiero independiente de la entidad y/o por un abogado? Aunque ello pueda parecer desproporcionado, en el Reino Unido tuvo que hacerse así (asistencia de abogado independiente) para conseguir plena eficacia de una hipoteca en relación a los derechos del esposo no titular de la finca para vivir en la casa gravada y que no perdiese eficacia debido a influencia indebida o bien de la entidad de crédito o bien del esposo

(112) NASARRE AZNAR, Sergio, *La garantía de los valores hipotecarios*, Madrid y Barcelona, 2003, Ed. Marcial Pons, págs. 957 y 958.

(113) Y, dándole respuesta, ¿entrarían entonces en «asesoramiento» con las consecuencias que para ello prevé tanto el Derecho Civil general sobre responsabilidad como el artículo 17 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial de 31-3-2011, entre otras?

(114) REDONDO TRIGO, *La nulidad absoluta...*, págs. 638 y 639, lo ha calificado como una obligación de medios, «ya que la empresa de servicios de inversión responde por la realización de un juicio de valor y oportunidad sobre la inversión atendiendo a las circunstancias subjetivas del cliente, empleando en ello toda la diligencia que le es exigible, a un experto en el sector financiero». El autor sigue refiriéndose a que una ausencia de «asesoramiento» o del test MiFID implica un actuar no diligente, que conlleva nulidad absoluta conforme al artículo 6.3 del Código Civil y la STS de 22-12-2009 (*RJ* 2010/703), que declara la nulidad de depósitos bancarios por incumplimiento de normativa administrativa de proveer claridad y sencillez en el contrato.

titular/hipotecante/deudor [casos Barclays Bank Plc. v. O'Brien (115) y Royal Bank of Scotland Plc. v. Etridge (No. 2) (116)].

- c) Y, por último, ¿están todos los clientes preparados para poder contestar los test por ellos mismos o, como máximo, con una asistencia neutral y no tendenciosa por parte del empleado de banca? Pensemos que determinadas personas, sin ser menores o estar incapacitadas, pueden tener dificultades de comprensión por idioma, edad, deficiencias visuales o de otra naturaleza, por ser iletrados, por estar contratando en estado de necesidad (por ejemplo, porque se le ha vinculado el producto a la concesión de un préstamo que imperiosamente necesita), etc. En el momento de llevarse a cabo la operación, ¿hay alguien imparcial dispuesto a suplir tales deficiencias o, incluso, hay alguien preparado para detectarlas si el cliente no las advierte o reconoce? ¿Conocerá realmente el cliente las consecuencias de no decir la verdad si necesita realmente el producto que se le está ofreciendo? Aquí van algunas cuestiones, como muestra extraída de un test MiFID, primero, de conveniencia y, segundo, de idoneidad:

— Ejemplos de preguntas de test de conveniencia:

- * «Conocimientos» (del cliente). Rango de respuestas desde: «No conozco los mercados de valores ni estoy familiarizado con sus productos», a: «Entiendo aspectos financieros como volatilidad, correlación, etc.».

(115) [1994] 1 AC 180.

(116) [2002] 2 AC 773. En los Fundamentos Jurídicos se señala lo siguiente: «This is the point at which, in the O'Brien case, the House decided that the balance between the competing interests should be held. A bank may itself provide the necessary information directly to the wife. Indeed, it is best equipped to do so. But banks are not following that course. Ought they to be obliged to do so in every case? I do not think Lord Browne-Wilkinson so stated in O'Brien. I do not understand him to have said that a personal meeting was the only way a bank could discharge its obligation to bring home to the wife the risks she is running. It seems to me that, provided a suitable alternative is available, banks ought not to be compelled to take this course. Their reasons for not wishing to hold a personal meeting are understandable. Commonly, when a bank seeks to enforce a security provided by a customer, it is met with a defence based on assurances alleged to have been given orally by a branch manager at an earlier stage: that the bank would continue to support the business, that the bank would not call in its loan, and so forth. Lengthy litigation ensues. Sometimes the allegations prove to be well founded, sometimes not. Banks are concerned to avoid the prospect of similar litigation which would arise in guarantee cases if they were to adopt a practice of holding a meeting with a wife at which the bank's representative would explain the proposed guarantee transaction. It is not unreasonable for the banks to prefer that this task should be undertaken by an independent legal adviser. I shall return later to the steps a bank should take when it follows this course. Suffice to say, these steps, together with advice from a solicitor acting for the wife, ought to provide the substance of the protection which O'Brien intended a wife should have. Ordinarily it will be reasonable that a bank should be able to rely upon confirmation from a solicitor, acting for the wife, that he has advised the wife appropriately».

- * «Actividad laboral». Va desde: «Nunca he trabajado en el sector financiero ni en departamentos financieros de empresas», a: «He trabajado en los últimos tres años o trabajo en el sector financiero en puestos relacionados con los mercados de valores y mercados de capitales».
 - * «¿Está dispuesto a asumir pérdidas por sus inversiones a cambio de mayor rentabilidad esperada, o por sus operaciones financieras?». Yendo las respuestas en un rango entre: «Ni de capital ni de intereses» a «Sí, incluso en ausencia de cobertura».
- Ejemplos de preguntas de test de idoneidad:
- * «¿Está dispuesto a asumir pérdidas por la tenencia del producto a cambio de una mayor rentabilidad esperada, o por sus operaciones financieras?». Las respuestas van en un rango desde: «Ni de capital ni de intereses», a: «Sí, incluso en ausencia de cobertura».
 - * «¿Cómo se definiría como inversor?». Rango de respuestas desde: «Conservador: no me gusta el riesgo», a: «Agresivo: no me importa asumir riesgos elevados por la mayor rentabilidad que suelen implicar».
 - * «De entre las siguientes alternativas de inversión propuestas, cuál cree que se ajusta mejor a su perfil». Para responder se presenta una tabla, dando varias opciones en columna [renta variable (%), renta fija (%), VaR anual al 95% y perfil escogido] y en las filas una serie de cifras que van desde el 0 al 100.

3.2.2. *Los productos de activo para la entidad de crédito*

Por lo tanto, quedan fuera de las protecciones MiFID los productos que representan un activo para la entidad de crédito, de manera que no entran la contratación de préstamos hipotecarios (así como también todo tipo de financiación —por ejemplo, ICO— o descuentos de efectos de comercio), además de otros productos financieros más habituales o sencillos como son las cuentas corrientes, las libretas de ahorro a la vista, las imposiciones a plazo fijo, planes de pensiones, etc.

De manera que, en el ámbito de los préstamos y créditos hipotecarios, el ordenamiento sigue confiando en el papel que, en su caso, pueden desarrollar los notarios en relación a su contratación, especialmente con los relacionados con la vivienda. A ello coadyuvará la normativa de consumidores (RDL 1/2007) y, en su caso, la nueva normativa sobre consumidores y créditos hipotecarios recogida, por ahora, en la citada Propuesta de Directiva del Parlamento Euro-

peo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial de 31-3-2011.

En este sentido, debe denotarse el relevante cambio que ha sufrido el artículo 193 del Reglamento Notarial (Decreto 2-6-1944; RN) desde su redacción original por reforma operada en 2007. Así, el artículo 193.1 RN original rezaba que: «Los Notarios darán lectura de las escrituras públicas, sin perjuicio del derecho de las partes y testigos a leerlas por sí o por personas que ellos designen y de que lo hagan en los casos en que legalmente proceda», para posteriormente en su punto 2, hacer constar el Notario el consentimiento al contenido de la escritura de los otorgantes, con salvedades para ciegos y sordos en su punto 3. Pues bien, el precepto se mantuvo más o menos inalterado hasta el artículo 1.97 del RD 45/2007, de 19 de enero (117), que introduce un segundo párrafo a dicho precepto y lo vincula al artículo 25 LN, con el siguiente texto: «A los efectos del artículo 25 de la Ley del Notariado, y con independencia del procedimiento de lectura, se entenderá que esta es íntegra cuando el notario hubiera comunicado el contenido del instrumento con la extensión necesaria para el cabal conocimiento de su alcance y efectos, atendidas las circunstancias de los comparecientes». De él se extraen, al menos, tres notas:

- a) Ya no es necesaria la lectura íntegra de la escritura, tal y como parecía plantear la redacción original. De hecho, poco puede aportar a un consumidor una lectura completa de la escritura si no se ha hecho énfasis en la explicación necesaria de las cláusulas que le son más relevantes para sus obligaciones.
- b) Que la lectura de la escritura ya no es una finalidad en sí misma, un requisito formal, sino que ahora es un medio, independientemente de cómo se haga, para conseguir el «cabal conocimiento de su alcance y efectos» de los comparecientes. Según la RAE, «cabal» significa «completo, exacto, perfecto». Y el «conocimiento» no se predica en relación al contenido o significado de la escritura, sino que va más allá, refiriéndose al «alcance y efectos» que tiene la misma. Es decir, con la modificación operada en 2007, ya no se trata de meramente «informar» sobre el contenido de la escritura a los comparecientes, sino de «comunicar el contenido» (que no simplemente leer) para que estos —especialmente el deudor hipotecante— conozcan las consecuencias del acto que están celebrando, es decir, sean conscientes de la trascendencia de sus actos (118).

(117) BOE de 29 de enero de 2007, núm. 25, pág. 4021.

(118) En este mismo sentido, MARTÍNEZ-GIL VICH, Ignacio, «Comentario al artículo 193», en A. RODRÍGUEZ y J. DE PRADA (coords.), *Nueva legislación notarial comentada*, Madrid, 2007, págs. 523 y 524. Considera, no obstante, que la unión entre la narración de la lectura por parte

- c) Que la información que se provea, para que realmente acabe siendo comprendida por el deudor hipotecante, debe estar ajustada a «las circunstancias de los comparecientes». Posiblemente la entidad de crédito, por su profesión y por haber preconfigurado el contrato, tendrá ya sobrada información sobre el mismo, pero no así el deudor hipotecante, de manera que la información de la que le provea el notario debe ser adaptada a sus circunstancias personales, culturales, académicas, etc. Ello debería implicar que el notario debería conocer los detalles de aquella concreta operación para hacer énfasis en aquellos conceptos o cláusulas que podrían resultar con más obligaciones para el deudor hipotecante y sobre las que debería prestar más atención y comprender lo que le supone. Ello implicaría que debería tener una adecuada información en conceptos financieros y matemáticos (119).

Si queda verificado que la actuación del notario en una determinada operación no se desarrolló según los nuevos términos del artículo 193 RN y si el consumidor deudor hipotecante tuvo deficiencia en la comprensión del negocio que estaba celebrando, no vemos inconveniente en que este recurra al error obstativo o a la normativa de consumidores y usuarios para anular el negocio de préstamo hipotecario.

3.3. EL SOBREENDEUDAMIENTO HIPOTECARIO

En los últimos meses estamos atendiendo a una serie de resoluciones judiciales, especialmente en el ámbito hipotecario, pero también en el concursal, cuyo objetivo común es intentar dar solución a un problema concreto de sobreendeudamiento de un deudor mediante la adopción de medidas que difícilmente están adaptadas a nuestra legislación (120).

En cuanto a esto último, la realidad evidencia cada día que nuestra normativa hipotecaria no está adaptada al nuevo contexto que comenzó a mediados de 2007 a nivel internacional a pesar de que el legislador tuvo la oportunidad con

del notario más la dación de fe que los comparecientes han hecho constar tras la lectura que han quedado debidamente informados del contenido y han prestado su libre consentimiento, elimina de raíz la oposición de la *exceptio schaedula non lecta*.

(119) Ver, este sentido, CASTILLA CUBILLAS, *Sobre la abusividad...*, pág. 8.

(120) Bien podría calificarse a estas actuaciones como de «síndrome Robin Hood», por el cual el juzgador «sanciona» a la entidad de crédito limitando su capacidad de recobro, favoreciendo así al deudor sobreendeudado (art. 3.2 CC), limitando la responsabilidad de este, a pesar de que el apoyo jurídico para tal decisión sea, cuanto menos, forzada, vista la falta de medidas legislativas que se adapten a la coyuntura actual (art. 3.1 CC) de crisis e impagos generalizados (hipotecaria, financiera, económica, laboral).

la Ley 41/2007. Esta norma ha sido muy criticada por la doctrina (121), dado que, a pesar de suponer una de las grandes reformas tanto de la LH de 1946 como de la LMH de 1981 y haberse aprobado en diciembre de 2007 tras años de elaboración, no trató ninguno de los grandes temas que se vienen planteando tras el inicio de la crisis en relación al funcionamiento del mercado hipotecario.

Sin embargo sí introdujo dos figuras que son cuanto menos discutibles en operaciones activas (las pasivas vemos *infra*) y que están relacionadas con la cultura del «permanente endeudamiento», prácticas de atar y riesgo de despatrimonialización del deudor hipotecario: la hipoteca inversa y la hipoteca de máximo del artículo 153.bis LH.

Veamos todo ello sistematizado.

3.3.1. *Hipoteca inversa, tying practices y nueva hipoteca de máximo*

Por un lado, la hipoteca inversa, prevista en la Disposición Adicional 1.^a de la Ley 41/2007, era vista (y requerida) por las entidades de crédito como la culminación del «proceso hipotecario» durante la vida de una persona en relación a la «vida útil hipotecaria» de un inmueble, como lo muestra la Figura 5. Es decir, a los veinticinco años se prevé comience el endeudamiento de una persona media para adquirir la primera vivienda, para acabar repagándola a los cuarenta años; para luego volverse a endeudar —gracias a la cobertura hipotecaria— para consumir, pudiendo amortizar la mayor parte de los créditos del consumo garantizados con la hipoteca a los sesenta y cinco años; para, finalmente, ir perdiendo la propiedad del inmueble (despatrimonialización) al ir cobrando de la hipoteca inversa para complementar sus ingresos. Con ello, a su muerte, se reinicia el proceso, cual bucle, con su heredero.

Pues bien, el proceso previsto en la Figura 5 no es más que la consagración de la relación entre una sola entidad y su cliente a través de la hipoteca sobre su casa. La Ley 41/2007 representó la aceptación definitiva de las prácticas de atar (*tying practices*) que en la práctica derogan la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (122), en cuanto a la libre posibilidad para el prestatario que, en tanto que parte débil de la relación de préstamo hipotecario, de cambiar de entidad de crédito en busca de un mejor trato o condiciones de su deuda. Las «prácticas de atar» se refieren a aquellas que compelen a un prestatario a quedar ligado a una única entidad de crédito durante la diversas etapas de su vida, especialmente tras la incorporación de la hipoteca inversa, como lo muestra la Figura 5.

(121) Ver como ejemplo, MUÑIZ, NASARRE y SÁNCHEZ JORDÁN (coords.), *La reforma del mercado hipotecario*, Madrid, 2009, Ed. Edisofer.

(122) *BOE* de 4 de abril de 1994, núm. 80, pág. 10364.

VIDA "ÚTIL" DE UN INMUEBLE vs. ENDEUDAMIENTO

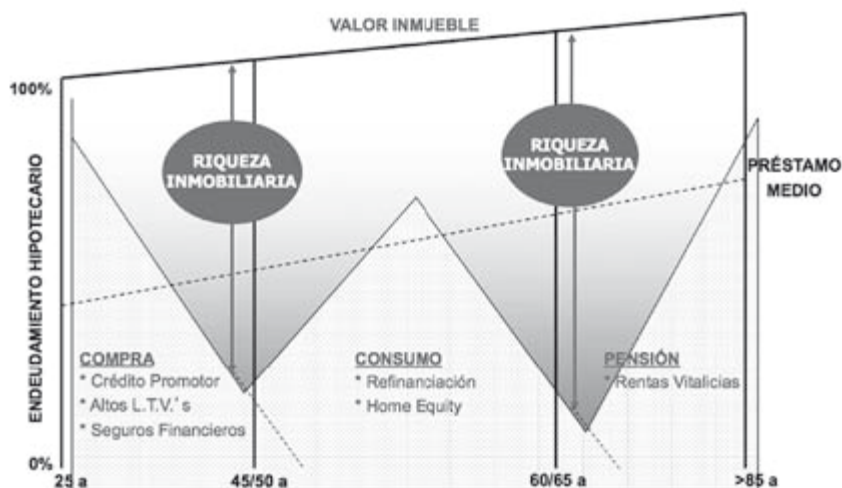


FIGURA 5. Vida «útil» de un inmueble vs. endeudamiento. Fuente: GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Santos, «Presente y futuro del negocio hipotecario», en materiales del *Curso de crédito hipotecario*, Universidad Rovira i Virgili, Barcelona, 2008.

Así, mientras las conclusiones del Libro Blanco 2007 (123) del Crédito Hipotecario en la Unión Europea claramente desaconsejaban tales prácticas, el artículo 13 de la Ley 41/2007 las consagra, después de la desafortunada STS de 25-11-2003 (124) que, a diferencia de lo que había señalado la doctrina y algunas resoluciones judiciales [AAP de León, de 24-2-1998 (125)], imposibilitó que el prestatario pudiese cambiar unilateralmente de entidad de crédito si el primer prestamista le iguala la oferta de la propuesta de la segunda, lo que desde luego no contribuye en políticas pro-consumidor y a la movilización del mercado hipotecario y de la vivienda.

A todo ello coadyuva la nueva hipoteca de máximo del artículo 153.bis LH, creada por la Ley 41/2007, la cual, sin facilitar realmente que bajo una misma hipoteca puedan coexistir diversas obligaciones a satisfacer por el deudor a distintos acreedores de su elección, fomenta aún más el aumento de deuda con una misma entidad de crédito, la cual, además, es la que fija la cuantía

(123) COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *White paper on the Integration of EU Mortgage Credit Markets*, COM(2007) 807 final, Bruselas, 18-12-2007.

(124) RJ 2003/8093.

(125) AC 1998/4206.

final de deuda unilateralmente, lo que debería haber provocado a su vez una flexibilización de las causas de oposición de los artículos 695 y 698 LEC, lo que no se ha hecho (126).

La citada hipoteca inversa, por lo tanto, forma también parte y culmina el iter de la «relación hipotecaria» con una entidad de crédito de una persona: una vez ha conseguido la vivienda (hipoteca ordinaria) y con ella ha tomado préstamos al consumo a lo largo de la vida (hipoteca de máximo), a los sesenta y cinco años le llega la posibilidad de despatrimonializarse (de perder la vivienda) mediante un producto *equity-release* que igualmente ha sido desaconsejado por el Libro Blanco de la UE 2007 por el importante riesgo de desinformación y despatrimonialización que comporta, a lo que al caso español hay que añadirle la deficiente regulación en la Disposición Adicional 1.^a de la Ley 41/2007 (dudas sobre su refinanciación, poco atractiva en periodos de crisis de liquidez de las entidades de crédito —como la actual—, falta de especificación de la relación del heredero y la hipoteca inversa, etc.).

3.3.2. Corresponsabilidad en el sobreendeudamiento

Veamos ahora lo que debería haber tratado (o tratado antes el legislador) la Ley 41/2007 y no hizo: corresponsabilidad del sobreendeudamiento, responsabilidad de agencias de calificación, mejor regulación y control a destiempo de las tasadoras inmobiliarias, un marco jurídico adecuado de la dación en pago, la adjudicación a la entidad de crédito tras subasta infructuosa y la transparencia de la subasta.

Es notorio que la situación actual de sobreendeudamiento hipotecario es debida a una corresponsabilidad entre la actuación, como mínimo, de las entidades de crédito, de los deudores hipotecarios (consumidores) y del contexto normativo. Piénsese que el sobreendeudamiento de las familias pasó del 45 por 100 en 1995 o del 76,7 por 100 en 2001 al 143 por 100 en 2008 (127).

Así, en cuanto a los consumidores, los movimientos sociales surgidos al socaire de la grave crisis actual (128) están proponiendo medidas de formación de consumidores en «consumo responsable», lo que *indirecte* significa que el efec-

(126) MUÑIZ ESPADA, Esther, «La hipoteca de máximo del artículo 153.bis de la Ley Hipotecaria», en MUÑIZ, NASARRE y SÁNCHEZ JORDÁN (coords.), *La reforma del mercado hipotecario*, Madrid, 2009, Ed. Edisofer, pág. 250. Ver, en este sentido, la SJPI, núm. 2 de Sabadell, de 30-9-2010, que comentamos *infra*.

(127) ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE BANCOS, CAJAS Y SEGUROS, *Por unas medidas y soluciones urgentes al grave problema del endeudamiento y sobreendeudamiento de las familias en España*, http://www.adicae.net/download/ADICAE_sob.pdf, pág. 1.

(128) TERCER FÒRUM HIPOTECARI DE CATALUNYA, *Mesures contra...*, pág. 25.

tuado los últimos años, al menos en parte, no lo era. También proponen promover la educación financiera y unidades de servicios de sobreendeudamiento (129).

Y, en cuanto a las entidades de crédito, al sobreendeudamiento han colaborado: productos hipotecarios complejos (por ejemplo, aparte de los que ya hemos comentado, fórmulas de cálculo en hipotecas de cuota creciente, comercializada en ocasiones como «hipoteca joven», con crecimiento en progresión geométrica) (130), que no permitían comprobar el alcance total de la deuda; el haber permitido a las entidades bancarias desde 2002 (art. 18 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero) (131) refinanciar las hipotecas *sub-prime* españolas a través de los «certificados de transmisión de hipotecas» incluidas en fondos de titulización de activos (132), de manera que les ha permitido conceder más hipotecas que no cumplen los requisitos del antiguo (antes de 2007) artículo 5 LMH, que exigía un bajo *loan-to-value* ratio (LTV) para poderlas refinanciar mediante valores hipotecarios estándar (cédulas, bonos o participaciones hipotecarias); es decir, como las entidades crediticias podían deshacerse del riesgo que conllevaban las hipotecas de alto LTV mediante dichos valores de «peor calidad», se vieron más animadas a conceder préstamos más abultados económicamente superando en ocasiones el valor de la propia finca; naturalmente, préstamos hipotecarios de tanto volumen solo podían hacerse accesibles a los deudores aumentando los plazos de amortización lo que en definitiva promovía ocultar la verdadera situación a este: un gran endeudamiento prolongado durante muchos años (hasta cuarenta años, con más en casos excepcionales); cantidades debidas tan altas y plazos tan prolongados unidos a una petición (pensemos en el deficiente mercado de alquiler en España) y concesión masiva de préstamos hipotecarios, llevaron en ocasiones a pedir garantías añadidas a la hipotecaria, como los avales personales: la verificada insuficiencia del valor de la casa y la insolvencia técnica del deudor ha llevado a las entidades de crédito a dirigirse contra los avalistas, contribuyendo así a la generalización de las deudas y de los apuros económicos (133); la política de bajos tipos de interés (históricos) del

(129) TERCER FÒRUM HIPOTECARI DE CATALUNYA, *Mesures contra...*, pág. 26.

(130) Por ejemplo:
$$a_1 = C \times \frac{1+i-q}{1-q^n(1+i)^{-n}}$$
 (verla en <http://www.abanfin.com/modules.php?tit=préstamo-en-progresion-geometrica-cuota-creciente&name=Manuales&fid=ee0bcbv>).

(131) BOE de 23 de noviembre de 2002, núm. 281, pág. 41273.

(132) Ver NASARRE AZNAR, Sergio, «El anteproyecto de ley financiera y la refinanciación crediticia: una reforma inadecuada e innecesaria», en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 98, págs. 303 a 312.

(133) CONSEJO DE CONSUMIDORES Y USUARIOS, *Dictamen de iniciativa propia del Consejo de Consumidores y Usuarios relativo a la situación de endeudamiento y sobreendeudamiento financiero de las familias en la actual situación de crisis económica y de crédito*, Madrid, 10-2-2009, pág. 14.

Banco Central Europeo que impulsaban al consumo y desincentivaban el ahorro, seguidas tras el estallido de la crisis, por aún más bajadas que las entidades de crédito han absorbido con aumento de los diferenciales de interés, dada su precaria situación financiera, de manera que no se ha contribuido a reactivar la economía con la generalización del crédito, etc.

Por su parte, el legislador ha tomado una serie de iniciativas para paliar las consecuencias negativas sobre el crédito hipotecario que no han dado el resultado esperado. Algunas de ellas, son: la moratoria ICO que, debido a sus estrictos requisitos, no había atraído en junio de 2009 más que alrededor de 6.000 personas cuando las previstas para todo el programa habían sido 500.000 (134); tampoco parece ser la solución el alargamiento del plazo del préstamo, porque aunque produzca la reducción de la cuota mensual, provoca un aumento de los intereses remuneratorios a favor de la entidad de crédito (135); la utilización de lo ahorrado en los fondos de pensiones tampoco es una medida definitiva en tanto que la mayoría de familias que disponen de él tienen ya cincuenta o cincuenta y cinco años (que no son la mayoría que tienen problemas hipotecarios), sino que es perder el dinero que se tenía para completar la pensión de manera que esta les será más precaria y, al rescatarlo anticipadamente, pierden el beneficio fiscal (136); la iniciativa catalana de prestaciones económicas de especial urgencia (Orden MAH/559/2009, de 22 de diciembre) limitó las ayudas al préstamo hipotecario a 3.000 euros (lo que no permite superar una situación de insolvencia) y la cuota hipotecaria no podía superar los 1.200 euros, dejando fuera a una parte de familias; tampoco parece generalizarse la conversión de hipotecas en alquiler (previsto en el documento: «30 compromisos per a l'ocupació, el teixit econòmic i el desenvolupament social de Catalunya», de 18-12-2009) pues tal conversión no es aceptada de manera generalizada por las entidades crediticias, etc.

3.3.3. *Ausencia de regulación específica de la responsabilidad civil de las agencias de calificación*

La ausencia de una regulación específica de la responsabilidad civil (y, en su caso, de otra índole) de los agentes responsables de la situación actual (137) también contribuye al funcionamiento no óptimo del sistema.

(134) TERCER FÒRUM HIPOTECARI DE CATALUNYA, *Mesures contra...*, pág. 18.

(135) En este sentido, ver el CONSEJO DE CONSUMIDORES Y USUARIOS, *Dictamen de iniciativa propia...*, pág. 5.

(136) CONSEJO DE CONSUMIDORES Y USUARIOS, *Dictamen de iniciativa propia...*, pág. 6.

(137) NASARRE-AZNAR, Sergio, «Tort law-Spain», en *International Encyclopaedia of Laws*, Blanplain (ed.), The Netherlands, 2008, Kluwer Law International, págs. 98 y 99.

De este modo, es difícil encajar en nuestro ordenamiento un régimen transparente y pro-inversor de la responsabilidad civil por daños de las agencias de calificación crediticia (conocidas también como agencias de *rating*), las cuales se han protegido tradicionalmente por distintas vías de reclamaciones de esta naturaleza. Así, en todos sus informes valorativos del riesgo de productos o agentes financieros se auto-exoneran de responsabilidad (*disclaimer*) por sus opiniones, que lanzan al público en general, y de las que consideran que no pueden derivarse consecuencias jurídicas precisamente porque hacen residir la responsabilidad por las decisiones de los inversores (invertir o no) en sus propias decisiones. Dado que normalmente tales inversores son institucionales (profesionales de las finanzas), aunque el impacto final lo reciban los consumidores (por ejemplo, inversores no profesionales en fondos de pensiones e inversión que ven disminuido su valor), no les es de aplicación el RDL 1/2007 en cuanto a la falta de eficacia de la auto-exoneración de responsabilidad. De manera que, en su caso, tendríamos que acudir a las reglas generales de la responsabilidad civil, es decir, el artículo 1902 del Código Civil. Ninguna ventaja parece ofrecérsese, pues, al inversor, a pesar de que su decisión de adquisición basada en información imprecisa o incorrecta (negligente o dolosamente) lanzada al mercado por la agencia de calificación pueda repercutir directa (los inversores particulares en fondos de inversión colectiva, por ejemplo, que ven bajar automáticamente el valor de dicho fondo) o indirectamente (los graves perjuicios sociales que está causando la presente crisis, a los que ya hemos hecho referencia) en consumidores.

La poca efectividad, no obstante, de los *disclaimers* de las agencias se ha evidenciado en su necesidad de haber impulsado en EEUU desde principios de los años ochenta del siglo pasado la prohibición de que nadie pueda interponer contra ellas acción por daños por sus actividades (138). Por su parte, el Reglamento europeo 16-9-2009, sobre agencias de calificación crediticia (139), deja

(138) Desde 1982, la *Securities Act* 1933 de Estados Unidos, en su s. 11 (a) (4) recoge la imposibilidad de reclamar por daños a las agencias de calificación. La reciente Ley Dodd-Frank («*Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*», que entró en vigor el 21-7-2010, parece mitigar este *safe harbour* para las agencias de calificación en Estados Unidos derogando la *Rule* 436(g) de dicha norma, que hasta entonces impedía que las agencias de calificación fuesen calificadas como «expertos» y, por lo tanto, ser responsables vía la s. 11. A partir de ahora, si los emisores de valores citan sus *ratings* en los prospectos de emisión tendrán la consideración de «expertos», de manera que pueden llegar a ser responsables por las pérdidas que puedan derivarse al constar su opinión en los prospectos de emisiones de valores. El efecto inicial de todo ello es que si los emisores no citan las calificaciones en los prospectos de emisión —lo que parece han solicitado las agencias de *rating* para seguir sin asumir responsabilidad civil alguna— se crea un mercado más opaco, donde los posibles adquirentes no pueden conocer fácilmente la opinión de dichas agencias sobre el riesgo de unos determinados valores. Algunas agencias ya han dicho que buscarán mecanismos alternativos a los prospectos de emisión para que el mercado pueda conocer su valoración.

(139) Reglamento CE 1060/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE 17-11-2009, L 302/1).

a los estados la jurisdicción de su comportamiento (Considerando 69), lo que evidencia, una vez más, la dificultad de conseguir ya no solo una única responsabilidad civil para ellas a nivel europeo, sino la dificultad del cómo y por qué declararlas responsables. No es este el lugar para desarrollar exhaustivamente cuál es o debería ser su régimen de responsabilidad civil, pero lo cierto es que en otras jurisdicciones se han abierto procedimientos de diversa naturaleza a los que se considera como responsables de la crisis mundial en cada país por sus decisiones o comportamientos negligentes, como ha sucedido en EEUU precisamente contra las agencias de calificación en el caso *California Public Employees' Retirement Systems v. Moody's Corp et al del Superior Court of California*, San Francisco County (140). Por su parte, en Islandia se ha abierto un proceso en el Tribunal especial *Lands Domur* contra su antiguo primer ministro, Sr. Geir H. Haarde, por negligencia de su gobierno en el contexto de la crisis (141).

3.3.4. La regulación a destiempo de las tasadoras inmobiliarias

Mención aparte merece la actuación de las tasadoras. La falta de una regulación estricta, hasta la Ley 41/2007 (arts. 3, 3.bis y 3.ter LMH), de cómo debería ser el comportamiento de las tasadoras inmobiliarias ha contribuido también al sobreendeudamiento.

Durante todos los años del boom inmobiliario (1995-2007, con el punto álgido en 2006) las tasadoras habían sido muy flexibles en cuanto a la cuantía

(140) No. 3:2009cv03628. La demanda fue interpuesta en el Tribunal de Distrito para el Norte de California el 7-8-2009 por el mayor fondo de pensiones de Estados Unidos denominado CalPERS (*California Public Employees' Retirement System*; con activos calculados en 173.000 millones de dólares) contra las tres agencias de rating más importantes: Moody's, S&P y Fitch Ratings. Estas concedieron una alta calificación (triple A hasta agosto 2007 para su deuda senior) a tres vehículos financieros de estructura compleja (Cheyne, Stanfield Victoria y Sigma), lo que animó a CalPERS a invertir en ellos 1.300 millones de dólares en 2006. Los tres vehículos, cuyos activos eran principalmente hipotecas *subprime*, entraron en concurso en 2007 y 2008, dejando a CalPERS sin recuperar, al menos, 1.000 millones de dólares. La cuestión estriba en el papel activo que tuvieron las tres agencias en la construcción de los tres vehículos para poderles otorgar la máxima calificación posible, cobrando altos honorarios por ello. La demanda se basa tanto en common law como en los artículos 1709 y 1710 del Código Civil de California (puede hallarse en <http://law.justia.com/california/codes/2009/civ/1708-1725.html>). Dichos preceptos señalan que aquel que voluntariamente engaña a otro para modificar su posición y ello le causa un daño o un riesgo, es responsable por el daño que se le cause, es decir, es una responsabilidad civil por daños. Documentación sobre el caso puede encontrarse en <http://online.wsj.com/public/resources/documents/calpers.pdf> y ha saltado a la opinión pública por su impacto nacional e internacional (ver en el *New York Times* http://www.nytimes.com/2009/07/15/business/15calpers.html?_r=3), a pesar de que todavía no hay sentencia (puede seguirse el proceso en <http://webaccess.sftc.org/Scripts/Magic94/mgrqispi94.dll?APPNAME=IJS&PRGNAME=ROA22&ARGUMENTS=-ACGC09490241>).

(141) <http://www.elmundo.es/elmundo/2010/09/28/internacional/1285696260.html>.

de los préstamos hipotecarios, hasta el punto que muchas entidades de crédito habían creado una propia, que se ajustase a sus necesidades y las de sus clientes. Ha habido, pues, un uso indebido (142) de la regulación del RD 775/1997, cuyo origen estaba en la LMH original (arts. 3 y 5 de la Ley 2/1981), provocando la vinculación (connivencia o confusión) entre estas y las entidades de crédito un serio conflicto de intereses que, en cualquier caso, no ha redundado en el beneficio de los prestatarios, vista la situación actual de sobreendeudamiento hipotecario. Piénsese en la reiterada práctica durante muchos años de «colocar» bajo la hipoteca diversos bienes de consumo, como un coche nuevo, las vacaciones de varios años o incluso un nuevo televisor de plasma (143).

3.3.5. *La necesaria aclaración de la dación en pago*

Nada previó la Ley 41/2007 en relación a la dación en pago en el marco del préstamo hipotecario. Vista la relevancia que está tomando a nivel social, doctrinal e, incluso, judicial, esta institución necesita un estudio en profundidad en el contexto hipotecario. A pesar de que, en la práctica, se están admitiendo muchas daciones de la finca hipotecada en pago de deudas hipotecarias (por ejemplo, en caso de hipotecas contratadas con inmigrantes recién llegados sin trabajo estable), ello no permite despejar las serias dudas de legalidad que tal medida tiene en relación con la norma de *ius cogens* prevista en el artículo 1859 del Código Civil, que prevé la prohibición de pactar el comiso en relación a la prenda y la hipoteca.

A nuestro juicio, que un préstamo hipotecario en un inicio se pactase que se devolvería en amortizaciones dinerarias metálicas y que, sobrevenidamente (en caso de impago del prestatario), se admita en pago la entrega del dominio de la finca, no deja de ser una novación modificativa del contrato de préstamo hipotecario en el modo de pago, no permitido en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 1859 del Código Civil. El principio general positivizado en dicho precepto de interdicción del pacto comisorio en el ámbito de las garantías reales ha sufrido diversos paliativos por parte del legislador [por ejemplo, arts. 4 y 11 del RDL 5/2005, de 11 de marzo (144), que conceden un derecho de apropiación por parte del acreedor —normalmente entidad de

(142) Ver más detalles en LEIRADO CAMPO, Luis, «Las entidades de tasación», en MUÑIZ, NASARRE y SÁNCHEZ JORDÁN (coords.), *La reforma del mercado hipotecario*, Madrid, 2009, Ed. Edisofer, págs. 75 a 90.

(143) Ver, como ejemplo, la noticia de «El País» en 2006, año del mundial de fútbol de Alemania, titulada «La venta de televisores planos LCD se duplicará este año en España» (hallable en http://www.elpais.com/articulo/portada/venta/televisores/planos/LCD/duplicara/ano/Espana/elpepateccib/20061130elpepateccibpor_1/Tes).

(144) *BOE* de 14 de marzo de 2005, núm. 62, pág. 8832.

crédito— de las garantías financieras] e importantes matizaciones desde la doctrina a través de la admisión del «pacto marciano» (Digesto 20,1,16,9), siempre que la apropiación vaya precedida de pacto para ello, de justa estimación objetiva del bien y no haya notable desproporción entre prestaciones (145). Pero no debe olvidarse el trascendente papel que ha desempeñado la prohibición del pacto comisorio en la evitación de la usura, impidiendo que un préstamo con hipoteca se convierta en una compra-venta encubierta [SSTS de 29-1-1996 (146) y 16-5-2000 (147)], es decir, que la causa del préstamo no fuese la típica de estos contratos (puesta a disposición de una cantidad a devolver en plazos) sino la propia de la compra-venta (puesta a disposición de una cantidad con la finalidad de que el prestamista se quede con la finca), especialmente en Cataluña a través de la venta en carta de gracia (148). Aparte de la desnaturalización de la garantía, el pacto comisorio está prohibido en sede de préstamo hipotecario debido a la posición de superioridad que tienen las entidades de crédito respecto a los consumidores y el riesgo de que aquellas se aprovechen del estado de necesidad (de crédito) de estos; tampoco queda bien engarzado en nuestro sistema un mecanismo de autosatisfacción que no pase por el filtro de autoridad pública (juez o notario).

Obsérvese en la Figura 6 cómo la prohibición del pacto comisorio en sede hipotecaria —es decir, la posibilidad de satisfacer el crédito entregando la finca gravada— es generalizado en los ordenamientos europeos. Mención especial merece Gran Bretaña que, previendo el *foreclosure*, no es común su utilización por parte de las entidades de crédito, precisamente por lo drástico de la solución, especialmente en contextos en que la vivienda vale más que la deuda (por ejemplo, cuando esta se ha repagado en gran parte) y el peligro y perjuicios que ello puede entrañar para el deudor (149). Por su parte, el éxito de la *foreclosure* en Estados Unidos es debido más a motivos prácticos que a la equidad de la medida: en un país con una alta movilidad poblacional y donde no existe un sistema de localización de residentes, reclamar el préstamo judicialmente se convierte en inoperativo y costoso, de manera que es más rápido y efectivo permitir el pacto por el cual la entidad se quede con el

(145) Ver FELIU REY, Manuel Ignacio, *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Madrid, 1995, Ed. Civitas, pág. 95.

(146) *RJ* 1996/735.

(147) *RJ* 2000/5082.

(148) VALLÉS Y PUJALS, J., *Del préstamo a interés, de la usura y de la hipoteca*, Barcelona, 1993, Librería Bosch, págs. 112 y 113, que recoge contratos análogos o equivalentes al préstamo en los que puede resultar usura, entre los que se cuentan el pacto comisorio y la venta a carta de gracia catalana. En cuanto a esta última, ver también DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, «La venda a carta de gràcia en el dret civil de Catalunya», en *Estudis de Dret Privat Català*, núm. 1, Barcelona, 1993, Generalitat de Catalunya-Departament de Justícia, págs. 35 y 36.

(149) GARDNER, Simon, *An introduction to land law*, 2nd Ed., 2009, Hart Publishing, págs. 245 y 246.

dominio de la finca gravada en pago (150), a pesar que ello implique pérdidas para la entidad de crédito.



FIGURA 6. Posibilidad de satisfacer un crédito tomando el acreedor el dominio de la finca gravada. Solo en Ucrania es posible; y en Francia y Japón es posible pactarlo de antemano. En Dinamarca, aunque es posible, no se utiliza. En España, Polonia y Rusia, por ejemplo, solo es posible tras una ejecución forzosa fallida. *Fuente:* STÖCKER, O., y STÜRNER, R. (coords.), *Flexibility, security and efficiency of security rights over real property in Europe*, vol. III, 2.ª ed., vol. 44, 2010, Verband Deutscher Pfandbriefbanken, pág. 76 (versión actualizada en reunión de *Runder Tisch* en marzo de 2011).

En la actualidad, la propuesta de la dación de pago a nivel legislativo en España (Proposición no de Ley) finalizó el 16-6-2010 su trámite en la Comisión de Vivienda del Congreso de los Diputados, resultando en un mandato al Gobierno de efectuar un informe en el plazo de tres meses sobre la posibilidad de que de forma general se aceptase la dación en pago como método para liquidar toda la deuda hipotecaria, sin que en enero de 2011 estuviera finalizado (151). No puede obviarse, en cuanto a ello, que en términos económicos, de aceptarse la dación en pago, la entidad de crédito asumiría todo el riesgo de depreciación de la finca. Si bien ello podría conllevar la corrección de algunas prácticas bancarias (por ejemplo, tasaciones más ajustadas), debe preverse que ello provocaría una drástica disminución del LTV, que podría bajar, para vivienda, al 60 por 100

(150) STÜRNER, R., y KERN, C., *Grundsatzfragen des US-Hypothekenrechts*, en Schwenger/Hager (Hrsg.), «Festschrift für Peter Schlechtriem», 2003, pág. 936 y sigs.

(151) Proposición no de Ley para la dación de la vivienda en pago de la totalidad de la deuda hipotecaria. (161/001634). Puede seguirse el procedimiento en www.congreso.es. No obstante, en la Sesión del Congreso de 14-12-2010 quedó rechazado instaurar la dación en pago como método de satisfacción de la hipoteca.

(del estándar del 80 por 100 que está ahora y, en algunos casos, en el 95 por 100, art. 5 LMH), obligando al consumidor a aportar con recursos propios el resto de la vivienda. Dado que no todos los consumidores tienen tantos recursos propios, muchas de las personas que han podido acceder tradicionalmente a una vivienda, no lo podrían hacer, lo que unido al precario mercado de alquiler y de vivienda pública que tenemos, dejaría, en un primer momento, a muchas personas sin opciones de acceso a la vivienda.

Otra cosa es la posibilidad del artículo 140 LH de limitar la recuperación del acreedor al valor de la finca pero que nada tiene que ver con la dación en pago porque: *a*) se trata de un pacto previo, de manera que la entidad de crédito tiene que consentir a renunciar a reclamar sobre todo el patrimonio del deudor (es decir, renunciar al art. 1911 CC y 105 LH); *b*) el acreedor no puede adjudicarse la vivienda, sino que la debe sacar a subasta, siguiendo el procedimiento de la LEC («quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados», dice el art. 140.2 LH, es decir, al importe resultante del procedimiento ejecutivo).

3.3.6. *La adjudicación a la entidad de crédito tras subasta infructuosa*

Es criticado también desde ciertos sectores sociales e, incluso, doctrinales que en base al artículo 671 LEC, la entidad de crédito se pueda adjudicar la finca dada en garantía solo por el 50 por 100 de su valor (152), pidiéndose (exigiéndose) que deba adjudicársela por todo su valor, debiéndose saldar con ello toda la deuda. Piénsese, sin embargo, que llegado este punto de la subasta, ni el prestatario hipotecante ha conseguido deshacerse de la finca por más valor ni ha asistido postor alguno a la subasta (153).

A pesar de la insuficiente transparencia y efectividad del procedimiento de subasta en sí que claramente criticamos *infra*, lo cierto es que en un sistema capitalista las cosas valen lo que las personas están dispuestas a pagar por ellas. Es decir, llegado ese momento del proceso de ejecución, como nadie ha querido dicha finca, la finca no tiene valor o, en el mejor de los casos, ha perdido el 40 por 100 de su valor. Y si la entidad de crédito se la adjudica por el 60 por 100 de su valor, está enjuagando al menos parte (en otra coyuntura del mercado podría ser toda o incluso más que toda la deuda) de la deuda con un inmueble que ahora carece de valor o, al menos, vale la mitad (y en esta coyuntura de mercado en que esto sucede, posiblemente ello sea así y deba ser la entidad

(152) Desde el RD Ley 8/2011, de 1 de julio (BOE de 7 de julio de 2011, núm. 161, pág. 71548).

(153) Dice el artículo 671 LEC en su redacción actual: «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 50 por 100 de su valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos».

de crédito la que corra con todos los gastos de su mantenimiento —impuestos, comunidad, reparaciones, derramas, etc.— a partir de entonces y en los próximos años hasta encontrar comprador). Por lo tanto, no podemos estar de acuerdo de que, en este punto, el proceso de ejecución hipotecaria sea indebidamente perjudicial para el prestatario hipotecante: piénsese que suya fue la elección de adquirir endeudándose una finca que, en un determinado momento, ha perdido todo o casi la mitad de su valor. Esto es el resultado de una mala inversión, un mala decisión, solo a él imputable y que no es compensable, dado que ha sido provocada por los avatares del mercado. Es el denominado «riesgo de mercado» (provocado por las oscilaciones en el precio de los activos; del mismo modo estaríamos de acuerdo que nada puede reclamar aquel que invierte en bolsa y al día siguiente los valores adquiridos valen la mitad), comparable, a nuestro juicio, con el «riesgo general de la vida» (STS de 22-2-20079 (154), que ya hemos mencionado. Pues bien, la pérdida total o parcial de valor del inmueble (nadie lo quiere por el precio ofrecido y no sabremos si alguien lo querría por menos) es, en definitiva, evitada obligando a la entidad de crédito a quedárselo por el 60 por 100 del valor de tasación (si no, se alza el embargo, art. 671.2 LEC), enjuagando así una parte importante de la deuda. Y de aquí puede bien entenderse cómo la entidad de crédito puede seguir ejecutando —aunque ponemos en duda la legalidad del art. 579 LEC que posibilita hacerlo tras la ejecución hipotecaria, sin necesidad de iniciar procedimiento nuevo alguno (155)— por el resto del valor del préstamo contra el patrimonio del deudor, con lo que corre un evidente riesgo de impago (por ejemplo, difícilmente una persona que ha perdido la vivienda habitual por ejecución hipotecaria por impago podrá hacer frente de inmediato a la reclamación personal del acreedor hipotecario; este deberá enfrentarse a una espera de tiempo indefinido y sin certeza de cobro). Esto es lo que preceptúan los artículos 1169, 1911 y 1255 del Código Civil, es decir, que el deudor debe devolver el 100 por 100 (más los intereses pactados correspondientes) de lo que tomó prestado y no solo una parte (es una obligación natural el tener que devolver todo lo que se te ha prestado), por lo que responde con todo su patrimonio, presente y futuro.

A pesar de que, como no podía ser de otro modo, la mayor parte de las resoluciones judiciales siguen esta interpretación legal, otras han efectuado, a nuestro juicio, una interpretación forzada de la normativa vigente.

Así, el reciente AAP de Navarra, de 17-12-2010 (Sección 2.^a) (156) no sigue ninguna de las consideraciones que hemos apuntado hasta ahora: entiende el Tribunal que el valor de la finca es el que se fijó para la tasación —hecha por

(154) *RJ* 2007/1520.

(155) Nos remitimos, en relación a este precepto, al comentario de la SJPI, núm. 2 de Sabadell, de 30-9-2010 *infra*.

(156) *AC* 2011/1.

la entidad de crédito— en la escritura de constitución del préstamo hipotecario que es superior a la deuda debida y por la que se ha ejecutado, rechaza que el acreedor pueda proseguir con la ejecución contra el resto del patrimonio del deudor hipotecario, de manera que adjudicándose la finca se da por saldada toda la deuda (excepto por lo que se refiere a las costas y a la liquidación de intereses). Dado que nadie se había presentado a la subasta (FD 3.º), pedía el acreedor que se le adjudicase la finca por el valor de 42.895 euros, por debajo del valor de tasación que se fijó en la escritura que era de 75.900 euros, y solicitaba proseguir contra el deudor por el resto. Y como la entidad de crédito no pudo —por desestimación— aportar al proceso nueva tasación en el momento de la ejecución hipotecaria, considera el tribunal «que no consta en las actuaciones otro valor de tasación de la finca, que no sea el que consta en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria» y reprocha que «el banco se adjudica una finca, que él mismo valoraba en una cantidad superior a la cantidad adeudada por el préstamo concedido, a salvo el tema de intereses y costas», ignorando que el valor de los bienes en el mercado fluctúan y que el valor para subasta fijado en la escritura (uno de los requisitos para poder ejecutar conforme a los arts. 681 y sigs. LEC, de acuerdo con el art. 682.2.1 LEC) no se corresponde necesariamente (y casi nunca) con el valor de mercado de la finca en el momento de la ejecución. Confunde, la sentencia en cuestión, «valor para subasta» (el valor con el cual saldrá a subasta, conforme a los arts. 666 y 691.4 LEC) con el valor de mercado (el precio del remate de los arts. 670 y 692 LEC, pero también el del art. 671 LEC si no hay postor). Sorprendentemente, el Tribunal prosigue con una «pequeña consideración» en la cual se pregunta, *grosso modo*, cómo es posible —ello le plantea al Tribunal una reflexión «cuanto menos moralmente intranquilizante»— que el acreedor apelase el Auto de primera instancia (que también había denegado la prosecución de la ejecución) si la responsabilidad de que la finca del ejecutado valiese menos había sido de «la mala gestión del sistema financiero del que resultan protagonistas las entidades bancarias» (157) —citando para ello fuentes como declaraciones del «Presidente de Estados Unidos» y del «Presidente del Gobierno español»—, dejando claro, eso sí, que «no queremos decir con esto que el [ejecutante] sea el causante de la crisis económica». Y de tal digresión concluye que si bien la prosecución de la ejecución planteada no supone un abuso de derecho del artículo 3.1 del Código Civil, sí que es «moralmente rechazable» y que «resulte especialmente doloroso, que la alegación que justifica su pretensión, esté basada en unas circunstancias que esencialmente y como vulgarmente se dice, ha suscitado una gran sensibilidad y levantado “ampollas”». Esta resolución judicial que, a la

(157) Lo que a nuestro juicio no es exacto. Ya hemos hecho referencia a otros posibles agentes coadyuvantes a la causación de la crisis, como las agencias de calificación o un inadecuado marco jurídico.

sazón, no fue seguida por la Sección 3.^a de la misma Audiencia Provincial en otra prosecución de ejecución de sentencia a las pocas semanas (AAP de Navarra, de 28-1-2011) (158), tuvo un gran impacto mediático (159), más teniendo en cuenta su firmeza al ser un Auto de segunda instancia (arts. 466 y 477 LEC y la Junta General de Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12-12-2000), solo sujeto a nulidad y/o a amparo.

A nuestro juicio, el AAP de Navarra, de 17-12-2010, no se ajusta a nuestro derecho vigente, no solo porque: 1) está juzgando fundamentalmente en equidad (art. 3.2 CC); 2) sino porque está ejerciendo de legislador al hacerle decir a los artículos 1911 del Código Civil y 579 LEC lo que no dicen (interpretación *contra legem*, que tampoco está admitida) afectando a la seguridad jurídica y al mercado hipotecario; 3) al tiempo que su razonamiento y su *obiter dicta* en forma de «pequeña consideración» son, a nuestro juicio, más que imprecisos, incorrectos. En cuanto a que es un juicio en equidad lo evidencia en tanto que no cita fundamento jurídico alguno para contradecir a los artículos 1911 del Código Civil y 671 y 579 LEC, recurriendo, veladamente, a la doctrina de hechos propios («finca, que él mismo valoraba») sin comprobar si reúne el caso los requisitos del Tribunal Supremo para apreciarla en base al artículo 7.1 del Código Civil [STS de 28-1-2000 (160) y las que esta cita], de manera que más que una interpretación de la Ley según la realidad del tiempo del artículo 3.1 del Código Civil estamos ante un juicio en equidad del artículo 3.2 del Código Civil, prohibido; a la vez que también considera que, sin haber abuso de derecho, el comportamiento del acreedor reclamando proseguir la ejecución es «moralmente rechazable» a pesar de que él no «sea el causante de la crisis económica». En cuanto a lo segundo, ya hemos dicho que es una obligación natural devolver todo lo que a uno le prestan, independientemente de si se debe responder preferentemente con una finca o con el resto del patrimonio (art. 1911 CC); que si no hay ningún postor, el artículo 671 LEC legitima al acreedor a adjudicarse la finca por el 60 por 100 del valor de la misma o por la cantidad total que se le deba, a su elección y, si no opta, se alzaría el embargo a instancias del ejecutado; y que el artículo 579 LEC permite, por falta de satisfacción de la hipoteca, proseguir con la ejecución contra el resto del patrimonio del deudor; a lo que debe añadirse que la dación en pago no es de obligatoria aceptación por parte del acreedor (como se le obliga aquí, en contra de lo que señala el artículo 1169 del Código Civil y que puede ser de dudosa legalidad en el ámbito del crédito hipotecario por lo que hemos dicho en cuanto al pacto comisorio y a la causa del negocio).

(158) AC 2011/40.

(159) Ver, por ejemplo, <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/01/26/suvienda/1296040278.html> (disponible el 10-2-2011).

(160) RJ 2000/455.

Esta resolución firme *contra legem* puede ser muy disruptiva para el mercado hipotecario, dado que las entidades de crédito repercutirán en sus futuras operaciones de préstamo hipotecario el riesgo de que cualquier autoridad judicial pueda imponerles una quita en el recobro en caso de impago, al tiempo que ha generado aún más incertidumbre en el mercado (incluso internacional) de nuestros préstamos y valores hipotecarios (y sus *cash flows* relacionados).

Y, tercero, no podemos compartir la *ratio decidendi* del Auto, en tanto que el Tribunal sí que tenía otro valor de la finca en el momento de la ejecución (uno real, y no el teórico a efectos de subasta): 0 euros, porque nadie pujó por la finca (161) o, al menos, el 60 por 100 de su valor, porque hasta ese valor nadie pujó por ella (art. 671 LEC); y el hecho de que la Ley obligue al acreedor a adjudicársela por la mitad del valor de tasación es parte del riesgo de fluctuación del valor de la finca que se imputa *ex lege* a la entidad de crédito: el resto deberá conseguirlo sin garantía alguna. Las cosas no valen siempre lo mismo, sino que dependen de la oferta y de la demanda en nuestro sistema económico, de manera que, a falta de más datos, es incorrecto no haber tenido en cuenta el nuevo valor o, alternativamente, no haber aceptado la oferta de precio de adjudicación del valor ofrecido por la entidad de crédito, pues supera el 60 por 100 del valor de tasación original. Y si el banco ya se está adjudicando —obligatoriamente, dado que el resto de soluciones que le da la ley aún van más en contra de sus intereses— una finca que en el momento de la ejecución nadie apuesta por ella y debe continuar por el resto sin garantía (todo ello es parte del riesgo que debe absorber el acreedor), el deudor debe devolver todo lo que se le prestó (con garantía hipotecaria) porque el inmueble que compró se ha depreciado en el momento de la ejecución (riesgo de mercado no compensable y que debe ser asumido por el deudor/propietario). Y no puede excusarse que la tasación fue hecha por la entidad de crédito: independientemente de las malas prácticas bancarias en tasaciones excesivas (162) —un número de ellas, no olvidemos, en cohabitación con deudores que incluían bienes de consumo con la casa— a las que ya hemos hecho referencia, lo cierto es que es razonable que quien deja el dinero a devolver en treinta años o más por lo menos pueda valorar el (único) bien sobre el que preferentemente se podrá cobrar si el deudor impaga.

(161) Advertimos, no obstante, sobre la ineficacia de nuestro sistema de subastas en el punto siguiente.

(162) O, incluso, las tasaciones muy por debajo del valor real del inmueble fijadas en la escritura pública, que pueden garantizar la venta del inmueble al acreedor en caso de impago, sin dejar margen a que pueda existir sobrante, lo que perjudica al deudor hipotecario. Al tiempo también puede causar problemas con la interdicción del pacto comisorio del artículo 1859 del Código Civil, al pretender la entidad de crédito adjudicarse el inmueble a muy bajo precio, si el sistema de subasta no funciona correctamente (lo que comentamos en el punto siguiente). Esta mala práctica y sus consecuencias son analizadas profusamente por GONZÁLEZ-MENESES, *Lo que usted...*

En la misma línea que este AAP de Navarra, de 17-12-2010, se encuentra el AJPI, núm. 44 de Barcelona, de 4-2-2011 (163), que inaplica el artículo 579 LEC, al señalar que por mucho que el artículo 671 LEC permita adjudicarse al acreedor hipotecario la finca por el 60 por 100 de su valor de ejecución si queda la subasta desierta, dado que en este caso el valor de tasación para ejecución aportado —el fijado en la escritura de préstamo hipotecario— era superior al principal debido, considera el juzgador que el valor por el que se queda la finca no es realmente el 60 por 100 de este sino el 100 por 100, dado que ese es el valor que ha fijado el ejecutante a efectos de ejecución (pensemos que fue el pactado por las partes en la escritura, que necesariamente tuvo que ser supervisada por notario), de manera que no ha lugar a proseguir la ejecución sobre el resto del patrimonio del deudor hipotecario, al quedar suficientemente cubierta la deuda. Considera el juzgador, en definitiva, que en el patrimonio del acreedor hipotecario «no entra con tal valor [60 por 100] sino el real de mercado», que coincide con su valoración para subasta, que, en este caso, es el que fue fijado en la escritura. La argumentación que hemos desarrollado para la AAP de Navarra, de 17-12-2010, bien puede servir también para analizar este supuesto.

Dentro de este grupo de resoluciones, pero en sede concursal, podemos situar al AJM, núm. 3 de Barcelona, de 26-10-2010 (164). En este, con referencias homéricas y a dar una salida/segunda oportunidad al sobreendeudamiento de los consumidores, el Juez concursal decide concluir el procedimiento concursal contra dos pensionistas por inexistencia de bienes o derechos realizables de los concursados pero además, extinguir «las deudas concursales que no hayan podido ser satisfechas con cargo a la masa activa del concurso». A pesar de lo que señalan el artículo 1911 del Código Civil (aplicable a este caso, dado que las deudas concursales no satisfechas en el concurso por falta de bienes siguen debiéndose —art. 1156 CC sobre las causas que extinguen las obligaciones— y deberían haberse satisfecho en el futuro) y el 178.2 LC, el Juez considera que no puede prolongarse la situación de liquidación por trece años (los que calcula serán necesarios para que puedan devolver los créditos impagados que ahora no pueden pagar) ni tampoco condenarlos a que inmediatamente se vuelvan a encontrar en una situación de concurso porque siguen sin poder satisfacer las deudas que faltan, al estilo, dice, de «Sísifo, el rey de Éfira», es decir, condenándolos a abrir y cerrar concursos o a ejecuciones singulares que nunca podrán satisfacerse completamente. Y, prosigue, como no se les puede condenar ni a esto ni a una situación por trece años de liquidación, lo que provocaría la extinción física o moral de la persona o dejarla al albur de la beneficencia pública —lo que no está permitido por el proceso concursal—, sí que puede

(163) AC 2011/42.

(164) AC 2010/1828.

otorgar «cuanto menos la extinción de los créditos concursales» que no han sido satisfechos.

No obstante, a pesar de no encontrar esta resolución apoyo legal en nuestro derecho, sí es cierto que en otros ordenamientos jurídicos se han aprobado medidas protectoras de los consumidores, de manera que a estos se les condonan todas las deudas que no han podido ser satisfechas por el procedimiento concursal. Así se observa en la Figura 7.



FIGURA 7. Extinción o no de las obligaciones del consumidor tras su proceso concursal. En los países de color granate se extinguen el resto de deudas, mientras que no se hace en los países pintados de rosa. En los países con rayas no existe procedimiento concursal contra consumidores. Fuente: STÖCKER, O., y STÜRNER, R. (coords.), *Flexibility, security and efficiency of security rights over real property in Europe*, vol. III, 2.ª ed., vol. 44, 2010, Verband Deutscher Pfandbriefbanken, pág. 91 (versión actualizada en *Runder Tisch* de marzo de 2011).

Una tercera línea es la adoptada por la reciente SJPI, núm. 2 de Sabadell, de 30-9-2010 (165), por la cual se deja en suspenso la resolución de una ejecución hipotecaria al presentarse por parte del juzgador una cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 CE) de los artículos 695, 698 y 579 LEC por violación de los artículos 24 CE (tutela judicial efectiva), artículo 47 CE (derecho a una vivienda digna y adecuada) y artículo 9.3 CE (principio de interdicción de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos). Se plantea el juzgador en el FJ 2.º que no puede pasar a resolver la ejecución porque las tasadas causas

(165) AC 2010/2018.

de oposición que admite la LEC en la ejecución hipotecaria no le permiten tener en cuenta «las especiales circunstancias fácticas y los antecedentes contractuales previos a la demanda» que, según su criterio, a pesar de generar «una situación jurídica relevante [esta] no puede ser tenida en cuenta por la instancia judicial para resolver la oposición» debido a los artículos 695 y 698 LEC. Estas consideraciones las apunta el juzgador en el FJ 1.º, señalando que la ejecutada es «una señora mayor, que percibe una pensión baja, con pérdida de audición y un nivel cultural bajo» que acudió a una inmobiliaria donde le informaron de que «vendiendo su vivienda actual podía acceder a una nueva vivienda, pagando una pequeña hipoteca» lo que se financiaría con dos créditos hipotecarios (uno de ellos sobre su actual vivienda habitual) que «serían abusivos y temerarios». En base a la posible existencia de este vicio y a la, ya citada en este trabajo STS de 16-12-2009, considera que la imposibilidad de evitar la ejecución por nulidad del título no es ajustado a la Constitución. Para evitar una solución igual que la de la STC 41/1981, de 18 de diciembre (166) en la que se admitió la limitación de causas de oposición en el antiguo procedimiento ejecutivo del artículo 131 LH, aporta que la realidad actual ha variado, que ha habido cambios en contra del ejecutado en el procedimiento previsto en la LEC (que el ejecutado podía efectuar alegaciones en un requerimiento previo, la información que debía incluir el ejecutante en la demanda y las extraordinarias condiciones que se imponen al demandado para poder acudir al declarativo), y que en aquel supuesto los ejecutados eran personas jurídicas. Entiende el juzgador que, en base al principio de accesoria de la hipoteca al crédito, debería ser posible para el juzgador que dilucida la ejecución hipotecaria comprobar los vicios del consentimiento generadores de nulidad de dicho crédito (y autorizar la práctica de pruebas necesarias para verificarlo) dado que, de darse, la hipoteca no podría ejecutarse (los vicios del crédito afectan a la hipoteca). Recoge asimismo la idea de que la ejecutabilidad de la hipoteca sin cognición previa de los antecedentes le deriva de la conformación adecuada del título ejecutivo, es decir, la escritura notarial; pero recuerda el juzgador que la STS de 16-12-2009 aceptó que pueden haber vicios incluso en escrituras notariales (167). Considera el juez que el procedimiento ordinario previsto para el deudor en el artículo 698 LEC es insuficiente para garantizar al deudor hipotecante sus derechos constitucionales, en tanto que no suspende la ejecución ni la puede «entorpecer», dado que un deudor hipotecante lanzado de su vivienda habitual difícilmente podrá recuperar su situación anterior de prosperar el proceso que plantee vía artículo 698 LEC. Creemos que, con buen criterio, el juzgador pone en duda la adecuación del artículo 579 LEC en tanto que esta prosecución de la ejecución sobre el resto de bienes del deudor puede causar indefensión, especialmente en el caso en que

(166) RTC 1981/41.

(167) Así nos hemos pronunciado también *supra*.

no se le de a este otro trámite de oposición. De hecho, este precepto es de los más pro-acreedor en Europa, tal y como lo muestra la Figura 8.

A pesar de los sólidos argumentos, la cuestión de constitucionalidad ha sido recientemente rechazada por ATC 21-7-2011.

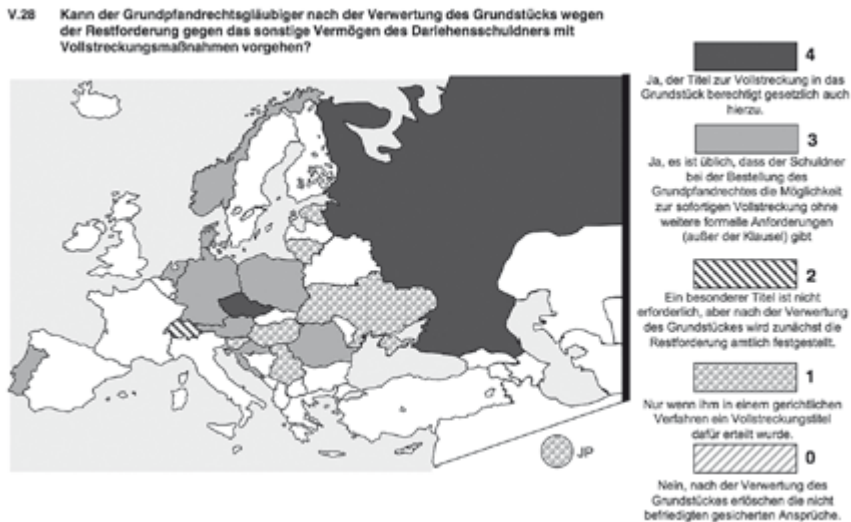


FIGURA 8. Modo de continuación de la ejecución sobre el resto de bienes del deudor. España estaría, junto a pocos países más, en la posición 4, que es la que permite seguir ejecutando con el mismo título que ha dado lugar a la ejecución hipotecaria.

El resto de países necesitan algún paso intermedio. Fuente: STÖCKER, O., y STÜRNER, R. (coords.), *Flexibility, security and efficiency of security rights over real property in Europe*, vol. III, 2.^a ed., vol. 44, 2010, Verband Deutscher Pfandbriefbanken, pág. 71 (versión actualizada y adaptada del mapa núm. V13 en reunión de *Runder Tisch* en marzo de 2011).

3.3.7. Mayor transparencia y generalización de la subasta

Dado todo lo comentado hasta el momento, a nuestro juicio es imprescindible una mayor transparencia y generalización de la subasta en sí, que contribuiría, sin duda, a hallar el valor real de los precios de las fincas ejecutadas, aumentándose la posibilidad de conseguir más cantidad por cada inmueble.

Parte de la problemática de los bajos precios obtenidos de las viviendas subastadas proviene de que el sistema actual de subasta (arts. 667, 668, 645 y 646 LEC; sistema de edictos y publicidad en el tablón de anuncio en el juzgado) no favorece la participación masiva de pujas (por ejemplo, *on-line*, al estilo *e-bay*), de manera que no se crea una real competencia entre todos

los que potencialmente podrían estar interesados en el inmueble en cuestión. Por lo tanto, el problema para el deudor de que la entidad de crédito continúe la ejecución sobre el resto de su patrimonio, se acucia (168). También quedan perjudicados otros acreedores del deudor hipotecario, tanto fuera como dentro de concurso, al no quedar suficiente sobrante para satisfacerse.

La combinación de los artículos 645, 646 y 668 LEC prevé un sistema de publicidad de la subasta muy restringido que no permite averiguar el valor real de la finca, lo que va claramente en contra del deudor/hipotecante que ve cómo no se consigue el mejor precio para su bien inmueble (169) y que deberá responder por el resto con el resto de su patrimonio.

Un sistema de publicidad tan restringido como el español, según ha podido verificar este autor, solo se prevé, en nuestro entorno europeo, en Bosnia, mientras que en el resto de países se prevé divulgación en prensa y, los más avanzados, su divulgación en internet con posibilidad, incluso, de hacer pujas *on-line*, como en Estonia. Existe en nuestro país una iniciativa de llevar las subastas a internet. Se trata de la iniciativa aislada de un Secretario judicial de Murcia que recibió por ello el Premio «Balanza de Cristal de la Justicia» de 2006, que culminó con la creación por parte del Ministerio de Justicia de la web de «subastas judiciales electrónicas». No obstante, a día de hoy, solo los juzgados de Murcia utilizan el portal (170), sin que consten más adheridos.

4. MALAS PRÁCTICAS EN OPERACIONES PASIVAS

Dado el limitado alcance de este trabajo y como se han tratado más extensamente estas cuestiones en otro sitio (171) nos limitaremos a hacer un resumen de la problemática legal de nuestros valores hipotecarios que lastra su capacidad para atraer financiación (especialmente internacional) a nuestras entidades de crédito (falta de confianza), destacando algunas malas prácticas relacionadas con ellos.

Piénsese, en definitiva, que si nuestros valores no son transparentes y se comercializan con malas prácticas tenemos como resultado una crisis de financiación de las entidades de crédito, es decir, una paralización de la concesión de

(168) Ver en http://www.youtube.com/watch?v=FwrPYc1Uzww&feature=player_embedded el acontecimiento en noviembre de 2010 de la paralización de una subasta en Tarragona por parte de un grupo denominado «Plataforma de afectados por la hipoteca», cuya web es <http://afectadosporlahipoteca.wordpress.com/>.

(169) Especialmente en un mercado tan poco transparente como el inmobiliario.

(170) Consulta efectuada el 20-4-2011 en <https://subastas.mjusticia.es/subastas/home.do>. Algo más de información en www.e-justicia.es/index.html.

(171) Fundamentalmente NASARRE AZNAR, *La garantía...*, *in toto*, y MUÑIZ, NASARRE y SÁNCHEZ JORDÁN (coords.), *La reforma...*, págs. 399 a 552.

créditos y préstamos hipotecarios por parte de estas a empresas y particulares, produciéndose un estancamiento de la economía, que es precisamente lo que llevamos sufriendo desde septiembre de 2007.

4.1. CÉDULAS HIPOTECARIAS. LAS MAL LLAMADAS «CÉDULAS ESTRUCTURADAS»

Las cédulas hipotecarias, los valores refinanciadores de hipotecas por excelencia en España, representan deuda para la entidad. Para su fortaleza a nivel internacional debe quedar clara su garantía y su comportamiento en caso de concurso de la entidad emisora en relación al resto de acreedores de esta.

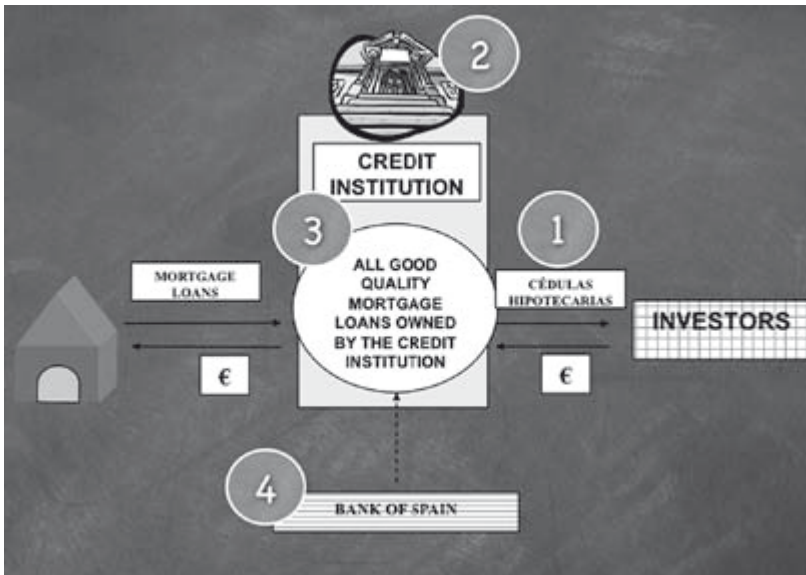


FIGURA 9. Estructura de las cédulas hipotecarias y problemática.
Fuente: elaboración propia.

Su problemática principal, incluso después de la reforma que sufrieron en la Ley 41/2007, puede resumirse en los siguientes cuatro puntos (172) y, visualmente, se concentra en la Figura 9:

(172) Sin perjuicio, reiteramos de hallar una completa explicación a estas afirmaciones, del todo necesaria, en NASARRE AZNAR, *La garantía...*, págs. 953 a 971, y MUÑIZ, NASARRE y SÁNCHEZ JORDÁN (coords.), *La reforma...*, págs. 665 a 678.

- a) Garantía incierta (núm. 1, Figura 9). La que figura literalmente en el artículo 12 LMH no está admitida en nuestro derecho desde la LH de 1861: una subhipoteca legal, general y tácita.
- b) Existen dudas de diversa naturaleza sobre su comportamiento concursal (núm. 2, Figura 9), que derivan de su doble condición de créditos contra la masa y de créditos concursales.
- c) Un registro de cobertura insuficientemente regulado y con utilidad muy limitada (núm. 3, Figura 9).
- d) Ausencia de rol de los Registradores de la Propiedad que puedan comprobar la calidad de las hipotecas incluidas en la cobertura de las cédulas e inexistencia de un fiduciario independiente que controle todas las operaciones en todo momento (núm. 4, Figura 9).

A ello hay que añadir que, a pesar de que la denominación de las cédulas hipotecarias está protegida (art. 13.1 RD 716/2009), tal denominación está implicada de dos modos en las malas prácticas bancarias:

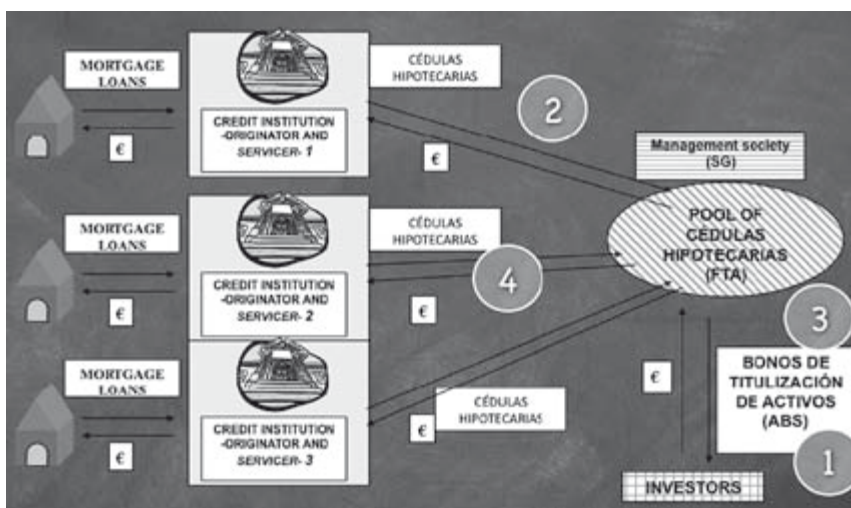


FIGURA 10. Estructura estándar de las cédulas estructuradas.

Fuente: Elaboración propia.

- a) Las cédulas hipotecarias no son ni «cédulas» (prácticamente en ningún caso se representan mediante documento) ni son «hipotecarias», dado que no tienen garantía hipotecaria, a pesar de la literalidad del artículo 12 LMH. De manera que el nombre, ya en sí, puede conllevar a error a los inversores. La cuestión es más problemática cuando

se les debe explicar a los inversores (por ejemplo, minoristas) cuál es realmente su garantía tanto en caso de ejecución singular como en caso de insolvencia, especialmente cuando no es la que aparece en la norma y se han comercializado transcribiendo esta (la práctica más habitual) (173).

- b) Por otra parte, diversas entidades emisoras se han aprovechado de las cédulas hipotecarias y han comercializado otros valores, distintos de los previstos en el artículo 12 LMH, a los que han denominado «cédulas estructuradas» o «cédulas cajas» con clara vocación de, al tiempo que se respeta la protección de denominación del artículo 13.1 del RD 716/2009, hacer creer al inversor que son cédulas y que tienen su garantía legal, al estilo de las *Jumbopfandbriefe* alemanas (que sí son cédulas). Tal y como se observa en la Figura 10, que muestra una estructura estándar de una cédula estructurada, poco tiene que ver con la estructura de la Figura 9, ya que, entre otras diferencias, las cédulas estructuradas no tienen ni la garantía de los artículos 12 y 14 LMH —de hecho, según el art. 5.8 de la Ley 19/1992, de 7 de julio (174), no tienen ninguna acción directa— ni tampoco un *pool* de créditos hipotecarios sino, precisamente, conformado por cédulas hipotecarias. Y es que las «cédulas estructuradas» no son más que un tipo de bonos de titulización de activos (o ABS) no reguladas por la LMH sino por el RD 926/1998, de 14 de mayo (175).

4.2. BONOS HIPOTECARIOS

A diferencia de las cédulas, los bonos hipotecarios no tienen como garantía todas las hipotecas (que reúnan los requisitos del art. 5 LMH) que en cualquier tiempo tenga la entidad de crédito, sino que se crean *pools* de créditos hipotecarios sobre los que estos se emiten, de manera que los cubren, tal y como lo muestra la Figura 11.

(173) Hemos cogido como ejemplo la reciente (de 20-4-2010) emisión de cédulas hipotecarias de Caja España (9.ª emisión de cédulas hipotecarias), cuyas condiciones finales están publicadas en la CNMV (disponibles en www.cnmv.es). En su página 4, al hablar del «Garante y naturaleza de la garantía», indica, transcribiendo el artículo 12 LMH, que: «El capital y los intereses de las cédulas están especialmente garantizados, sin necesidad de inscripción registral, por hipoteca sobre todas las que en cualquier tiempo consten inscritas a favor de la entidad emisora y no estén afectas a emisión de bonos, ni préstamos o créditos que hubieran sido objeto de participación».

(174) BOE de 14 de julio de 1992, núm. 168, pág. 24123.

(175) BOE de 15 de mayo de 1998, núm. 116, pág. 16279.

Su principal fortaleza frente a las cédulas era la anotación de su garantía en el Registro de la Propiedad (art. 13 LMH), lo que ha desaparecido tras la reforma de la Ley 41/2007 (núm. 3, Figura 11). Y en cambio se han mantenido sus tradicionales problemas, como es la naturaleza de su garantía (núm. 1, Figura 11) que ha dejado de ser *erga omnes*, un sindicato de tenedores de bonos menos operativo que su equivalente en el *Treuhänder* alemán o los *trustees* ingleses (núm. 2, Figura 11), o su inherente falta de liquidez, en tanto que son unos valores únicos en Europa —de manera que no tienen acceso a su negociación en los mercados internacionales al ser desconocidos— al tiempo que distorsionan tanto el mercado (confusión) como la garantía (los bonos les son preferentes) de las cédulas hipotecarias.

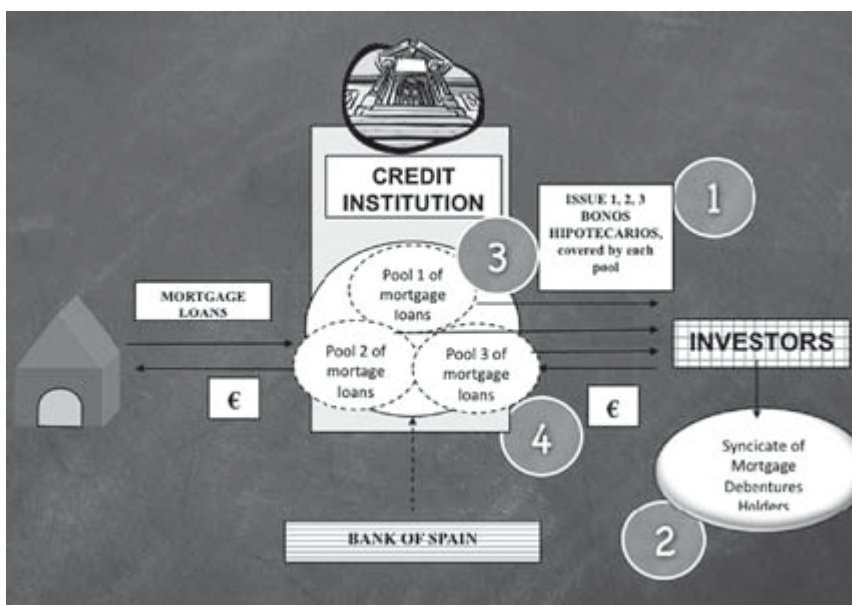


FIGURA 11. Estructura de los bonos hipotecarios y problemática.
Fuente: Elaboración propia.

4.3. LA TITULIZACIÓN: PARTICIPACIONES HIPOTECARIAS Y LOS BONOS DE TITULIZACIÓN HIPOTECARIA

La combinación entre participaciones hipotecarias y bonos de titulización conforman la estructura de la titulización hipotecaria en España. Esta combinación es única en las mayores titulizaciones en el mundo, que se efectúan

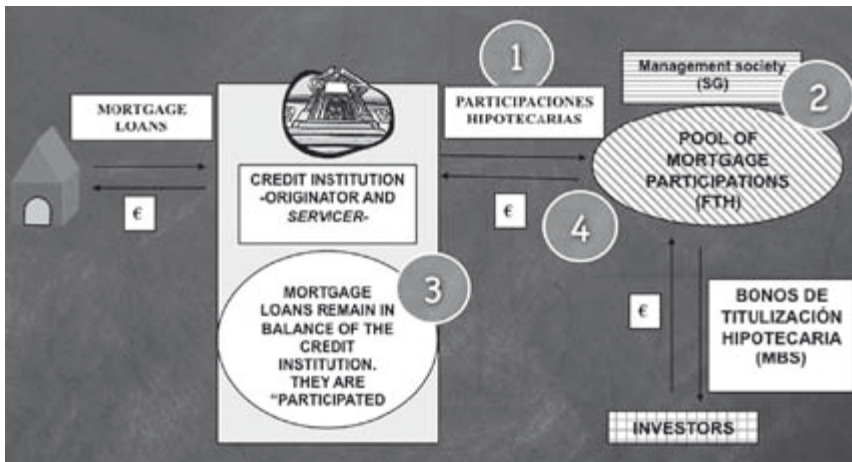


FIGURA 12. Estructura de la titulización hipotecaria. Fuente: elaboración propia.

a través de trusts. Grosso modo, la problemática de la titulización española es debido a esta estructura que, desde un punto de vista jurídico, está mal resuelta.

Así, es difícil determinar cuál es la naturaleza jurídica de las propias participaciones (núm. 1, Figura 12) en tanto que son un modo de transmitir masivamente créditos hipotecarios a un vehículo (FTH) sin tenerlos que ceder legalmente (art. 149 LH). Es decir, provocan el efecto de «transmitir sin ceder», lo que difícilmente es comprensible, ergo difícilmente aceptable por un juez. Ello provoca que entre la LMH y el RMH existen una serie de disposiciones contradictorias que, las unas, hacen ver que el acreedor hipotecario (núm. 2, Figura 12) sigue siendo la entidad de crédito, y las otras, muestran cómo lo es el partícipe. Por otra parte, con la finalidad de minimizar el gasto para la entidad de crédito que pretende titular, la ley no requiere que el hecho de hacer «participar» un crédito hipotecario conste en el Registro de la Propiedad, de manera que ningún tercero puede conocer tal hecho, lo que posibilita que la entidad de crédito «vuelva» a participar el mismo crédito hipotecario para otra emisión, perjudicando así a los inversores de ambas emisiones y que, además, tiene otro efecto secundario: si la entidad de crédito transmite o grava el crédito hipotecario «participado» y dicho gravamen o transmisión se hace constar en el Registro de la Propiedad los partícipes se quedan sin nada, en base al artículo 34 LH (núm. 3, Figura 12). Desde luego, esta estructura no puede más que generar desconfianza entre los inversores internacionales, en tanto que, primero, les es desconocida y, segundo, este castillo de naipes no sigue las reglas de nuestro Derecho Civil (núm. 4, Figura 12).

A todo ello se le añaden los problemas propios de la titulación española en sí (la emisión de los BTH en base a la Ley 19/1992), tales como la naturaleza jurídica del fondo de titulación hipotecaria (comportamiento civil, procesal y tributario) o la ausencia de derechos de protección de los inversores.

Por último, debe añadirse que desde la Ley 44/2002, las entidades de crédito españolas quedaron legitimadas para titularizar, a través de los certificados de transmisión de hipotecas, las «hipotecas *subprime*», es decir, aquellas que no cumplen los requisitos del artículo 5 LMH (como las que tienen un LTV muy elevado, o segundas hipotecas), lo que contribuyó, primero, a la generalización del riesgo de impago de dichas hipotecas entre los inversores, incluidos los internacionales y, segundo, permitió a las entidades de crédito a seguir prestando «más arriesgadamente» porque, al fin y al cabo, el riesgo de impago era trasladado a los inversores (lo que, por cierto, fue el detonante de la presente crisis mundial en EEUU al llevar a cabo sus entidades financieras esta misma práctica).

5. CONCLUSIONES

1. La problemática de acceso (o mantenimiento) a la vivienda que estamos viviendo desde el comienzo de la presente crisis en 2007 está estrechamente vinculada a su financiación mediante préstamos hipotecarios, al tiempo que a su doble condición mal resuelta de «activo económico» y sede de derechos fundamentales. El deficiente funcionamiento de nuestro mercado de vivienda en alquiler ha llevado a muchas familias al sobreendeudamiento, que ha sido animado por un fácil acceso al préstamo. Algunas de las prácticas bancarias aquí estudiadas han contribuido a tal proliferación del préstamo, como que la entidad de crédito pueda comercializar en mejores condiciones préstamos a interés variable (más atractivos por la coyuntura del Euribor) gracias a que parte de su riesgo de tipo de interés lo asume el propio consumidor o minorista (cláusulas suelo o *swaps*) o el hecho de que se haya permitido refinanciar a nuestras entidades de manera masiva mediante las atípicas «cédulas estructuradas», que pese a la semejanza en al denominación, no son cédulas hipotecarias del artículo 12 LMH.
2. En lo que se refiere tanto a las cláusulas suelo como a los *swaps*, las entidades de crédito han utilizado a los tomadores de préstamos hipotecarios como medio para cubrir su propio riesgo de tipo de interés al comercializar préstamos hipotecarios a interés variable (más atractivos para el mercado). Ni los consumidores ni los minoristas son los adecuados para realizar esta tarea, ya que la entidad de crédito puede recurrir a otras contra-partes (las elegibles) para paliar este riesgo, como así

lo prevén los artículos 12.2, 13.2 y 14.1 LMH y en el artículo 20 del RD 716/2009. Ello es especialmente cierto para ambas fórmulas aquí estudiadas.

3. Así, para las cláusulas suelo, la problemática es doble: por un lado la falta de beneficios claros para el consumidor a la hora de cubrir a la entidad de crédito, dado que no lo son las cláusulas techo al no ser probable que se den ni tampoco verificarse en cuánto se ha reducido su tipo de interés a cambio de suscribir la cláusula suelo; y, por otro, en una falta de presentación a este de lo que realmente implica la cláusula (gracias a ella la entidad de crédito puede ofertarle en esas condiciones el préstamo hipotecario ya que cubre parte del riesgo de tipo de interés con aportaciones extras por parte del consumidor), de manera que difícilmente puede sostenerse la validez de este tipo de cláusulas, si son comercializadas en estas condiciones porque el consumidor no ha podido formar correctamente su voluntad (art. 82.1 del RDL 1/2007). Su control notarial no las exime de poder ser declaradas nulas.
4. Y para los *swaps*, la complejidad del producto financiero, lo inadecuado de la contra-parte, el modo de comercialización como algo que «asegura» al prestatario, cuando realmente está asegurando al prestamista, al tiempo que la falta de control notarial, lo hacen aún más susceptible de nulidad, especialmente si no se ha provisto de la adecuada información siguiendo la normativa MiFID.
5. En cuanto a esta, se ha descrito en el trabajo la relación entre la preclasificación de los clientes de banca, la clasificación de los tipos de producto y la relación que se quiere establecer con la entidad de crédito, y qué implicaciones tiene todo ello en relación a la información provista (a través de los tests de idoneidad y de conveniencia). Entendemos que todo ello son reglas de mínimos que no suplen un cúmulo de situaciones por las cuales, a pesar de las precauciones previstas en la LMV reformulada por la MiFID, aún cabría la posibilidad de recurrir al error obstativo o al dolo invalidante del negocio que dio lugar a la contratación de un producto o servicio en cuestión, si de ello se deriva un perjuicio económico para el cliente consumidor o minorista. Piénsese que, en definitiva, la LMV solo prevé la prohibición de contratación para el caso de no superar o no proveer información sobre un test de idoneidad, pero no se prevé solución similar, sino solamente advertencias, para el caso de no superar el test de conveniencia.
6. La falta de soluciones a nivel legislativo para paliar la acuciante situación de miles de familias sobreendeudadas, ha compelido a diversas resoluciones judiciales a resolver, mediante forzadas interpretaciones de la normativa vigente, más en equidad que en derecho, la problemática que se les plantea o la dejan en suspenso mediante una cuestión de

constitucionalidad. En las resoluciones comentadas no puede quedar soslayado el artículo 1911 del Código Civil y el hecho de que la hipoteca, en nuestro ordenamiento jurídico, es una garantía que no puede agotar la deuda, a no ser que se haya pactado la realización únicamente sobre el bien gravado. Es obligación natural de todo deudor devolver todo el capital recibido en préstamo y es notorio que no siempre las cosas (las casas) valen lo mismo.

7. Se han analizado una serie de situaciones deficitariamente resueltas en nuestro sistema jurídico, todas ellas relacionadas con la problemática del sobreendeudamiento hipotecario. Así, se ha hecho referencia a la nueva normativa de la hipoteca inversa, y las «prácticas de atar» y despatrimonialización que puede comportar. Hemos también comprobado que no es sencilla la admisión de la dación en pago y que esta es completamente excepcional en Europa y solo admitida en EEUU por una cuestión de conveniencia. También hemos llamado la atención sobre la falta de un adecuado marco jurídico especial para la responsabilidad civil de las agencias de calificación, la regulación a destiempo del control de las tasaciones inmobiliarias o la necesidad de una mayor transparencia y generalización de la subasta potenciando que se realice a través de internet.
8. En cuanto a las operaciones pasivas, en este ámbito del mercado hipotecario encontramos desde un punto de vista legal algunas causas de la falta de plena eficacia de nuestros valores refinanciadores de créditos hipotecarios. Al tiempo, la comercialización de las «cédulas estructuradas», la subsistencia de los bonos hipotecarios o la posibilidad de refinanciar créditos hipotecarios *sub-prime* han coadyuvado a que nuestras operaciones pasivas no tengan una aceptación óptima en el mercado internacional, de manera que, *indirecte*, provocan problemas de liquidez a nuestras entidades de crédito, con lo que ello conlleva para empresarios y consumidores.

BIBLIOGRAFÍA

- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS: *Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado*, Sr. Miloon Kothari. Misión a España, A/HRC/7/16/Add.2, 7-2-2008.
- ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE BANCOS, CAJAS Y SEGUROS: *Por unas medidas y soluciones urgentes al grave problema del endeudamiento y sobreendeudamiento de las familias en España*, http://www.adicae.net/download/ADICAE_sobn.pdf.
- BANCO DE ESPAÑA: *Informe anual 2004*, www.bde.es.
- *Memoria del servicio de reclamaciones, 2009*.
- *Informe sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios*, BOCG, Senado, Serie I, 7-5-2010 (457).

- CASTILLA CUBILLAS, Manuel: «Sobre la abusividad de las cláusulas “suelo” hipotecario y el Informe al respecto del Banco de España», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1/2011.
- COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES: *White paper on the Integration of EU Mortgage Credit Markets*, COM(2007) 807 final, Bruselas, 18-12-2007.
- CONSEJO DE CONSUMIDORES Y USUARIOS: *Dictamen de iniciativa propia del Consejo de Consumidores y usuarios relativo a la situación de endeudamiento y sobreendeudamiento financiero de las familias en la actual situación de crisis económica y de crédito*, Madrid, 10-2-2009.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: *Datos sobre el efecto de la crisis en los órganos judiciales 3T 2010*, disponible en www.poderjudicial.es.
- *Datos de divorcios ingresados 3T 2010*, disponible en www.poderjudicial.es.
- DEL POZO CARRASCOSA, Pedro: «La venda a carta de gràcia en el dret civil de Catalunya», en *Estudis de Dret Privat Català*, núm. 1, Barcelona, 1993, Generalitat de Catalunya-Departament de Justícia.
- FELIU REY, Manuel Ignacio: *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Madrid, 1995, Ed. Civitas.
- GARDNER, Simon: *An introduction to land law*, 2nd Ed., 2009, Hart Publishing.
- GONZÁLEZ-MENESES, Manuel: «Lo que usted no negoció de su hipoteca», en *El Notario del siglo XXI*, Colegio Notarial de Madrid, núm. 10, noviembre-diciembre de 2006.
- LEIRADO CAMPO, Luis: «Las entidades de tasación», en MUÑIZ, NASARRE y SÁNCHEZ JORDÁN (coords.): *La reforma del mercado hipotecario*, Madrid, 2009, Ed. Edisofer.
- LLAMAS POMBO, Eugenio: «Comentario al artículo 10.bis LGCU», en LLAMAS POMBO, Eugenio: *Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, Madrid, 2005, La Ley.
- MARTÍNEZ-GIL VICH, Ignacio: «Comentario al artículo 193», en A. RODRÍGUEZ y J. DE PRADA (coords.): *Nueva legislación notarial comentada*, Madrid, 2007.
- MINISTERIO DE VIVIENDA, *Vivienda protegida. 2001-2008*, disponible en http://www.mviv.es/es/index.php?option=com_content&task=view&id=687&Itemid=430.
- MORENO ESPEJO, Antonio, y BUENAVENTURA CANINO, Rodrigo: «Directiva MiFID, reforma de la Ley del Mercado de Valores e implicaciones en el caso español», en *Ekonomiaz*, núm. 66, 3.^{er} cuatrimestre, 2007.
- MUÑIZ ESPADA, Esther: «La hipoteca de máximo del artículo 153.bis de la Ley Hipotecaria», en MUÑIZ, NASARRE y SÁNCHEZ JORDÁN (coords.): *La reforma del mercado hipotecario*, Madrid, 2009, Ed. Edisofer.
- MUÑIZ, NASARRE y SÁNCHEZ JORDÁN (coords.): *Un modelo para una Eurohipoteca. Desde el informe Segré hasta hoy*, Madrid, 2008, Fundación Registral del Colegio de Registradores de España.
- *La reforma del mercado hipotecario*, Madrid, 2009, Ed. Edisofer.
- NASARRE AZNAR, Sergio: «El anteproyecto de ley financiera y la refinanciación crediticia: una reforma inadecuada e innecesaria», en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 98.
- *Tort law-Spain*, «International Encyclopaedia of Laws», Blanplain (ed.), The Netherlands, 2008, Kluwer Law International.

- «Las novedades en la emisión de cédulas hipotecarias. Atención al Registro Contable Especial», en MUÑIZ, NASARRE y SÁNCHEZ JORDÁN (coords.): *La reforma del mercado hipotecario*, Madrid, 2009, Ed. Edisofer.
 - «Las novedades en la emisión de los bonos hipotecarios (art. 2.6 de la Ley 41/2007)», en MUÑIZ, NASARRE y SÁNCHEZ JORDÁN (coords.): *La reforma del mercado hipotecario*, Madrid, 2009, Ed. Edisofer.
 - «The integration of the mortgage markets in Europe (Part 1)», en *Silesian Journal of Legal Studies*, 2011, vol. 3, págs. 39 a 57.
 - «La insuficiencia de la normativa actual sobre el acceso de la vivienda en propiedad y en alquiler: la necesidad de instituciones jurídico-privadas alternativas para facilitar el acceso a la vivienda. Algunas propuestas», en Sergio NASARRE AZNAR (dir.): *El acceso a la vivienda en un contexto de crisis*, Madrid, 2011, Ed. Edisofer.
- NASARRE AZNAR, Sergio, y RIVAS NIETO, Estela: «La naturaleza jurídico-privada y el tratamiento fiscal de las nuevas sociedades cotizadas de inversión en el mercado inmobiliario (SOCIMI) en la Ley 11/2009», en *Contabilidad y Tributación*, núm. 321, diciembre de 2009.
- OUTOMURO PÉREZ, Begoña: «Contratación de seguros vinculados. Criterios del Servicio de Reclamaciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones sobre los seguros vinculados a préstamos hipotecarios», en *El Notario del siglo XXI*, Colegio Notarial de Madrid, núm. 16, vol. 2, noviembre-diciembre de 2007.
- PAYO ALCARAZ, Isabel: «Cláusulas de variabilidad del tipo de interés. Redondeo, comisiones y gastos», en *El Notario del siglo XXI*, Colegio Notarial de Madrid, núm. 16, vol. 2, noviembre-diciembre de 2007.
- PÉREZ HEREZA, Juan: «La importancia de la transparencia de las condiciones financieras. Cláusula de amortización anticipada», en *El Notario del siglo XXI*, Colegio Notarial de Madrid, núm. 16, vol. 2, noviembre-diciembre de 2007.
- REDONDO TRIGO, Francisco: «La nulidad absoluta de los derivados financieros por incumplimiento de la normativa MIFID», en *RCDI*, núm. 723.
- STÖCKER, O., y STÜRNER, R. (coords.): *Flexibility, security and efficiency of security rights over real property in Europe*, vol. III, 2.^a ed., vol. 44, 2010, Verband Deutscher Pfandbriefbanken.
- STÜRNER, R., y KERN, C.: «Grundsatzfragen des US-Hypothekenrechts», en SCHWENZER/Hager (Hrsg.), *Festschrift für Peter Schlechtriem*, 2003.
- VALLÉS Y PUJALS, J.: *Del préstamo a interés, de la usura y de la hipoteca*, Barcelona, 1993, Librería Bosch.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES JUDICIALES UTILIZADAS (POR ORDEN CRONOLÓGICO)

TRIBUNAL SUPREMO Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ATC de 21-7-2011

STS de 29-12-2010 (RJ 2011/148)

STS de 4-11-2010 (RJ 2010/8021)

STS de 5-3-2010 (*RJ* 2010/2390)
STS de 22-12-2009 (*RJ* 2010/703)
STS de 16-12-2009 (*RJ* 2010/702)
STS de 9-6-2009 (*RJ* 2009/3386)
STS de 5-5-2009 (*RJ* 2009/2907)
STS de 22-2-2007 (*RJ* 2007/1520)
STS de 25-1-2007 (*RJ* 2007/592)
ATS de 4-7-2006 (*JUR* 2006/190875)
STS de 22-6-2004 (*RJ* 2004/3958)
STS de 29-1-2004 (*RJ* 2004/1379)
STS de 25-11-2003 (*RJ* 2003/8093)
STS de 17-7-2003 (*RJ* 2003/6575)
STS de 13-12-2000 (*RJ* 2000/9333)
STS de 27-11-2000 (*RJ* 2000/9525)
STS de 16-5-2000 (*RJ* 2000/5082)
STS de 19-4-2000 (*RJ* 2000/2963)
STS de 28-1-2000 (*RJ* 2000/455)
STS de 8-10-1998 (*RJ* 1998/7559)
STS de 7-11-1997 (*RJ* 1997/8348)
STS de 20-3-1996 (*RJ* 1996/ 2244)
STS de 29-1-1996 (*RJ* 1996/735)
STS de 24-5-1995 (*RJ* 1995/4262)
STS de 25-2-1995 (*RJ* 1995/1643)
STS de 17-7-1990 (*RJ* 1990/6566)
STS de 31-1-1984 (*RJ* 1984/495)
ATC de 20-7-1983 (*RTC* 1983/359 AUTO)
STC 41/1981, de 18 de diciembre (*RTC* 1981/41)

AUDIENCIAS PROVINCIALES

AAP de Navarra, de 28-1-2011 (*AC* 2011/40)
SAP de Álava, de 26-1-2011
SAP de León, de 21-1-2011
SAP de Álava, de 18-1-2011
AAP de Navarra, de 17-12-2010 (*AC* 2011/1)
SAP de Asturias, de 16-12-2010 (*JUR* 2011/62409)
SAP de Burgos, de 3-12-2010 (*AC* 2010/2397)
SAP de Burgos, de 10-11-2010 (*AC* 2010/1918)
SAP de Zaragoza, de 26-10-2010 (*JUR* 2010/412347)
SAP de Valencia, de 6-10-2010 (*JUR* 2011/43412)
SAP de Ávila, de 9-9-2010 (CENDOJ 05019370012010100355)

SAP de Asturias, de 23-7-2010 (*JUR* 2010/302423)
SAP de Pontevedra, de 16-7-2010 (*JUR* 2010/296134)
SAP de Cáceres, de 18-6-2010 (*AC* 2010/1070)
SAP de Asturias, de 27-1-2010 (*AC* 2010/6)
SAP de Álava, de 7-4-2009 (*AC* 2009/995)
SAP de Jaén, de 27-3-2009 (*AC* 2009/1604)
SAP de Valencia, de 2-6-2008 (*JUR* 2008/309955)
AAP de León, de 24-2-1998 (*AC* 1998/4206)

JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA Y JUZGADOS DE LO MERCANTIL

SJM, núm. 1 de León, de 11-3-2011 (*AC* 2011/179)
AJPI, núm. 44 de Barcelona, de 4-2-2011 (*AC* 2011/42)
AJM, núm. 3 de Barcelona, de 26-10-2010 (*AC* 2010/1828)
SJM, núm. 2 de Sevilla, de 30-9-2010 (*AC* 2010/1550)
SJPI, núm. 2 de Sabadell, de 30-9-2010 (*AC* 2010/2018)
SJPI, núm. 71 de Madrid, de 9-6-2010 (*AC* 2010/1150)
SJPI, núm. 1 de Badajoz, de 24-11-2009 (*AC* 2010/39)
SJPI, núm. 1 de Madrid, de 2-9-2009 (*AC* 2009/1751)

RESOLUCIONES EN OTRAS JURISDICCIONES

STJCE de 3-6-2010 (UE) (TJCE 2010/162)
STEDH de 16-11-2004 (E) (Demanda núm. 4143/2002)
Royal Bank of Scotland Plc. v. Etridge (No. 2) (UK) ([2002] 2 AC 773)
Barclays Bank Plc. v. O'Brien (UK) ([1994] 1 AC 180)

RESUMEN

*MERCADO HIPOTECARIO
HIPOTECA INVERSA
DACIÓN EN PAGO*

La problemática de acceso a la vivienda que se ha recrudecido desde el comienzo de la crisis en 2007 está estrechamente vinculada a su financiación mediante préstamos hipotecarios, al tiempo que a su doble condición —mal resuelta— de activo económico y de sede de derechos funda-

ABSTRACT

*MORTGAGE MARKET
REVERSE MORTGAGE
DATION EN PAIEMENT (SURRENDER
IN LIEU OF PAYMENT)*

The issue of access to housing that has intensified since the beginning of the crisis in 2007 is closely linked to its financing through mortgage loans, while to its poorly resolved dual condition as an asset and as a fundamental right. The poor perfor-

mentales. El deficiente funcionamiento de nuestro mercado de vivienda en alquiler ha llevado a muchas familias al sobreendeudamiento, que ha sido animado por un fácil acceso al préstamo. Algunas de las prácticas bancarias aquí estudiadas han contribuido a tal proliferación del préstamo hipotecario, como que la entidad de crédito pueda comercializar en mejores condiciones préstamos a interés variable gracias a que parte de su riesgo de tipo de interés lo asume el propio consumidor o minorista (cláusulas suelo o swaps, que se analizan desde un punto de vista jurisprudencial y de las MiFID) o al hecho de que se haya permitido refinanciar a nuestras entidades de manera masiva mediante las atípicas «cédulas estructuradas». A lo largo del trabajo se analiza el rol del notario en relación al control de la legalidad, el fenómeno de resoluciones judiciales que admiten la ejecución del préstamo hipotecario solo sobre la finca o que extinguen los créditos tras un concurso fallido como medidas para paliar las negativas consecuencias para los deudores hipotecarios, las «prácticas de atar», la falta de un marco jurídico adecuado para la responsabilidad civil de las agencias de calificación, la necesidad de la generalización de la subasta y, por último, la necesidad de una mayor transparencia en la garantía de los valores hipotecarios.

mance of our rental housing market has pushed many families into indebtedness, which has been encouraged by easy access to the loan. Some banking practices studied here have contributed to this proliferation of the mortgage loan, such as, that the credit institution is in a better position to sell floating rate loans as a part of its interest rate risk is borne by the consumer or non-professional client himself (through ground clauses or swaps, which are analysed from a jurisprudential point of view and through MiFID regulations) or the fact that our banks have been allowed to refinance themselves massively by the atypical «structured covered bonds». Throughout the paper it is analysed the role of the notary in relation to control of legality, the phenomenon of judicial decisions that support the enforcement of the mortgage loan only on the land or those that extinguish the debts after a failed insolvency proceeding in order to mitigate the negative consequences to the mortgagor, the «binding practices,» the lack of an adequate legal framework for rating agencies' liability for torts, the need for generalization of the auction and, finally, the need of greater transparency for the security of the mortgage securities.

(Trabajo recibido el 6-5-2011 y aceptado para su publicación el 18-7-2011)

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 3-3-2011
(*BOE* 21-7-2011)
Registro de Villarreal, número 2

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO POR CRÉDITOS SALARIALES.

Los asientos del Registro, una vez practicados, están bajo la salvaguardia de los tribunales, sin que pueda accederse a su rectificación por vía del recurso gubernativo. El artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores no atribuye más que una pura preferencia para el cobro, sin que en ningún caso pueda verse en él el establecimiento de una hipoteca legal, tácita, general y absolutamente prioritaria. De manera que si tal preferencia no se hace valer por el cauce adecuado —que será la correspondiente tercería de mejor derecho— la ejecución de los gravámenes anteriores determinará, conforme a los principios registrales de prioridad y legitimación (arts. 17 y 38 de la LH), la cancelación de toda carga posterior.

Resolución de 11-4-2011
(*BOE* 10-8-2011)
Registro de Santiago de Compostela, número 1

OBRA NUEVA ANTIGUA: DIFERENTES TIPOS DE SUELO EN GALICIA.

De conformidad con lo previsto en la legislación gallega, para la inscripción de una obra nueva por antigüedad en suelo rústico un triple pronunciamiento

que ha de ponerse de manifiesto al Registrador: el tipo de suelo rústico, según la calificación prevista en la Ley, el tipo de construcción residencial llevada a cabo (vinculada o no a actividades agrícolas o ganaderas) y la fecha en que fue llevada a cabo o, al menos, la antigüedad mínima acreditada.

Resolución de 13-4-2011
(BOE 10-8-2011)
Registro de Madrid, número 31

BIENES INSCRITOS SIN PREJUZGAR LA NATURALEZA GANANCIAL O PRIVATIVA: DISPONIBILIDAD.

Confirma el Centro Directivo el criterio de aplicar a esta clase de bienes, inscritos antes de la reforma del CC de 1981, lo establecido para los bienes privativos por confesión en el vigente artículo 95 del RH. En consecuencia, fallecido el cónyuge confesante, será preciso el consentimiento de sus herederos forzosos para realizar actos dispositivos, sin que baste para atribuirle condición de privativos el hecho de que en la escritura de partición de herencia del confesante no se hubiera relacionado tal finca como ganancial.

Resolución de 27-4-2011
(BOE 5-7-2011)
Registro de Santa Cruz de la Palma

CALIFICACIÓN REGISTRAL: CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS FISCALES.

La interpretación que ha de darse al artículo 255 de la LH es la ya expuesta con reiteración por esta Dirección General, esto es, la que debe conducir al Registrador a rechazar la práctica de la inscripción del título pero expresando en una única calificación que cumpla con los requisitos exigidos por el artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria la totalidad de los obstáculos o defectos que impidan la inscripción de dicho título. Se cumple así con la finalidad de los artículos 254 y 255 de la LH, en garantía de las diferentes Administraciones Tributarias y, del mismo modo, no se perjudica al interesado en la inscripción que conocerá todos los posibles obstáculos que impidan la inscripción del título, dotando al procedimiento registral de la necesaria garantía, agilidad y celeridad.

Resolución de 5-5-2011
(BOE 21-7-2011)
Registro de Vilagarcía de Arousa

PROPIEDAD HORIZONTAL: RECTIFICACIÓN DE CABIDA DE UN PISO.

La rectificación de cabida de un piso en propiedad horizontal se debe ajustar a las reglas generales previstas para la modificación de la cabida de una finca registral y, además, a las normas que regulan la modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal, cuando la rectificación incurra en una verdadera alteración de dicho título constitutivo.

Resolución de 14-5-2011
(BOE 22-7-2011)
Registro de Eivissa, número 4

LICENCIA DE PARCELACIÓN: SILENCIO ADMINISTRATIVO.

No puede entenderse concedida por silencio administrativo una licencia de segregación o la declaración de su innecesariedad, cuando dentro del preceptivo plazo de tres meses se ha notificado la resolución denegatoria expresa, aunque contra la misma se haya interpuesto recurso de reposición. Y en cualquier caso, de conformidad con la doctrina de la sentencia del TS de 28-1-2009, no cabe admitir, a efectos de inscripción, una licencia por silencio administrativo porque conforme al artículo 8 del TR de la Ley del Suelo, no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística.

Resolución de 20-5-2011
(BOE 22-7-2011)
Registro de Vitoria-Gasteiz, número 5

TESTAMENTO: INTERPRETACIÓN.

En la interpretación de las disposiciones testamentarias ha de armonizarse el sentido literal de las palabras usadas con la intención real del testador, empleando para ello el elemento lógico y sistemático, según se desprende del artículo 675 del Código Civil y confirman las sentencias del Tribunal Supremo, de 6 de abril de 1965, 18-4-1974, 9-6-1987, 10-6-1992, 24-5-2002, 21-1-2003, 18-7 y 28-9-2005, entre otras. En el supuesto de hecho de este expediente determinar la voluntad del causante presenta serias dificultades si bien la expresión «lega a su sobrino J. R. P. A., la participación que a la testadora corresponde en el piso-vivienda...» parece limitar el legado a la concreta participación indivisa de que era titular en ese momento, pues de lo contrario hubiera aludido a «las participaciones indivisas» que le pudieran corresponder en el piso-vivienda.

Resolución de 28-5-2011
(BOE 10-8-2011)
Registro de Mula

INSCRIPCIÓN DE UNA SENTENCIA DICTADA EN JUICIO DECLARATIVO: CONTENIDO. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO. RECTIFICACIÓN DE CABIDA. OBRA NUEVA.

No es posible inscribir una sentencia dictada en juicio declarativo respecto de una finca que figura inscrita a favor de una persona que no ha sido parte en el procedimiento, aunque esta haya adquirido en virtud de título de fecha posterior a dicha sentencia, puesto que como no se había tomado en su día anotación de demanda, ahora impide la inscripción el principio de tracto sucesivo. Aunque es posible que en virtud de este tipo de procedimientos se inscriban rectificaciones de cabida, es para ello necesario que se realicen las notificaciones prevenidas en

el artículo 201 de la LH. Para que se inscriban titularidades sobre edificaciones, es necesario que se cumplan con los requisitos necesarios para la inscripción de la declaración de obra nueva.

Resolución de 31-5-2011
(BOE 10-8-2011)
Registro de Avilés, número 2

LICENCIA DE PARCELACIÓN: SILENCIO ADMINISTRATIVO.

No es posible inscribir una segregación considerando obtenida la preceptiva licencia por silencio administrativo, dado que de conformidad con la doctrina de la sentencia del TS, de 28 de enero de 2009, no cabe admitir, a efectos de inscripción, una licencia por silencio administrativo porque, conforme al artículo 8 del TR de la Ley del Suelo, no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística.

Resolución de 2-6-2011
(BOE 1-7-2011)
Registro de Santiago de Compostela, número 1

RECTIFICACIÓN DE CABIDA: DUDAS SOBRE IDENTIDAD DE LA FINCA.

La Registradora tan solo funda sus dudas en la existencia de una previa agrupación de fincas, una de las cuales había sido ya rectificadas en cuanto a su extensión previamente. Sin embargo, ello por sí solo no es argumento suficiente para dudar acerca de la identidad de la finca, pues en el presente caso al realizarse la agrupación, no se hizo más que la operación aritmética de sumar las extensiones de las fincas afectadas sin que conste la realización de una medición exacta de la superficie, bien de la finca agrupada en su conjunto, bien de cada una de las fincas que se agruparon. Cierto es que del Registro resulta la previa rectificación de superficie de una de las fincas, pero —y en esto sí se separa este supuesto del contemplado en la Resolución de 2-2-2010— no ocurre lo mismo con la otra, que siempre presentó los mismos datos superficiales que podrían estar encubriendo una medición errónea subsanada a través de la presente escritura, mediante la rectificación por ella realizada.

Resolución de 3-6-2011
(BOE 1-7-2011)
Registro de Igualada, número 1

SERVIDUMBRES PERSONALES: DURACIÓN.

La regulación del Código Civil, según la interpretación que ha realizado el TS, no impide que las partes puedan constituir una servidumbre personal de saca de piedra sobre una finca por plazo de 500 años, sin que sean de aplicación, a este respecto, las reglas del usufructo.

Resolución de 7-6-2011

(BOE 22-7-2011)

Registro de Cieza, número 2

CALIFICACIÓN REGISTRAL: NOTIFICACIÓN POR FAX. PROHIBICIONES DE DISPONER EN PRÉSTAMOS CUALIFICADOS.

Reitera la Dirección General que, aunque el fax no es el procedimiento adecuado para notificar las calificaciones de un Registrador, cuando se trata de la notificación al Notario autorizante, debe admitirse en atención a la utilización de este procedimiento de manera habitual para las comunicaciones entre ambos funcionarios. Existiendo en el historial registral una nota marginal que expresa la prohibición de disponer durante diez años en atención al acceso en su día del comprador a una subsidiación financiera pública, dicha prohibición afecta al actual titular registral que adquirió por adjudicación en un procedimiento de enajenación forzosa, y aunque la hipoteca subsidiada sí que está ya cancelada.

Resolución de 8-6-2011

(BOE 1-7-2011)

Registro de Terrasa, número 1

HIPOTECA EN GARANTÍA DE CRÉDITOS SINDICADOS: DETERMINACIÓN DE SU TITULARIDAD. HIPOTECA: CLÁUSULAS INSCRIBIBLES.

Las posiciones doctrinales en torno a la admisibilidad de las distintas formas de organizar la pluralidad de acreedores de un derecho real de hipoteca son divergentes. En unos casos se rechaza la admisión de las hipotecas «en mano común», o sin asignación de cuotas o participaciones indivisas, en todo caso, al margen de la naturaleza de las obligaciones garantizadas, en base al argumento de que en nuestro Derecho no se admiten más comunidades germánicas que las expresamente admitidas legalmente (comunidades hereditarias, sociedad de gananciales, montes vecinales en mano común, etc.). En otros se admite dicha figura pero condicionada a que la obligación garantizada sea, a su vez, una obligación en mano común (o mancomunada en sentido estricto, no en el sentido de obligación parciaria), dado el carácter accesorio de la hipoteca respecto de la obligación garantizada. Una tercera postura admite la constitución de una única hipoteca común y sin distribución de cuotas entre los distintos acreedores, cualquiera sea la naturaleza jurídica de los créditos, pero bajo la condición de que se establezca un régimen común de sindicación de tales obligaciones. El debate reseñado adquiere todavía mayor complejidad cuando la hipoteca constituida se acoja a la modalidad de hipoteca de máximo, en su variante de hipoteca flotante, al amparo del artículo 153 bis de la LH, en la que la nota de la accesoriedad, manteniéndose, se debilita por admitirse diversas modalidades que dificultan o impiden el perfecto paralelismo entre la titularidad de las obligaciones y la de la hipoteca. La hipoteca, pese a ser un derecho real, presenta en los supuestos de pluralidad de titulares evidentes singularidades. Es un derecho que no implica contacto posesorio con la cosa y la transitoriedad, esencia de las comunidades relativas al dominio y demás derechos reales de disfrute, con la atribución a cada cotitular en cualquier momento de la acción de división, es ajena a esta clase de comunidad. Por otra parte, la finalidad de garantía del cumplimiento

de una obligación, que puede ser de cualquier clase (cfr. arts. 1861 del CC y 105 de la LH), la convierte en accesoria del crédito que garantiza, de suerte que su titularidad será la misma que la de dicho crédito. El carácter parciario, mancomunado o solidario del crédito va a determinar o condicionar la titularidad proindiviso, colectiva o solidaria de la hipoteca que la garantiza, siendo la determinación de cuotas inexcusable en el caso de la obligación parciaria pero no en los demás casos (cfr. Resoluciones de 23-3-1994, 28-4-1999, 15-2-2000 y 10-2-2003). Por otra parte, tampoco puede olvidarse que el principio de autonomía de la voluntad puede dar a la organización de una pluralidad de titulares del crédito unas características diferentes. No hay ningún obstáculo para que, por ejemplo, pueda convencionalmente atribuirse a una obligación el carácter de indivisible (cfr. Resolución de 23-7-1999); o que, como veremos, una pluralidad de acreedores puedan establecer pactos y limitaciones conjuntos que condicionen el desenvolvimiento natural de obligaciones que en principio sean independientes, con consecuencias en el propio derecho real de hipoteca, a las que no se puede sustraer dado su ya citado carácter accesorio. En este caso concreto dos son las cuestiones que hay que plantear con carácter previo: en primer lugar la naturaleza jurídica del acuerdo de refinanciación; y en segundo lugar, la aplicación de la accesoria, o no, de la hipoteca constituida con arreglo al artículo 153 bis de la LH. El acuerdo de refinanciación es un negocio jurídico que responde a un propósito unitario consistente en organizar jurídicamente esa pluralidad con un nexo causal común: facilitar el saneamiento financiero del deudor y evitar la declaración de concurso. Por tanto, la novación de las obligaciones que se integran en el acuerdo de refinanciación, sin perder su individualidad, pues expresamente se excluye su extinción, comporta una novación modificativa conjunta que les atribuye un nexo causal común, en atención de su común finalidad de reestructuración financiera, lo que unido al acuerdo paralelo de sindicación, a que después nos referiremos, dota al conjunto de los créditos así vinculados de una fuerte singularidad en cuanto a la configuración y naturaleza de su titularidad activa, con un relevante componente colectivo. En relación con la segunda cuestión, hay que comenzar recordando que diversas pueden ser las causas para que la hipoteca sea flotante: que se trate de obligaciones totalmente futuras, solo identificadas de manera somera (mediante los concretos datos exigidos por el art. 153 bis de la LH); que se trate de una pluralidad de obligaciones en parte presentes, en parte futuras; o, simplemente, que se trate de una pluralidad de obligaciones que sin perder su individualidad la suma de toda ellas exceda de la respectiva cobertura hipotecaria, no sabiéndose por anticipado cuales son las obligaciones que van a quedar garantizadas en su fase de ejecución y cuáles no. En todos estos casos si bien se ha modalizado el dogma de la accesoria de la hipoteca respecto de la obligación garantizada, el mismo subsiste, de manera que en ningún caso será admisible la transmisión independiente de la hipoteca, y la misma subsistirá en tanto subsista cualquiera de las obligaciones garantizadas.

La doctrina del *numerus apertus* permite modalizar derechos reales tipificados en el ordenamiento a las exigencias específicas del tráfico jurídico, siempre que se respeten las exigencias básicas del sistema. Por tanto, de tal doctrina se desprende que la fijación de las cuotas en la titularidad hipotecaria no será exigible cuando resulten incompatibles con la modalidad concreta en que se haya organizado en cada caso la situación de pluralidad de acreedores en la titularidad activa de los créditos. Además de los créditos solidarios, parciarios y mancomunados o en mano común, modalidades que podemos denominar ya clásicas, han ido apareciendo modernamente, a impulsos de las necesidades económicas del

mercado y del principio de la autonomía de la voluntad, otras modalidades de créditos con pluralidad de acreedores que presentando alguna nota común con las categorías anteriores, no se identifican en rigor con ninguna de ellas, dando lugar a categorías mixtas o híbridas. Este es el caso de los denominados «créditos sindicados» surgidos en la moderna práctica bancaria con el objeto de estructurar jurídicamente operaciones financieras de gran volumen, bien para diluir o distribuir el riesgo a ellas inherentes entre varias entidades de crédito, cuando se trata de concesión de nuevo crédito que por su alcance rebasa el que prudencialmente pueden asumir cada una de ellas, bien para coordinar su actuación en situaciones de insolvencia provisional del deudor común, es decir, en situaciones de reestructuración financiera del deudor tendentes a evitar su declaración de concurso de acreedores. En estas situaciones cuando se acuerda la sindicación de los distintos créditos se produce una organización jurídica de las titularidades del conjunto de los acreedores que, aun conservando su individualidad, les dota de una dimensión colectiva. A la admisión de la hipoteca constituida de forma unitaria sin división de cuotas en garantía de créditos sindicados en los términos señalados no puede oponerse ni la supuesta indeterminación que pueda producir en los casos de tráfico jurídico sobre el derecho de cada acreedor, como en los supuestos de cesión o embargo de su derecho, ni tampoco en caso de ejecución meramente parcial de la hipoteca en relación con alguno de tales créditos garantizados. En cuanto al primer aspecto, porque lo cedido o embargado será en cada caso la concreta posición contractual del acreedor cedente o embargado, con el conjunto de sus derechos y obligaciones (estas últimas fundamentalmente en relación con el resto de coacreedores, sin perjuicio de las que ostente respecto del deudor por razón de contratos de los que surjan obligaciones bilaterales), posición contractual concreta que quedará reflejada en el Registro también a través de los pactos de sindicación. Pero tampoco hay indeterminación en los casos de ejecución meramente parcial, ejecución posible en tanto no se opongan a ello los acuerdos de sindicación (incluyendo el consentimiento de los coacreedores), ya que en caso de ejecución de la hipoteca respecto de alguna de las obligaciones lo importante es que quede claramente determinada la cuantía por la que queda vigente la hipoteca en relación con el resto de obligaciones, con arreglo a la regla general en materia de pluralidad de créditos garantizados (regla deducida de las normas establecidas en los arts. 154, 155 y 157 de la LH), que no es otra que la de la subsistencia de la hipoteca en relación con las obligaciones que no han ido a la ejecución, subsistencia que se extiende al mantenimiento del rango que le correspondía antes de la ejecución parcial de la misma (cfr. art. 227 del RH). Y si bien es cierto que tales ejecuciones parciales pueden resultar problemáticas, desde el punto de vista del principio de determinación y sus exigencias de certeza en el tráfico jurídico (empezando por la necesidad de conocer cuál es la responsabilidad hipotecaria en que se subroga el rematante), en los casos en que la suma de las obligaciones garantizadas excede de la total responsabilidad hipotecaria de las fincas gravadas —como el que es objeto de este recurso—, no es menos cierto que en este caso tal dificultad aparece salvada por el pacto expreso según el cual se acuerda que la cantidad que habrá de sustraerse a la cifra de responsabilidad hipotecaria en caso de ejecución parcial es la cantidad de la deuda por la que se insta la ejecución. Todo ello justifica de modo claro la no necesidad de expresión de cuotas en la comunidad especial constituida en el derecho de hipoteca a que se refiere la calificación recurrida.

Respecto a la inscripción de determinados pactos, debe admitirse la de aquellos incluidos en el concepto de gastos financieros cubiertos bajo la responsabilidad

hipotecaria, pero no la cláusula relativa a la necesidad de otorgar escrituras de declaración de obra nueva, ni el de la obligación de conservación de la garantía hipotecaria que no se considera como causa de vencimiento, ni los que impliquen limitaciones a la libre transmisibilidad. Sobre las referentes al arrendamiento, las cláusulas que someten a limitaciones la facultad de arrendar la finca hipotecada se deben circunscribir a los arrendamientos de vivienda *ex* artículo 13 LAU de 1994. Tampoco es admisible el vencimiento anticipado por embargos posteriores del deudor, ni por la realización de reestructuraciones societarias del mismo. Solo son válidas las cláusulas de vencimiento anticipado cuando concurra justa causa, consistente en verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, pero no cuando se trata de obligaciones accesorias, o incumplimientos irrelevantes, pero el Registrador debe explicitar la razón de su exclusión, sin que baste una mera alegación genérica del artículo 1129 del Código Civil. Tampoco son admisibles las cláusulas que vulneren lo establecido en el artículo 63 de la Ley Concursal.

Resoluciones de 9, 10 y 11-6-2011
(BOE 1-7-2011)
Registro de Villalpando

**CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LAS FACULTADES DE REPRESENTACIÓN:
ARTÍCULO 98 DE LA LEY 24/2001.**

De acuerdo a la misma doctrina citada, 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. Pero el Registrador no puede revisar la valoración que, en la forma prevenida en el artículo 98.1 de la Ley 24/2001, el Notario autorizante haya realizado de la suficiencia de las facultades representativas de quien comparece en nombre ajeno que hayan sido acreditadas.

Resolución de 13-6-2011
(BOE 5-7-2011)
Registro de Valoria la Buena

CONVENIO REGULADOR: CONTENIDO.

La posibilidad de que la liquidación de la sociedad de gananciales llevada a cabo en un convenio regulador de los efectos de la separación o el divorcio se inscriba directamente sin necesidad de escritura, encuentra su límite en que no se incluyan operaciones que excedan de esta actuación liquidatoria, tales como previas aportaciones de bienes privativos a la sociedad de gananciales.

Resolución de 14-6-2011
(BOE 22-7-2011)
Registro de Barcelona, número 4

RECURSO GUBERNATIVO: COMPETENCIAS ESTADO-COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CATALUÑA. APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO: TRANSFERENCIA.

Teniendo en cuenta los efectos suspensivos de determinados preceptos de la Ley catalana, reguladora del recurso gubernativo, decretados por el Tribunal Constitucional mientras se tramita el pertinente recurso de inconstitucionalidad, cuando la calificación impugnada o los recursos se fundamenten además, o exclusivamente, en otras normas o motivos ajenos al Derecho catalán, el registrador deberá dar al recurso la tramitación prevista en la Ley Hipotecaria y remitir el expediente formado a la Dirección General de los Registros y del Notariado en cumplimiento del artículo 327 de la Ley Hipotecaria. Tanto desde el punto de vista del principio de especialidad, como desde la perspectiva de los principios de tracto sucesivo, folio real y coordinación de la publicidad registral con la legislación urbanística, resulta evidente que es condición necesaria para el reflejo en el Registro de la Propiedad de las transferencias o distribución de aprovechamiento urbanístico entre varias fincas, ya sean del mismo titular o de titulares distintos, ya pertenezcan a un mismo Registro o a varios, la perfecta identificación no solo de la finca de origen, sino también de la finca o fincas de destino, de forma que el aprovechamiento cedido o transferido desde la finca de origen a la de destino pueda ser identificado no solo por su contenido concreto, medido en número de unidades de aprovechamiento, en función de los parámetros sobre edificabilidad y usos que establezca la legislación urbanística aplicable, sino también por la ubicación concreta en que ese aprovechamiento podrá ser materializado identificando inequívocamente la finca de destino. Para obtener la inscripción en el Registro de la Propiedad de las transferencias de aprovechamiento urbanístico entre fincas distintas es necesario, por un lado, que legislación urbanística aplicable admita o prevea esta posibilidad (cfr. art. 33 del RD 1093/1997) y, además, que cuando dicha legislación exija una autorización previa o la obtención de una licencia específica o la inscripción en un Registro administrativo, dicha autorización, licencia o inscripción en el correspondiente Registro administrativo se hayan obtenido previamente, pues las mismas constituyen «requisito de acceso al Registro de la Propiedad de la transmisión o distribución» del aprovechamiento urbanístico. La obtención de la necesaria autorización municipal no puede ser reputada como verdadera condición del negocio calificado —ni, por ende, procedería la aplicación de las normas relativas al negocio condicional, en especial, el art. 23 de la LH que posibilita su inscripción registral—, pues no se trata de una circunstancia voluntariamente añadida por los otorgantes al negocio, a fin de modalizar su eficacia, sino de un requisito que viene establecido directamente por la propia legislación, y cuyo cumplimiento, por tanto, sería presupuesto imprescindible para su acceso registral (cfr. art. 18 de la LH).

Resolución de 18-6-2011

(BOE 12-7-2011)

Registro de Molina de Segura, número 2

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. CADUCIDAD. CANCELACIÓN DE ANOTACIÓN PRORROGADA ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL 1/2000, DE 7 DE ENERO.

Frente al criterio aislado de la Resolución de 21-7-2005, la Dirección General retorna a la doctrina sentada en la Instrucción de 12-12-2000, luego recogida en diferentes resoluciones, anteriores y posteriores a la ya citada de 21-7-2005. De esta forma se confirma la nota de calificación del Registrador por la que este se había opuesto a la solicitud de cancelación por caducidad de una anotación de embargo que constaba prorrogada con anterioridad a la entrada en vigor de la actual LEC. Se sostiene la plena aplicación del artículo 199.2 del Reglamento Hipotecario y se exige para poder cancelar por caducidad la referida anotación que se acredite que han transcurrido seis meses desde que haya recaído resolución judicial firme que ponga fin al procedimiento del que dimana la anotación.

Resolución de 20-6-2011
(BOE 21-7-2011)
Registro de Ayamonte

MENCIONES: CANCELACIÓN.

La pretensión de cancelación de una referencia que aparece en la descripción de una finca alusiva al hecho de que está atravesada por una antigua vía de ferrocarril no puede prosperar, por cuanto no pueden considerarse como menciones, en el sentido del artículo 29 de la LH, situaciones o expresiones que se limitan a tener un alcance descriptivo, o mejor, identificativo por carecer de otra intención que servir a la mejor individualización de la finca inscrita.

Resolución de 24-6-2011
(BOE 21-7-2011)
Registro de Adra

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA REANUDACIÓN DE TRACTO SUCESIVO: CONTENIDO DEL AUTO.

La calificación por los registradores del cumplimiento del tracto sucesivo no supone apreciar una eventual tramitación defectuosa (que no compete al registrador determinar), sino una inadecuación, en este caso, entre la resolución recaída y el procedimiento o juicio en que debiera dictarse, que sí es materia a la que alcanza la potestad de calificación del registrador, conforme al artículo 100 del Reglamento Hipotecario. Entre los obstáculos para la inscripción, a los que alcanza la calificación registral de documentos judiciales según el citado artículo 100 del RH, se encuentra la falta de expresión en estos de las circunstancias exigidas por los artículos 9 de la LH y 51 de su Reglamento. Una de dichas circunstancias es el título genérico de la adquisición que debe figurar en el acta de inscripción (véase art. 51, apdo. 10 del RH), que no cabe confundir con el título formal en cuya virtud se practica aquella (cfr. art. 51, apdo. 11 del mismo Reglamento). El título o causa de la adquisición determina la eficacia del derecho adquirido y, por lo tanto, de la inscripción. Si no se expresa tal título material no pueden saberse los efectos que la inscripción deba producir, que serán notablemente distintos si la adquisición fue a título oneroso o gratuito.

Resolución de 27-6-2011
(BOE 21-7-2011)
Registro de Terrassa, número 1

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: SUBSISTENCIA DURANTE EL PERIODO DE LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD. ACREDITACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN: ARTÍCULO 98 LEY 24/2001.

No existe, sin embargo, norma alguna que derogue el régimen general expuesto más arriba por lo que, a falta de voluntad expresa de revocar los poderes voluntarios conferidos en nombre de la sociedad, los mismos subsisten a pesar de la situación de liquidación en que se encuentre la sociedad. No es óbice a lo anterior que del contenido del poder de representación voluntaria pueda inferirse que el mismo no continúe vigente en tal circunstancia, pero en tal caso estaríamos ante un problema distinto, de interpretación de la voluntad del poderdante y no ante un problema de ineficacia *ex lege*. Cuestión distinta es que las facultades conferidas al apoderado deban ser ejercitadas de conformidad a la situación de liquidación en que se encuentra la sociedad (vid. art. 387.2 de la Ley de Sociedades de Capital para las sociedades anónimas), pero ello tampoco altera la vigencia del poder de representación. Reiterando la doctrina del propio Centro Directivo, se confirma que el registrador no puede revisar la valoración que, en la forma prevenida en el artículo 98.1 de la Ley 24/2001, el notario autorizante haya realizado de la suficiencia de las facultades representativas de quien comparece en nombre ajeno que hayan sido acreditadas.

Resolución de 1-7-2011
(BOE 11-8-2011)
Registro de Ayamonte

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.

En el presente supuesto, la sentencia se ha dictado en un procedimiento en que han sido demandados quienes parecen ser herederos del matrimonio que es titular registral. Es evidente que esta circunstancia debe acreditarse mediante la aportación de los documentos correspondientes, que no son otros que los establecidos en los artículos 14 y 16 de la Ley Hipotecaria, y 76 de su Reglamento, es decir, el título sucesorio, acompañado de certificados de defunción y últimas voluntades de los titulares registrales.

Resolución de 2-7-2011
(BOE 22-7-2011)
Registro de Lepe

RECURSO GUBERNATIVO: PLAZO DE INTERPOSICIÓN. MEDIOS DE PAGO.

Debe estimarse que el recurso no está presentado fuera de plazo, pues se presentó en la oficina de Correos, como resulta del sello que consta en el mismo, y destinado a este Centro Directivo, el día que se cumplía el mes de plazo, si bien es cierto que el registrador lo recibió unos días después, la fecha de recepción en

el Registro es únicamente a los efectos de la prórroga del asiento de presentación, ya que solo la oficina del Registro puede hacer constar dicha prórroga, de manera que si el recurso llegara al Registro después de transcurrido el plazo de vigencia de tal asiento no podría prorrogarse. No todos los elementos de identificación de los medios de pago que, según el artículo 177 del RN deben constar en la escritura pública, son objeto de calificación, sino únicamente aquellos cuya omisión produce el cierre registral (cfr. los párrafos cuarto y quinto de dicho precepto reglamentario), todo ello sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden que pueden derivar del incumplimiento de la obligación de expresar los restantes elementos identificadores a que se refiere el mismo precepto.

Resolución de 4-7-2011
(BOE 22-7-2011)
Registro de Madrid, número 17

PRINCIPIO DE FE PÚBLICA REGISTRAL.

Mediante resolución judicial se ordena la cancelación de las dos inscripciones de dominio inmediatamente anteriores a una inscripción de hipoteca. Estima la Dirección General que, en tanto el acreedor hipotecario está protegido por el artículo 34 de la LH, en nada le ha de perjudicar las referidas cancelaciones y, por tanto, no hay obstáculo en que se lleven a cabo aunque el citado acreedor hipotecario no haya sido parte en el proceso.

Resolución de 6-7-2011
(BOE 11-8-2011)
Registro de Guadarrama

CONTROL DE LOS MEDIOS DE PAGO.

En la escritura cuya calificación ha sido impugnada mediante el presente recurso, los otorgantes expresan que determinada cantidad se ha pagado mediante cheque bancario, cuya fotocopia se incorpora a la matriz, en la cual constan los datos de librador y librado, beneficiario, el carácter nominativo del efecto, la fecha y su importe, de modo que se cumple lo establecido en el párrafo quinto del artículo 177 del Reglamento Notarial. Por ello, la exigencia de la Registradora sobre la necesidad de expresar el código de la cuenta de cargo es infundada, pues este extremo no figura entre aquellos cuya omisión genera el cierre del Registro, toda vez que la referencia que el párrafo quinto del citado artículo reglamentario hace al cheque debe entenderse extensiva también al cheque bancario, al no distinguir entre uno y otro, a diferencia de lo que dispone el número 2 del párrafo segundo del mismo precepto reglamentario. No puede llegarse a la misma conclusión respecto de la cantidad pagada mediante transferencia bancaria, toda vez que en la escritura se limitan los otorgantes a expresar únicamente su importe, de modo que se omiten los demás datos cuya constancia en dicho título ha de ser objeto de calificación registral: bien la cuenta de cargo y de abono (único extremo al que se refiere la Registradora en su calificación) o bien los demás datos cuya constancia impone el mencionado precepto reglamentario («...el ordenante, beneficiario, fecha, importe, entidad emisora y ordenante y receptora o beneficiaria»).

Resolución de 6-7-2011
(BOE 11-8-2011)
Registro de Oropesa del Mar, número 2

PRINCIPIO DE PRIORIDAD REGISTRAL.

Como indicó la Resolución de 7 de junio de 1993, la doctrina según la cual los Registradores pueden y deben tener en cuenta documentos pendientes de despacho relativos a la misma finca o que afecten a su titular, aunque hayan sido presentados con posterioridad, «no puede llevarse al extremo de la desnaturalización del propio principio de partida —el de prioridad— obligando al Registrador a una decisión de fondo sobre la prevalencia sustantiva y definitiva de uno u otro título (decisión que tanto por su alcance como por lo limitado de los medios de calificación, trasciende claramente la función que la Ley le encomienda al Registrador)».

Resolución de 7-7-2011
(BOE 11-8-2011)
Registro de Roses, número 2

DERECHO EXTRANJERO: PRUEBA.

Siendo de nacionalidad extranjera el causante de la herencia cuya partición se lleva a cabo mediante la escritura calificada; rigiéndose, en consecuencia y de conformidad con el artículo 9.8 del Código Civil, la sucesión por la ley nacional de dicho causante; y asumiendo la notaria expresamente la responsabilidad de conocer suficientemente dicha legislación en este punto, declarando que conforme a la meritada legislación, las cláusulas del acta incorporada son suficientes para permitir la partición y que no hay otras que modifiquen o alteren lo inserto, prevalecerá esta aseveración salvo que la Registradora disienta y motive expresamente de la misma por conocer también ella, bajo su responsabilidad, suficientemente la legislación extranjera aplicable.

Resolución de 8-7-2011
(BOE 10-8-2011)
Registro de Madrid, número 39

AUTO DE HOMOLOGACIÓN DE TRANSACCIÓN JUDICIAL DE VENTA: PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO. ARRENDAMIENTOS URBANOS: RETRACTO.

Para inscribir un auto judicial que homologa un acuerdo transaccional de las partes en un juicio declarativo, por el que se reconoce que la parte demandada vendió una finca a la demandante, será necesario que se haya dirigido el procedimiento contra los herederos del cónyuge de la titular registral. Igualmente debe darse cumplimiento a lo previsto en el artículo 25 de la LAU en relación con el derecho de tanteo y retracto arrendaticio.

Registro Mercantil

Por Ana M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 1-6-2011
(BOE 1-7-2011)
Registro Mercantil de Huelva

CUENTAS ANUALES. SOCIEDAD EN CONCURSO.

La obligación de someter a auditoría las cuentas —en caso de sociedad obligada a ello— rige únicamente para las que se formulen respecto del ejercicio cerrado una vez declarado el concurso e iniciada la actividad de la administración concursal.

La exención de auditoría recogida en el artículo 46.1 de la Ley Concursal tiene su fundamento en la obligación que se impone a los administradores concursales de presentar al juez del concurso el preceptivo informe que debe contener el estado de contabilidad del deudor; así como la información contable y patrimonial al que se refiere el artículo 75.1 y 3 LC; documento que, a tales efectos, tiene un valor equivalente al de la verificación contable de los auditores.

En el supuesto examinado, los administradores concursales aceptaron su cargo en marzo de 2010; las cuentas de 2009 se aprobaron en septiembre de 2010 y consta que los administradores concursales presentaron al juez del concurso el informe mencionado. Por ello las cuentas del 2009 están exentas de auditoría.

Resolución de 1-6-2011
(BOE 22-7-2011)
Registro Mercantil de Madrid

CUENTAS ANUALES. MODELO ORDINARIO O ABREVIADO.

Para conocer si en el ejercicio 2009 una sociedad debe presentar informe de auditor (así como balance ordinario, informe de gestión y estado de flujos de activo) habrá que considerar si en las cuentas de 2007 se sobrepasaron dos de los límites establecidos en el antiguo artículo 182 LSA y, en las de 2008, las establecidas tras la modificación de dicho precepto por la Ley 16/2007, de 4 de julio. Ello aunque de 2009 no superen esos límites, sin perjuicio de que, si en el ejercicio siguiente no se superan los límites establecidos en el artículo 175 LSA (hoy 257 LSC), pueda volver a presentar sus cuentas en forma abreviada.

Resolución de 4-6-2011
(BOE 1-7-2011)
Registro Mercantil de Valencia, número IV

CONSTITUCIÓN. PROCEDIMIENTO TELEMÁTICO. OBJETO. DETERMINACIÓN. CONVOCATORIA. PROCEDIMIENTOS TELEMÁTICOS. ADMINISTRADORES. NÚMERO. IMPUESTO. ACREDITACIÓN DE LIQUIDACIÓN.

En aras de la agilización y reducción de cargas administrativas, se resuelve que para la calificación e inscripción de sociedades de capital no es necesaria la presentación del documento de autoliquidación con alegación de la exención. Practicada la inscripción, el registrador remitirá de oficio por vía telemática a la Administración Tributaria correspondiente notificación de que ha realizado la inscripción. De esta forma quedan salvaguardados los intereses de la misma en cuanto al ejercicio de sus competencias de control e inspección.

En la enumeración de actividades contenida en el artículo 2 de los estatutos tipo aprobados por la O JUS 3185/2010, de 9 de diciembre, se ha optado, con finalidad simplificadora, por el puro criterio de la actividad, sin referencia a un tipo de productos o sector económico específico, pero no es una relación cerrada que haya de transcribirse en su totalidad ni tampoco que impida una delimitación más específica de la actividad sin que por ello deje de aplicarse el artículo 5.2 del Real Decreto-ley 13/2010, al no ajustarse a la literalidad.

Las actividades incluidas en los estatutos tipo acotan suficientemente el sector de la realidad económica en que la sociedad quiere desarrollar su objeto.

La forma de convocatoria establecida en el artículo 5 de los estatutos tipo de procedimientos telemáticos mediante el uso de firma electrónica asegura razonablemente la recepción del anuncio por el socio. Además el artículo en cuestión previene supletoriamente para el caso de que la convocatoria así no sea posible algún otro de los procedimientos admitidos legalmente.

Los estatutos que adopten los de la OM deben indicar el número máximo de administradores solidarios.

Resolución de 15-6-2011

(BOE 5-7-2011)

Registro Mercantil de Valencia, número IV

CONSTITUCIÓN. PROCEDIMIENTO TELEMÁTICO. ACREDITACIÓN DE LIQUIDACIÓN DEL IMPUESTO.

La reducción de costes (aranceles notariales y registrales y exención de tasas de publicación en el BORME) prevista en los números 1 y 2 del artículo 5 del Real Decreto-ley 13/2001, no se aplica a la constitución de sociedades que no cumplan los requisitos tipológicos previstos en los mismos. El supuesto examinado —se establece la posibilidad de que el órgano de administración esté constituido por más de dos administradores mancomunados o un consejo de administración— se ajusta al número 3 del citado artículo, por lo que debe efectuarse provisión para el pago del BORME.

En aras de la agilización y reducción de cargas administrativas, se resuelve que para la calificación e inscripción de sociedades de capital no es necesaria la presentación del documento de autoliquidación con alegación de la exención. Practicada la inscripción, el registrador remitirá de oficio por vía telemática a la Administración Tributaria correspondiente notificación de que ha realizado la inscripción. De esta forma quedan salvaguardados los intereses de la misma en cuanto al ejercicio de sus competencias de control e inspección.

Resolución de 17-6-2011

(BOE 5-7-2011)

Registro Mercantil de Valencia, número III

OBJETO SOCIAL. RECURSO.

Se inscribe una sociedad denegando la inscripción del último inciso del objeto social —«...y cualquier otra actividad o proyecto que pueda requerir de un servicio especializado de carácter innovador en el fomento de empleo y la igualdad de géneros»—. La DG entiende que no se incurre en indeterminación, dado que la expresión controvertida se pone en relación con el resto del contenido del artículo estatutario que previamente delimita las actividades principales.

Si no se acompaña al escrito de recurso original o testimonio del documento calificado debe concederse al recurrente un plazo razonable para aportarlo para evitar la indefensión.

Resolución de 21-6-2011
(BOE 12-7-2011)
Registro Mercantil de La Rioja

CONSTITUCIÓN. PROCEDIMIENTO TELEMÁTICO. ACREDITACIÓN DE LIQUIDACIÓN DEL IMPUESTO.

La reducción de costes (aranceles notariales y registrales y exención de tasas de publicación en el BORME) prevista en los números 1 y 2 del artículo 5 del Real Decreto-ley 13/2001, no se aplica a la constitución de sociedades que no cumplan los requisitos tipológicos previstos en los mismos. El supuesto examinado —se establece la posibilidad de que el órgano de administración constituido por más de dos administradores mancomunados o un consejo de administración y existe un socio fundador persona jurídica— se ajusta al número 3 del citado artículo, por lo que debe efectuarse provisión para el pago del BORME.

En aras de la agilización y reducción de cargas administrativas, se resuelve que para la calificación e inscripción de sociedades de capital no es necesaria la presentación del documento de autoliquidación con alegación de la exención. Practicada la inscripción, el registrador remitirá de oficio por vía telemática a la Administración Tributaria correspondiente notificación de que ha realizado la inscripción. De esta forma quedan salvaguardados los intereses de la misma en cuanto al ejercicio de sus competencias de control e inspección.

Resolución de 22-6-2011
(BOE 21-7-2011)
Registro Mercantil de Málaga, número II

UNIPERSONALIDAD. TRACTO.

En un registro de personas como el Mercantil, la aplicación del principio de tracto sucesivo ha de ser objeto de interpretación restrictiva. El Registro Mercantil no tiene por objeto la constatación y protección jurídica sustantiva del tráfico jurídico sobre las participaciones de una sociedad limitada que tienen un régimen de legitimación y una ley de circulación que operan al margen del Registro. Por ello, el hecho de que no se haya inscrito previamente la pérdida de unipersonalidad que parece resultar de la escritura, no impide la inscripción de un acuerdo de cese y nombramiento de administradores.

Resolución de 29-6-2011

(BOE 21-7-2011)

Registro Mercantil de Palma de Mallorca, número I

CONSTITUCIÓN. PROCEDIMIENTO TELEMÁTICO. OBJETO. DETERMINACIÓN. CONVOCATORIA. PROCEDIMIENTOS TELEMÁTICOS. ADMINISTRADORES. NÚMERO. IMPUESTO. ACREDITACIÓN DE LIQUIDACIÓN. CALIFICACIÓN. ERRORES INTRASCENDENTES.

En aras de la agilización y reducción de cargas administrativas, se resuelve que para la calificación e inscripción de sociedades de capital no es necesaria la presentación del documento de autoliquidación con alegación de la exención. Practicada la inscripción, el registrador remitirá de oficio por vía telemática a la Administración Tributaria correspondiente notificación de que ha realizado la inscripción. De esta forma quedan salvaguardados los intereses de la misma en cuanto al ejercicio de sus competencias de control e inspección.

En la enumeración de actividades contenida en el artículo 2 de los estatutos tipo aprobados por la O JUS 3185/2010, de 9 de diciembre, se ha optado, con finalidad simplificadora, por el puro criterio de la actividad, sin referencia a un tipo de productos o sector económico específico, pero no es una relación cerrada que haya de transcribirse en su totalidad ni tampoco que impida una delimitación más específica de la actividad sin que por ello deje de aplicarse el artículo 5.2 del Real Decreto-ley 13/2010 al no ajustarse a la literalidad.

Las actividades incluidas en los estatutos tipo acotan suficientemente el sector de la realidad económica en que la sociedad quiere desarrollar su objeto.

En este caso el registrador rechaza «comercio al por mayor y al por menor, prestación de servicios y actividades de gestión y administración» por indeterminación; «comercio, prestación de servicios, transporte y energías alternativas» por incluir actividades sujetas a legislación especial y «actividades profesionales» por su sometimiento a la LSP.

La forma de convocatoria establecida en el artículo 5 de los estatutos tipo de procedimientos telemáticos mediante el uso de firma electrónica asegura razonablemente la recepción del anuncio por el socio. Además el artículo en cuestión previene supletoriamente para el caso de que la convocatoria así no sea posible algún otro de los procedimientos admitidos legalmente.

Los estatutos que adopten los de la OM deben indicar el número máximo de administradores solidarios.

No debe rechazarse la inscripción del documento ante toda inexactitud del mismo cuando, de su simple lectura o contexto no quepa albergar duda de cuál sea el dato erróneo y cuál el verdadero. En este caso se trata de una sociedad cuya denominación figura como «Alja Investment 1, S. L.» en el certificado del RMC y en todas las menciones de la escritura, NIF y carta de pago, salvo en el artículo 1 de los estatutos, en donde figura como «Alja Investments 1, S. L.».

Resolución de 4-7-2011

(BOE 11-8-2011)

Registro Mercantil de Barcelona, número I

DEPÓSITO DE CUENTAS. CONCURSO DE ACREEDORES.

En un recurso no puede alegarse la improcedencia de un asiento practicado (en este caso el cese del liquidador nombrado por la Junta), pues se encuentra bajo la salvaguardia de los Tribunales.

Inscrita la conclusión de la fase común del concurso y apertura de la fase de liquidación dejando sin efecto las facultades de administración y disposición de la sociedad concursada sobre su patrimonio y su disolución, la convocatoria de la junta y la certificación de actas y acuerdos de los órganos colegiados es competencia de la administración concursal. La situación, en este caso, es la suspensión —no intervención— de las facultades de administración y la convocatoria es un acto de administración.

Resolución de 7-7-2011

(BOE 10-8-2011)

Registro Mercantil de Madrid, número II

RECURSO. A EFECTOS DOCTRINALES. INFORME DEL REGISTRADOR. REPRESENTACIÓN. CONFLICTO DE INTERESES. ESTATUTOS. MAYORÍA PARA ADOPCIÓN DE ACUERDOS.

A pesar de haber sido subsanados los defectos observados en la calificación, el notario está legitimado para interponer recurso, no solo a efectos doctrinales, sino también por las responsabilidades legalmente definidas. El objeto del recurso no es el asiento registral, sino el acto de calificación del registrador. No se admite la petición del registrador de que figure en la resolución un resumen de los argumentos contenidos en su informe porque el único momento procedimental para exponer todas las razones que motivan su decisión de denegar la práctica del asiento solicitado es el de la calificación.

No existe colisión de intereses entre el único otorgante de una escritura de constitución de sociedad que interviene en su propio nombre y además como administrador único de otra sociedad porque se trata de un contrato asociativo en el que concurren declaraciones convergentes para la consecución de un fin común.

La cláusula que establece un quórum del 60 por 100 para adoptar determinados acuerdos pero sin salvedad alguna vulnera el artículo 199 B) LSC, de derecho necesario, que exige 2/3 para acuerdos concretos. No basta la remisión genérica que se hace en el artículo primero de los estatutos a las disposiciones legales aplicables, dada la exigencia de claridad y precisión del título y de los asientos registrales y del carácter *erga omnes* de estos. De lo contrario, podría interpretarse que la voluntad de los socios ha sido obviar reglas imperativas y sustituirlas por otras.

Resolución de 8-7-2011

(BOE 10-8-2011)

Registro Mercantil de Alicante, número I

JUNTA. CONVOCATORIA. FORMA.

Es admisible la expresión en los estatutos «la convocatoria deberá hacerse... por cualquier procedimiento de comunicación individual y escrita, que asegure la recepción del anuncio por los socios...». La exigencia de que se precise el

concreto medio a través del cual se va a realizar la convocatoria sería contraria a la finalidad de flexibilidad y simplificación perseguida por el artículo 173 LSC.

Resolución de 9-7-2011
(BOE 10-8-2011)
Registro Mercantil de Madrid, número VIII

ERRORES.

El error de concepto en la intervención del otorgante, al señalar que lo hace como administrador único cuando figura inscrito como solidario, no puede considerarse como defecto obstativo de la inscripción, dado que el ámbito de actuación es idéntico en caso de administrador único que en el de solidario.

RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL DOGC

Por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución 1.604 de 26-5-2010
(DOGC 1-7-2011)
Registro de Vilanova i La Geltru, número 2

ENTREGA DEL LEGADO: PRELEGATARIOS.

No es posible que uno de los titulares de un derecho de vuelo pretenda dar por agotado dicho vuelo, impidiendo de futuro el posible ejercicio de otro derecho de vuelo en su momento concedido. La modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal. No puede, en ejecución del derecho de vuelo, modificarse la descripción de los demás departamentos privativos sin el consentimiento de sus titulares.

Resolución 1807 de 4-7-2010
(DOGC 28-7-2011)
Registro de Gavá

SUCESIÓN INTESADA: ORDEN DE LLAMAMIENTOS. CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES.

La cuestión de fondo consiste en saber si el Registrador puede calificar un auto de declaración de herederos intestados que, contraviniendo el derecho civil catalán, antepone los hermanos del causante al cónyuge viudo que sobrevivió al citado causante, aunque murió días después. Entiende el Centro Directivo que sí es susceptible de calificación por cuanto el señalado auto incurre en incongruencia. Además, como lo más relevante es la cuestión sustantiva de fondo, la competencia para resolver el recurso corresponde a la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de Cataluña.

Resolución 1.977/2011 de 13-7-2011
(DOGC 17-8-2011)
Registro de Lleida, número 1

SOCIEDADES COOPERATIVAS: PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.

Para inscribir una sentencia dictada en un procedimiento seguido contra una sociedad cooperativa que es la titular registral de la finca, no es necesario que se demande también a los socios cooperativistas, en tanto debe considerarse adecuadamente establecido el tracto sucesivo.

COMENTARIOS A LAS RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

UNA MUY IMPORTANTE RESOLUCIÓN, ¿ECLÉCTICA?

por

PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS
Abogado del Estado

SUMARIO: I. LA RESOLUCIÓN DE 8 DE JULIO DE 2010.—II. PRIMERAS SENTENCIAS QUE SE INVOCAN.—III. LAS SENTENCIAS CITADAS EN LOS VISTOS.—IV. EL ARTÍCULO 145 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO.—V. MÁS SOBRE LA INSCRIPCIÓN DE LA ADQUISICIÓN ANTERIOR.—VI. LA NO CANCELACIÓN DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA.—VII. A MODO DE ESTRAMBOTE.

I. LA RESOLUCIÓN DE 8 DE JULIO DE 2010

Nos referimos a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 8 de julio de 2010, que aparece inserta y comentada en el número 722 de la *RCDI*. A esa decisión, de gran extensión, y al agudo comentario que de ella hace el profesor DE REINA TARTIÈRE, hay que remitirse obligatoriamente.

En definitiva, en esa Resolución se decide que, frente a una anotación preventiva de prohibición de disponer, es inscribible una transmisión dominical de fecha anterior a aquella, pero que llega al Registro con posterioridad. A su vez, esa inscripción no implica la cancelación de tal anotación, que subsiste vigente mientras las partes no contiendan judicialmente sobre su permanencia. Para el primer pronunciamiento, que es el básico, el Centro Directivo encuentra apoyo en el artículo 145 del Reglamento Hipotecario.

La Resolución cita en sus Vistos las sentencias de la Sala 1.^a del TS de 21 de febrero de 1912, 7 de febrero de 1942 y 22 de marzo de 1943. Pero también nos ha parecido pertinente el acudir a otras dos sentencias del alto tribunal, las de 20 de octubre de 1908 y 2 de marzo de 1910. A todas ellas vamos a referirnos para indagar si antes de aquella Resolución podía decirse que hubiera una jurisprudencia civil sobre la materia. Las citamos por el orden puramente cronológico.

II. PRIMERAS SENTENCIAS QUE SE INVOCAN

En la sentencia de 20 de octubre de 1908 (Gaceta del 16 de mayo de 1909), se había tomado una anotación preventiva de embargo, frente a la cual se planteó tercera de dominio por quien adquirió la finca en escritura pública de fecha anterior a esa anotación. El Supremo entiende que el anotante no es tercero, porque tal consideración: «solo cabe ostentarse por quien pueda alegar un título o derecho de igual naturaleza, lo que no acontece en el caso del presente recurso, pues no es dable confundir con el dominio la acción meramente personal, para hacer efectivo el pago de una deuda, aun cuando por virtud de ella se hayan sujetado a su aseguramiento determinados bienes»: la transmisión de la propiedad se realizó «con las condiciones en que en el momento de su otorgamiento se encontraban, o sea, sin la carga de la anotación del embargo posterior a dicha escritura». Añade la sentencia que ninguna razón de incapacidad podía apreciarse en quien realizó el acto de enajenación. Por tanto, «lo embargado no era ya del dominio del deudor; ni es dable atribuir a la anotación efecto retroactivo alguno, que estaría además en abierta contradicción con el precepto del artículo 44 de la Ley Hipotecaria».

En la sentencia de 2 de marzo de 1910 (Gaceta del 16 y 18 de julio de ese año), lo que se opone al embargo es una donación. En el caso, la secuencia temporal fue, primero la escritura de donación, después la anotación del embargo, y tras la insinuación de la donación se planteó tercera por el donatario. La Audiencia declaró que la finca era propiedad del tercerista, pero no levantó el embargo. Este último pronunciamiento fue casado por el TS, porque la Sala «infringió por indebida aplicación los artículos 23, 25, 27 y 71 de la Ley Hipotecaria... porque estos preceptos, aplicables a las anotaciones preventivas de Derecho, no pueden ser reguladores de las que se comprenden en los números 2.º, 3.º y 4.º del artículo 42, conocidas en el Derecho antiguo con la denominación de hipotecas judiciales, pues, teniendo estas por exclusivo objeto asegurar el cumplimiento de las ejecutorias, son transitorias por su naturaleza y no producen otro efecto positivo que el de dar preferencia al que las obtenga sobre los que ostentan contra el mismo deudor otro crédito, con posterioridad a la anotación, según se establece en el artículo 44, mientras que las anotaciones preventivas de derechos, por ser precursoras de inscripciones definitivas, producen los efectos de estas y desde la fecha de la anotación misma, una vez realizada la conversión». En conclusión, «es evidente que, tratándose aquí de la anotación de un embargo, aunque este se efectuó antes de inscribirse en el Registro de la Propiedad el título de dominio de los terceristas, y por consiguiente cuando en el Registro aparecía como dueño de la finca embargada el deudor..., tal circunstancia no puede perjudicar a los que con antelación ostentaban sobre la misma la cualidad de dueños».

Estas dos sentencias primeras se refieren a una anotación de embargo. No obstante, es clara la doctrina del TS sobre tal anotación, judicial y transitoria, así como en cuanto a la aplicación del artículo 44 de la Ley Hipotecaria (de redacción muy semejante al del mismo número de la Ley actual) y sobre que esas anotaciones no pueden tener efecto retroactivo.

III. LAS SENTENCIAS CITADAS EN LOS VISTOS

Llegamos a la sentencia de 21 de febrero de 1912 (Gaceta de 6 de mayo de 1913), que sí está mencionada en la Resolución que comentamos. En ella, anotado preventivamente un embargo, quien adquirió antes el bien, aún sin inscribirlo, planteó tercería de dominio, estimada por la Audiencia en fallo confirmado por el TS. Este declara primero que la fecha a tener en cuenta no es la del embargo, «porque este no puede producir efectos contra tercero hasta que no se le ha dado publicidad por medio de su anotación en el Registro». La declaración fundamental es esta: «conforme a los artículos 42, número 2, 44 y 71 de la Ley Hipotecaria y la doctrina sancionada por la jurisprudencia, las anotaciones preventivas dictadas judicialmente para garantizar las consecuencias de un juicio y cuyo carácter es, por tanto, provisional y transitorio, no alteran la naturaleza jurídica de la obligación cuyo cumplimiento se pretende asegurar, ni lesionan los derechos previamente adquiridos sobre la finca embargada».

Aquí se habla del carácter provisional de la anotación de embargo, lo que coincide con aquello que la sentencia de 1910 afirmaba del carácter transitorio de las anotaciones del artículo 42 números 2.º, 3.º y 4.º

Es trascendental la sentencia de 7 de febrero de 1942. Un acreedor obtuvo anotación de embargo con prohibición de enajenar, y en la subasta posterior hubo adjudicación a calidad de ceder, con lo que la finca se vendió a un tercero, por escritura de 26 de febrero de 1935. Unos días antes el dueño enajenó el inmueble por escritura de 11 de febrero de 1935. El TS casó la sentencia de la Audiencia que no había anulado esta venta del 11 de febrero: la Sala con ello había infringido el artículo 42, número 4 de la Ley Hipotecaria, al no declarar la nulidad de venta realizada durante la vigencia del asiento de prohibición de enajenar. Es fundamental este considerando que sigue:

«Que si bien el artículo 44 de la Ley Hipotecaria regula la finalidad genérica de las anotaciones preventivas de embargo, de ejecutoria y de prohibición de enajenar, como determinantes de preferencia para el cobro de un crédito, y el artículo 71 permite, genéricamente también, la venta de la finca sobre la que recae la anotación, es de buen sentido jurídico (aparte de otras notas diferenciales entre las tres clases de anotaciones) que la que prohíbe la enajenación tenga la finalidad específica de impedir o suspender temporalmente el ejercicio del *ius disponendi* (no constitutivo técnicamente de verdadera incapacidad), ya que resultaría paradójico que pudiera vender válidamente un inmueble quien tiene prohibición judicial de enajenarlo».

Esa interpretación de la Ley Hipotecaria entiende el TS que no es solo de buen sentido jurídico, pues encuentra su apoyo en la doctrina científica y en la de la DG. Por tanto, «el asiento prohibitivo provoca la nulidad de los actos y contratos realizados en su contradicción mientras esté vigente, sin que por lo tanto puedan tener acceso al Registro».

La venta del supuesto de actos «vigente la prohibición de enajenarla, es nula, no *erga omnes*, puesto que no está afectada por el interés público, sino con relación al protegido por el asiento».

De esta sentencia hay que destacar la claridad de su doctrina y el que se refiera ya específicamente a una prohibición de enajenar, que es lo que nos ocupa en esta ocasión.

La última sentencia es la de 22 de marzo de 1943. En ella la transmisión del bien era anterior en varios meses a la anotación preventiva de prohibición

de enajenar. El TS, que casa la sentencia de la Audiencia, declara que procede inscribir en el Registro la adquisición del dominio, «sin que sea obstáculo la prohibición de enajenar anotada preventivamente, pues, como tiene declarado esta Sala en 21 de febrero de 1912, las anotaciones preventivas no lesionan los derechos adquiridos sobre la finca embargada».

Con todo, el fundamental es este considerando: «es patente que una prohibición de enajenar que lleva fecha 18 de julio de 1932 no puede acreditar que en 5 de mayo del mismo año estuviera... privado del derecho de transmitir los bienes que entonces vendió a los actores en uso de sus facultades dominicales, que no estaban limitadas por anotación ni declaración alguna, y por otra parte comoquiera que... en la expresada fecha de 5 de mayo tenía inscrito en el Registro su derecho de propietario, adquirido sin reserva alguna por escritura pública, hay que reconocerle, en observancia del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, todos los derechos consignados en el Libro II del Código Civil, a favor del propietario y del poseedor de buena fe, sin excluir el de libre disposición de los bienes a su nombre inscritos a virtud de contrato celebrado por escritura pública».

Contiene la sentencia una observación sobre la prioridad puramente registral, que no hay que confundir con la cuestión de índole civil de si procede cancelar una inscripción, la cual incumbe a los tribunales y no al Registrador. Y otra salvedad en el sentido de que las anotaciones preventivas de demanda no pueden extenderse a más que las demandas mismas que son objeto de ellas.

También esta sentencia viene referida a una anotación de prohibición de disponer, y frente a ella declara preferente a la adquisición que era de fecha anterior.

Pensamos, tras la exposición de estas cinco sentencias, que sobre el tema que decidió la Resolución de 2010 existía jurisprudencia en cuanto al alcance de las anotaciones de prohibición de enajenar; estas tendrían eficacia con relación a las transmisiones posteriores, pero no respecto a las anteriores. Con frase gráfica podríamos decir que tal anotación lo es de prohibición de disponer pero no de prohibición de «haber dispuesto».

IV. EL ARTÍCULO 145 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO

A la vista de lo anterior, es claro cuál ha de ser la interpretación del artículo 145 del Reglamento Hipotecario, puesto que ha estado en la base de la Resolución de 2010 y que conviene transcribir: «Las anotaciones preventivas de prohibición de enajenar, comprendidas en el número 2.º del artículo 26 y número 4.º del artículo 42 de la Ley, impedirán la inscripción o anotación de los actos dispositivos que respecto de la finca o del derecho sobre los que haya recaído la anotación, hubiera realizado posteriormente a esta su titular, pero no serán obstáculo para que se practiquen inscripciones o anotaciones basadas en asientos vigentes anteriores al de dominio o derecho real objeto de la anotación».

De la parte primera del precepto se desprende claramente lo que la jurisprudencia anterior había sentado: que la eficacia de tal anotación es para lo posterior y no sobre lo precedente. Como diría alguna de aquellas sentencias, a tal medida cautelar no se le puede dar eficacia retroactiva.

La parte segunda del precepto confirma ese criterio. Y es que cuando la nueva inscripción posterior a la anotación se basa en un asiento precedente, en realidad este le está guardando la prioridad. Es el caso de la hipoteca anterior que se ejecuta y que da paso a la adjudicación que en esa ejecución se produzca; con la cual pueden cancelarse todos los asientos posteriores a aquella carga, incluido

el dominio de quien lo constituyó y la anotación de prohibición de disponer que sobre el mismo pudiera haberse decretado. Pero todo esto, aunque el artículo 145 callara, se desprendería de otros preceptos de la Ley.

En definitiva, el artículo 145 redactado en 1947 no podía sino aceptar la solución jurisprudencial que el TS había consagrado con sus sentencias recientes de 1942 y 1943, ya referidas. Por eso, bien podía decir la Exposición de Motivos del texto reglamentario que se habían recogido las normas «diminutivas de la doctrina establecida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo». Es más, si tal doctrina se basaba en la propia Ley Hipotecaria, mal hubiera podido ser desconocida por un precepto puramente reglamentario.

V. MÁS SOBRE LA INSCRIPCIÓN DE LA ADQUISICIÓN ANTERIOR

Es pertinente la invocación que la Resolución de 2010 hace del apartado 7, último párrafo del artículo 40 de la Ley concursal, en el que se decreta que los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en ese artículo «no podrán ser inscritos en Registros públicos mientras no sean confirmados o convalidados, o se acredite la caducidad de la acción de anulación o su desestimación firme». Es la solución correcta.

No nos lo parece la del apartado 2 del artículo 137 de la propia Ley concursal cuando, para los actos contrarios a las medidas prohibitivas establecidas en el convenio firmado que afectan al deudor, y que se hayan inscrito en el Registro correspondiente, permite el acceso de aquellos a esos Registros, aunque, al estar inscritas, aquellas perjudicarán al titular registral. Si por principio al Registro debe acceder lo que es correcto y no lo que no lo es, lo contrario es asentar los fundamentos de la institución sobre bases quebradizas. En cambio se obró correctamente en 1982 cuando se suprimió del artículo 98 del Reglamento Hipotecario la posibilidad, introducida en la reforma de 1959, de inscribir actos que carecieran de la necesaria autorización administrativa. Esa pretendida flexibilidad lleva al final a la inseguridad. Por el mismo motivo fue acertado el no admitir aquellas anotaciones preventivas permanentes, de que hablaba MORELL y TERRY en su Derecho Hipotecario, mediante las cuales podrían tener acceso al Registro convenciones jurídicas afectas de anulabilidad.

Frente al juego de la anotación preventiva de prohibición de disponer, es claro que no puede oponerse el principio general proclamado en el artículo 71 de la Ley Hipotecaria, en el sentido de ser transmisible el bien o derecho objeto de la anotación aunque sin perjuicio del derecho del anotante. Este precepto establece una regla general que ha de ceder ante la especial que supone la anotación de prohibición de disponer. Y es que si esta no surtiera ese efecto sería algo absolutamente inoperante o superfluo. Aquí la carga o medida cautelar opera no *a posteriori* (tipo anotación de demanda) sino *a priori*, esto es, evitando el acto lesivo para el anotante. Otra cosa es que, como toda prohibición, no puede tener una interpretación extensiva, y de ahí que la ley y la doctrina jurisprudencial hayan limitado sus efectos a los actos posteriores.

Tampoco es óbice al juego que la anotación considerada tiene, solo para lo posterior, el principio de prioridad registral consagrado en el artículo 17 de la Ley Hipotecaria. Ya lo había adelantado la sentencia del TS de 22 de marzo de 1943 en una de sus afirmaciones incidentales que dejamos referida. Y es que, de entrada, la anotación de prohibición no es un acto transmisivo o declarativo del dominio a que se contrae el comienzo de ese artículo 17 de la Ley Hipotecaria.

Pero sobre todo, el principio de prioridad registral es también regla general que tiene excepciones o especialidades en nuestro ordenamiento. Y quizá la más importante o al menos la de más amplitud es la que se refiere a las anotaciones preventivas enunciadas en el artículo 44 de la Ley Hipotecaria. Esta es la norma especial y la que se debe aplicar.

Procede, finalmente, una consideración sobre dicho artículo 44 de la Ley Hipotecaria, que tan decisivo es en esta materia y que dice así: «El acreedor que obtenga anotación a su favor en los casos de los números segundo, tercero y cuarto del artículo 42, tendrá para el cobro de su crédito la preferencia establecida en el artículo 1923 del Código Civil». Pues bien, este artículo del Código Civil y con relación a bienes inmuebles, que son los que ahora nos interesan, en el número 4 atribuye preferencia a: «Los créditos preventivamente anotados en el Registro de la Propiedad, en virtud de mandamiento judicial, por embargos, secuestros o ejecución de sentencias y sobre los bienes anotados, y solo en cuanto a créditos posteriores».

Se ha hablado de cierta descoordinación porque en el artículo 44, que incluye a las prohibiciones de disponer, hay una remisión al 1923, donde no figuran las anotaciones que tienen tal objeto. Pero es hasta cierto punto lógico, porque el Código en ese 1923 está contemplando una concurrencia de créditos, para el cobro sobre bienes o patrimonios, y la prohibición de disponer aún no tiene esa virtualidad sino otra meramente defensiva.

Mas en definitiva lo que el artículo 44 prescribe es una preferencia cual es la del artículo 1923, esto es, solo para créditos posteriores y no respecto a los anteriores; y ello es aplicable también a la prohibición que comentamos. Es más, puede decirse, *a fortiori*, que si esta anotación no prevalece frente a créditos precedentes, mucho menos ante transmisiones de dominio anteriores; pues sabido es que el derecho real de propiedad tiene mucha más eficacia que la mera obligación. Y estas enajenaciones dominicales sí que nos sitúan en la órbita propia de las anotaciones de prohibición de enajenar; los casos expuestos en las sentencias que citamos así lo corroboran.

Además, que el titular dominical se englobaba a veces en nuestro ordenamiento dentro del concepto amplio de acreedores, lo confirma la Ley de administración y contabilidad de 1 de julio de 1911. En efecto, cuando su artículo 11 establece la especial prelación de los créditos de la Hacienda, de ella exceptuó solo a los acreedores que «lo sean de dominio, prenda e hipoteca, o cualquier otro derecho real, debidamente inscrito en el Registro de la Propiedad...». Por el mismo motivo todos estos titulares de derecho real del artículo 11 podrían entrar en el concepto de acreedores del artículo 1923, número 4.

VI. LA NO CANCELACIÓN DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA

Hasta aquí, por lo que se refiere al primer pronunciamiento, el de inscribir la adquisición anterior a la prohibición, la Resolución de 2010 no puede llamarse ecléctica, sino estrictamente ajustada a derecho. Veamos lo que ocurre con la segunda parte, o sea, el mantener sin cancelar la anotación preventiva.

Y de entrada hay que decir que, como esa anotación de prohibición de disponer estaba dictada por autoridad judicial, la misma solo puede ser cancelada por providencia ejecutoria, cual proclama el artículo 83 de la Ley Hipotecaria; esta decisión corresponde al juzgado o tribunal que había decretado la medida,

conforme al artículo 44 de la misma Ley. No concurriendo en el caso de la Resolución de 2010 tal circunstancia, la cancelación no procedía.

Por supuesto, que era directamente aplicable el artículo 206, número 3 del Reglamento Hipotecario, según el cual procederá la cancelación de la anotación en el caso de que se mandase alzar el secuestro o la prohibición de enajenar; lo que no había ocurrido en nuestro supuesto.

Tampoco se estaba en algún caso de los previstos en la última parte del artículo 145 del indicado Reglamento, como hubiera sido el de una hipoteca anterior a la prohibición, que al ejecutarse habría desencadenado la purga de todos los asientos posteriores.

Supuesto lo anterior, era perfectamente posible que tras haberse inscrito la adquisición dominical, su titular hubiera transmitido esa propiedad a un tercero, y así sucesivamente, puesto que si para el primero no fue óbice la prohibición, menos habría de serlo para los posteriores. Otra cosa es que para estos posteriores terceros la situación no variaría demasiado, pues al fin y al cabo en el Registro figuraba aquella prohibición de disponer; aunque siempre habrían de entenderse las actuaciones con ellos, por un elemental juego del principio de tracto sucesivo.

Al no cancelarse la anotación, la Resolución indica que podría ser el propietario quien interesara del juzgado que la decretó el levantamiento de esa medida cautelar. Y desde luego, si como decía el recurrente, la misma se acordó sin audiencia del titular registral, no resultaría difícil el obtener tal cancelación, por no haberse respetado ese tracto sucesivo que es garantía para que no se sufra indefensión.

En el caso de que la anotación se hubiera decretado con audiencia del titular del inmueble, más que una reacción judicial de este para pedir el levantamiento de aquella, lo normal sería el esperar a la terminación del proceso donde la misma se acordó y durante el curso de aquel defender la postura conducente a tal levantamiento o cancelación, con base en ser anterior su adquisición.

Aún más fácil, si confía en su derecho, es la actividad de mera espera de ese titular registral hasta que se produjera la caducidad de aquella anotación preventiva, lo que conforme al artículo 86 de la Ley Hipotecaria se produce a los cuatro años de su fecha; bien es cierto que cabe la prórroga judicial de la misma.

Por lo que hace a la persona que obtuvo la anotación, más que acudir a los tribunales, lo que deberá es proseguir la actuación judicial donde obtuvo aquella y estar al resultado favorable que en esa vía pudiera conseguir. Conforme a la Resolución de que tratamos, la anotación se habría acordado en una apelación civil y después en unas medidas cautelares previas de nombramiento de administración judicial. Puede esto tener que ver con el hecho de que el titular del inmueble fuera una sociedad limitada a la que el anterior dueño lo había aportado.

Si en esos procedimientos hubiera al final resoluciones que implicaran nulidad de las enajenaciones hechas en contra de la prohibición, cabría plantear el si era aplicable, por analogía, para las cancelaciones oportunas lo dispuesto en el artículo 198 del Reglamento Hipotecario sobre las anotaciones preventivas de demanda. En este caso del 198, los asientos posteriores a la anotación son fácilmente cancelables; para los anteriores aún se prevé un trámite con audiencia de sus titulares y a petición de quien triunfó en el litigio, pero con resolución final judicial.

No vemos clara esa aplicación analógica, pues la anotación de demanda ofrece frecuentemente un matiz reivindicativo que está más alejado en la de prohibición de disponer. De otro lado, en materia tan estrictamente procesal no se admite

fácilmente esa aplicación de normas dictadas para supuesto distinto. En cualquier caso, una posible cancelación de asientos siempre requeriría la intervención de los tribunales, conforme al mismo artículo 1 de la Ley Hipotecaria.

En definitiva, en cuanto a este segundo pronunciamiento de la Resolución, tampoco cabe calificarla de ecléctica, sino de ajustada a derecho y a los principios de la normativa hipotecaria.

VII. A MODO DE ESTRAMBOTE

Hay, en efecto, un hecho que queda recogido a lo largo del texto de la Resolución que sí requiere una mención. Se trata de la alegación reiterada que en el recurso gubernativo hizo el recurrente de que la medida cautelar de prohibición se había adoptado sin que en ese procedimiento tuvieran intervención ni el anterior titular del inmueble ni la sociedad limitada a la que el mismo se había aportado. Curiosamente en el Fundamento de Derecho 10 de la amplia Resolución hay un eco de ese problema: se dice en ese lugar que, si el cierre registral derivado de la prohibición de disponer se proyectase sobre actos dispositivos anteriores, en los que el adquirente resulta ajeno al proceso, habría que acudir a la interdicción de la indefensión para que esta no se diera.

Pero en definitiva, ese problema se soslaya en la Resolución. La anotación preventiva al final se inscribió y desde ese momento quedaba bajo el amparo de los tribunales, sin que el recurso gubernativo fuera cauce adecuado para pretender su cancelación.

Esa solución es la correcta; pero el hecho alegado era tan relevante que la postura de soslayar el tema se nos ofrece como la más cómoda. Pensamos que el Centro Directivo pudo hacer uso de lo previsto en el apartado primero del artículo 124 del Reglamento Hipotecario y, para mejor proveer, solicitar del Registro la remisión del texto literal de aquellas anotaciones de prohibición y de las providencias que las acordaron, para así poder depurar aquellas afirmaciones reiteradas del recurrente. Esos documentos cumplían los requisitos que al efecto establece ese apartado del artículo 124.

Si unidos tales antecedentes, hubiera resultado que desvirtuaban las afirmaciones del recurrente, aunque ello no determinara una Resolución diferente, sí que sería merecedor del oportuno reproche en el texto de aquella. Porque ese apartamiento de la verdad es contrario al principio de buena fe que con carácter general proclama el artículo 7 de nuestro Código Civil y que la Ley Orgánica del Poder Judicial reitera en el artículo 11, apartado 1. Se dice en este que en todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe; y aunque la Ley citada es para la esfera judicial, no cabe olvidar que la Resolución recaída, sin entrar ahora en el problema de su naturaleza jurídica, es residenciable ante el juzgado de 1.ª instancia de la capital.

Es difícil que aquellas anotaciones de la Resolución se hubieran registrado sin audiencia o intervención de quienes las iban a soportar y con infracción del tracto sucesivo y de la interdicción de la indefensión. Pero si así fuera y el recurrente tuviera razón, el hecho era de trascendencia. Sí la tenía porque mal cabría aplicar una prohibición de disponer a un titular a quien no se habría oído o citado en el procedimiento; puede decirse que para él esa medida era como inexistente. Cabe recordar aquí lo que decía aquella sentencia del TS de 22 de marzo de 1943, en el sentido de que la anotación de demanda no podía extenderse a más de lo que lo hiciera la demanda. Y si efectivamente aquella indefensión

se había dado, casi nada más había que decir para permitir la inscripción de la adquisición de aquel a quien no se prohibió nada.

Bien es verdad que si tal evento se hubiera dado y concurriera aquella anomalía tan grave en la anotación preventiva, se hubiera perdido la oportunidad de que la DG se pronunciara de forma tan completa, como lo hizo sobre el problema que nos ha ocupado, pérdida entonces bien sensible.

Tampoco parece viable que esa anotación de prohibición se hubiera dirigido directamente a la finca, sin consideración alguna del propietario; pues entonces nos habríamos encontrado con una atípica amortización de la propiedad, que es contraria a los principios orientadores de nuestro ordenamiento. Si se prohíbe, se prohíbe a alguien, no a una cosa.

En conclusión y salvo esta última curiosidad que nos ha quedado, sobre la veracidad o no de esas alegaciones reiteradas del recurrente, la realidad es que nos encontramos ante una Resolución digna de encomio, amplia, profunda y ajustada al derecho vigente. Quede, pues, lo de ecléctica para otra ocasión; así al menos lo pensamos.

RESUMEN

ANOTACIÓN DE PROHIBICIÓN DE DISPONER INSCRIPCIÓN DE LA ADQUISICIÓN ANTERIOR

Se comenta en el trabajo la Resolución de la Dirección General de 8 de julio de 2010. En ella se decide que es inscribible una adquisición anterior en fecha a una anotación preventiva de prohibición de disponer, aunque acceda al Registro después de esta. Pero ello no implica que se cancele dicha anotación. La Resolución que se autocalifica de ecléctica es considerada en el artículo como ajustada a derecho. Y en él se insiste en la doctrina jurisprudencial que daba base para el primer pronunciamiento de la comentada Resolución.

ABSTRACT

CAVEAT NOTING A FREEZING ORDER REGISTRATION OF A PREVIOUS ACQUISITION

This is a commentary on the Directorate-General's decision of 8 July 2010. The decision finds that an acquisition predating a caveat noting a freezing order may be registered even if the acquisition is submitted for registration after the freezing order. But this does not mean the caveat is cancelled. The article regards the self-confessed «eclectic» decision as lawful and underlines the case-law doctrine that provided the basis for the first pronouncement of the decision.

ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

*TUTELA AUTOMÁTICA DE LOS MENORES E INCAPACES
DESAMPARADOS POR ENTIDAD PÚBLICA Y DOCTRINA
JURISPRUDENCIAL*

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
*Profesora Contratada Doctora
Derecho Civil UCM*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. TUTELA AUTOMÁTICA Y EXISTENCIA DE LA SITUACIÓN DE DESAMPARO.—III. ACTUACIÓN EN EL PROCESO DE LA ENTIDAD PÚBLICA TUTORA: 1. DESIGNACIÓN DE ENTIDAD PÚBLICA. 2. LA FALTA DE AUDIENCIA NO ES CAUSA DE NULIDAD: SUPUESTOS. 3. LA FALTA DE AUDIENCIA ES CAUSA DE NULIDAD.—IV. ENTIDAD PÚBLICA DEL RESPECTIVO TERRITORIO.—V. EFECTOS JURÍDICOS DE LA TUTELA CONCRETADOS POR LA JURISPRUDENCIA.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA Y DE RESOLUCIONES DE LA DGRN.—VIII. LEGISLACIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

En otros comentarios de jurisprudencia nos hemos referido de pasada a las diferentes situaciones de desamparo del menor desde otra perspectiva (1).

En las páginas que a continuación veremos vamos a detenernos en las cuestiones que se plantean y que han sido estudiadas por la jurisprudencia en los últimos años, referidas al supuesto de la tutela automática de los menores desamparados

(1) Vid., mis artículos sobre «Cuestiones actuales sobre la emancipación. Análisis de la evolución jurisprudencial», en *RCDI*, núm. 725, 2011, págs 1611 a 1797, y «La protección del *nasciturus* y su proyección en el Derecho Civil español actual», en *RCDI*, núm. 726, 2011, págs. 2217 a 2227.

que según el artículo 239 del Código Civil, «corresponde por Ley a la entidad (2) a que se refiere el artículo 172» del mismo texto legal (3).

El señalado precepto del Código Civil fue redactado por Ley 21/1987, de 11 de noviembre (BOE de 17 de noviembre), de modificación de determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, y señala además que *«se procederá, sin embargo, al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para este»*.

No obstante, el párrafo 3.º del artículo 239 fue introducido por el número tres del artículo 9 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (BOE de 19 de noviembre, con entrada en vigor al día siguiente de su publicación). Párrafo que establece que: *«la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces cuando ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 sea nombrado tutor, asumirá por ministerio de la ley la tutela del incapaz o cuando este se encuentre en situación de desamparo. Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que le incumben de conformidad a las leyes, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material»*.

De esta manera el precepto inicialmente pensado para establecer la tutela de menores desamparados confiéndose a una entidad pública cuando no haya familiares que puedan asumir la tutela en su beneficio —como inicialmente continúa

(2) Según la Disposición Adicional Primera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre (modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción) que introdujo este artículo en el Código Civil: «Las entidades públicas mencionadas en esta Ley son los organismos del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales a las que, con arreglo a las leyes, corresponda, en el territorio respectivo, la protección de menores.

Las Comunidades Autónomas, en virtud de su competencia en materia de protección de menores, podrán habilitar, en su territorio, como instituciones colaboradoras de integración familiar; a aquellas Asociaciones o Fundaciones no lucrativas, constituidas conforme a las Leyes que les sean aplicables, en cuyos estatutos o reglas figure como fin la protección de menores y siempre que dispongan de los medios materiales y equipos pluridisciplinarios necesarios para el desarrollo de las funciones encomendadas.

Estas instituciones colaboradoras podrán intervenir solo en funciones de guarda y mediación con las limitaciones que la entidad pública señale, estando siempre sometidas a las directrices, inspección y control de la autoridad que las habilite.

Ninguna otra persona o entidad podrá intervenir en funciones de mediación para acogimientos familiares o adopciones.

La habilitación se otorgará previo expediente. Podrá ser privada de efectos la habilitación si la Asociación o Fundación dejare de reunir requisitos exigidos o infringiere en su actuación las normas legales.

Incumbe al Ministerio de Justicia la coordinación con fines de información y colaboración, estadísticas y relaciones internacionales, para lo cual las Comunidades Autónomas deberán facilitar la información necesaria.

Las personas que presten servicios en las entidades públicas o en las instituciones colaboradoras, están obligadas a guardar secreto de la información obtenida y de los datos de filiación de los acogidos o adoptados, evitando, en particular, que la familia de origen conozca a la de adopción».

(3) Vid. «Impugnación de la declaración de desamparo de menores y su posible reincorporación en la familia biológica», en *RCDI*, núm. 717, 2010, pág. 297 y sigs.

indicándose en su párrafo primero—, se ve ampliado al añadirse el párrafo tercero a los incapaces independientemente de su edad (ya sean menores o mayores) (4).

La característica en común que tienen ambos grupos de afectados se encuentra en el hecho de su *desamparo* derivado a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes cuando ambos grupos de sujetos (menores e incapaces) queden privados de la necesaria asistencia moral o material o se advierta peligro, físico o psíquico.

Es por tanto una *situación de hecho*, querida o no, en la que se encuentran los menores e incapaces caracterizada por la ausencia de asistencia (moral y material, como dice el propio precepto) y protección. La situación de desamparo se declara examinándose las circunstancias específicas del menor o incapaz, atendiendo siempre a su interés. Por ello se deberá acreditar ante el Juez el incumplimiento de unos mínimos de atención al menor (5) o incapaz exigidos por la conciencia social.

Cercana a la situación de desamparo se halla la *de riesgo* donde podemos decir que hay un perjuicio para el menor o incapaz sin alcanzar la entidad suficiente del desamparo.

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 22 de julio de 1993 (6), destaca que el Juez solo aparece vinculado por el beneficio del tutelado (7).

(4) Se trata, según PALOMINO DÍEZ, Isabel («La discutida naturaleza de la tutela de las entidades públicas del artículo 172.1 del Código Civil», en AC, núm. 11, 2005, pág. 1311), de una única tutela como institución civil que por razón del sujeto que la ejerce y los presupuestos que la originan, se diversifica en dos modalidades: una tutela ordinaria de constitución judicial, para menores e incapacitados; y una tutela administrativa atribuida por ministerio de la Ley a las entidades públicas en los casos de menores e incapacitados en situación de desamparo».

(5) La protección de los menores ha sido consagrada en el artículo 39 CE. Y en su desarrollo, la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, establece la obligación de toda persona que detecte una situación de riesgo o posible desamparo de un menor, de prestarle auxilio inmediato y de comunicar el hecho a la autoridad o sus agentes más próximos. Con carácter específico se prevé, asimismo, el deber de los ciudadanos de comunicar a las autoridades públicas competentes la ausencia del menor, de forma habitual o sin justificación, del centro escolar.

Hay que tener en cuenta, también, la Convención de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989 (ratificada por España el 30 de noviembre de 1990) y la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo mediante Resolución A3-0772/92.

(6) STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia de 22 de julio de 1993, recurso 3477/1990. Ponente: Gumersindo BURGOS Y PÉREZ DE ANDRADE. Número de Recurso: 3477/1990. LA LEY 13305/1993. Señala que: «Conocida es la ampliación que, en relación con la facultad del órgano jurisdiccional en la institución tutelar, ha supuesto la última reforma operada en el título correspondiente del Código Civil, orientándose la nueva regulación en un aumento de la intervención judicial en beneficio del declarado incapaz; y siguiendo esta línea de control están redactados, tanto el último inciso del artículo 234, como el espíritu del 235, ambos del Código Civil, cuando se refieren al nombramiento o designación de la persona del tutor, siendo el concepto de «beneficio del incapacitado» el que debe presidir tal designación, posponiéndose otras preferencias de tipo familiar».

(7) En el caso analizado no se advierte que la resolución judicial se aparte de dichas condiciones, habida cuenta que está actuando en beneficio de una persona que, declarada incapaz hace dos años, aún no había sido amparada por la constitución del correspondiente órgano tutelar, y porque el tutor designado es una persona jurídica que entre sus fines cuenta con los de la protección de los discapacitados como a continuación expresamos.

II. TUTELA AUTOMÁTICA Y EXISTENCIA DE LA SITUACIÓN DE DESAMPARO

El artículo 239 del Código Civil nos reenvía al 172 del Código Civil, que dispone que tienen competencias de protección de los menores las entidades públicas que tengan atribuida dicha función en el respectivo territorio. Se le otorga automáticamente la tutela del menor (8) o incapaz en el momento que quede acreditada la situación de desamparo, realizando las acciones pertinentes para el ejercicio de su guarda.

No debemos olvidar que el propio precepto prescribe que cuando haya personas (generalmente familiares) que puedan asumir la tutela con beneficio para el tutelado es lógico que primen frente a una entidad pública, desposeída de cualquier vínculo afectivo que el menor podría encontrar con mayor facilidad en su ámbito familiar y que a la postre supusiera para este menor dificultad en su nueva situación tutelar.

Sin embargo aunque a primera vista pudiera parecer que el precepto equipara ambos tipos de tutela, desde luego no son iguales:

La *tutela de mayores incapaces* es una tutela de carácter asistencial (su función básica es de protección y asistencia) y de constitución judicial. El sujeto que ejerce la tutela es la entidad pública sin posibilidad de excusarse del cargo, como veremos por la jurisprudencia que a continuación examinaremos, por la ineludible obligación que asumen las entidades públicas (9).

Se puede hacer la designación en una persona jurídica (art. 242 CC) sin que el precepto impida que pueda serlo una persona jurídico-pública. Solo exige que entre sus finalidades no tenga un fin lucrativo y que entre sus objetivos o fines figure la protección de incapacitados. Es obvio que de la lectura de la ley reguladora de la Gerencia de Servicios Sociales y del Decreto 2/1998 que la desarrolla aparece que uno de sus fines es atender la ejecución de las competencias en materia de Acción Social y Servicios Sociales de la ley de la correspondiente Comunidad Autónoma. Que existan otras personas jurídico-públicas, que también tengan esos fines, no significa que la Gerencia no los posea, y cumpliendo la entidad recurrente con los dos requisitos del artículo 242 del Código Civil, el Juez, por esas amplias facultades de que goza y a que hemos hecho referencia, puede designar tutor a quien considere más adecuada, teniendo en cuenta el superior interés del tutelado. Lo que no es sin duda justificable es que hayan tenido que transcurrir más de dos años desde que se declaró la incapacidad del tutelado, para constituir la tutela poniendo de manifiesto la lectura del recurso, que lo que subyace en realidad es una discrepancia o desacuerdo acerca de que administración debe asumir la tutela en este caso desatendiendo el encargo constitucional contenido en el artículo 49 y la normativa que lo desarrolla de que los poderes públicos, no se excluye a ninguno, amparen a los discapacitados.

AP de Valladolid, Sección 1.ª, Auto de 7 de mayo de 2007, recurso 87/2007. Ponente: FRANCISCO SALINERO ROMÁN. Número de sentencia: 94/2007. Número de recurso: 87/2007. LA LEY 117649/2007.

(8) Aquí hay que tener en cuenta el artículo 18 de la Ley de Protección Jurídica del menor 1/1996, que viene a manifestar que cuando la entidad pública competente considere que el menor se encuentra en situación de desamparo, actuará en la forma prevista en el artículo 172 y siguientes del Código Civil, asumiendo la tutela de aquel, adoptando las oportunas medidas de protección y poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal.

(9) La SAP de Soria, sentencia de 22 de abril de 2009 (rec. 58/2009, Ponente: María Belén PÉREZ-FLECHA DÍAZ. Número de sentencia: 80/2009. Número de recurso: 58/2009. LA LEY 73370/2009), recoge los criterios del Auto de esta Sala de 29 de diciembre de 2005, y señala que *esta entidad pública es la Junta de Castilla y León* (art. 32.1.19 del Estatuto

En base al Código Civil, y por tanto *ex lege*, cuando el mayor está en situación de desamparo (cuestión que en muchos de los casos habrá que analizar detenidamente) (10) y con carácter automático, es la entidad pública del territorio donde esté domiciliado, el órgano que se encargará de su tutela.

La autoridad judicial es la que designa a la entidad pública (11). La tutela de incapacitados tiene un carácter definitivo y permanente, ya que una vez que el órgano judicial declara la asunción de la tutela por la entidad pública previamente ha considerado que no hay familiares próximos y si los hay estos no son idóneos. Hay que tener en cuenta, además, que este procedimiento se incardina en un procedimiento de incapacitación.

La *inidoneidad* de los familiares puede ser, a su vez, de distinta índole, como acertadamente reconoce la jurisprudencia: por ejemplo, pueden existir

de Autonomía de esta Comunidad), que debe asumir la tutela por ministerio de la ley, es decir, sin necesidad de nombramiento judicial expreso, en supuestos como en el que nos ocupa, para evitar que la incapaz esté sin un tutor concreto. *Todo ello sin perjuicio de que con posterioridad por el Ministerio Fiscal u otra persona interesada, se inste en expediente de jurisdicción voluntaria, tras estudiar las distintas posibilidades, el nombramiento de otra persona que ejerza la tutela.* Por ello, y teniendo presente el contenido del artículo 752 LEC, procede dejar sin efecto el nombramiento de la Fundación Tutelar Castellano-Leonesa de Deficientes Mentales, como tutora, debiendo llevarse a cabo por el Juzgado de instancia, mediante el procedimiento adecuado, la designación de tutor en la persona que se considere más idónea, tal y como interesa en Ministerio Fiscal.

(10) En este sentido, ha de partirse de la base de que doña Olga, *desde que ingresó en la Residencia de Ancianos «San Nicolás de Bari» de Coria, el día 15 de julio de 1995, no se encuentra en situación de desamparo, sino perfectamente atendida*, revelándose así, no solo por el importante lapso de tiempo transcurrido desde tal ingreso sin que conste incidencia de tipo alguno, sino porque en la propia sentencia recurrida (Fundamento de Derecho Quinto) se señala —en términos literales— que «no es preciso, a tenor de las circunstancias del caso, el *internamiento de la incapaz, doña Olga*, la cual está atendida adecuadamente en todas sus necesidades en una Residencia de Ancianos»; luego debe descartarse cualquier situación de desamparo que exigiera necesaria e imperativamente que la tutela hubiera de deferirse a favor de la entidad pública que tiene encomendada en la Comunidad Autónoma de Extremadura la tutela de los incapaces cuando ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 sea nombrado tutor, y reconocerse, al mismo tiempo, que la estancia en la Residencia de Ancianos, donde se encuentra la incapacitada, es beneficioso para la misma.

SAP de Cáceres, Sección 1.^a, de 8 de junio de 2007, recurso 287/2007. Ponente: Antonio María GONZÁLEZ FLORIANO. Número de sentencia: 243/2007. Número de recurso: 287/2007. LA LEY 162288/2007. Acreditación de la imposibilidad de deferir la tutela de la incapacitada a favor de alguno de sus parientes, no pudiendo considerarse idóneos los conocidos, dadas sus circunstancias personales, lo que determina la aplicación de la facultad que la ley confiere al órgano judicial de designar tutor a quien, por sus relaciones con el tutelado y en beneficio de este, considere más idóneo, que en el caso es la titular de la residencia de ancianos en que se halla ingresada la incapacitada, al reunir los requisitos legalmente exigidos, no concurriendo desde su ingreso en tal residencia situación de desamparo que exija necesaria e imperativamente que la tutela hubiera de deferirse a favor de una entidad pública.

(11) Vid. HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar [«La tutela administrativa a favor de los mayores incapacitados», en *Actualidad Civil* (LA LEY), núm. 20. Fecha de publicación: Quincena del 16 al 30 de noviembre de 2006, págs. 2389 a 2407. Tomo 2. LA LEY 3120/2006] señala en la página 2404 que «el automatismo más bien se refiere al encargo inapelable o imperativo que asumen las entidades públicas y respecto al que considero no debe ser *ope legis*, sino *ope iudicis*».

conflictos de intereses entre los parientes, situaciones de franca enemistad (12), o que el familiar quiere hacerse cargo del incapaz cuando en ningún momento había mostrado interés por él (13), o que el familiar no se encuentre dentro de la enumeración establecida en el artículo 234 del Código Civil, relativo a la atribución de la tutela (14). O incluso puede ocurrir que sean los propios familiares del incapaz los que no quieran ostentar tal cargo (15).

La *tutela de los menores desamparados e incapaces* en situación de desamparo es de constitución administrativa y no judicial.

Son las entidades públicas las que primero conocen la situación de desamparo que sufre el menor y quien además dictamina y declara dicha situación.

Además en el caso de los menores, su situación de desamparo crea una naturaleza administrativa, pero generalmente es transitoria o provisional, pues se realiza con vistas a la búsqueda de la adopción de medidas de protección duradera y definitiva, como es la adopción y el acogimiento familiar permanente del menor (16).

En cualquier caso es fundamental la actuación del órgano judicial en *beneficio del menor o incapaz*. Hay que tener presente que las resoluciones de Audiencias Provinciales declaran que no puede olvidarse que los Juzgadores de Instancia asientan su criterio decisorio, a través del *principio de inmediación* que ha presidido la práctica de las diversas pruebas, de manera que habida cuenta de las amplias facultades que la Ley concede al Juez para decidir al respecto, de índole *cuasi discrecional*, sus decisiones solo son revisables si se hubiera incidido en arbitrariedad, con grave perjuicio de la persona tutelada, de modo que habrá de estarse a dicho criterio cuando no se evidencia error alguno de Derecho ni en la valoración de los hechos ni de la prueba practicada (17).

(12) SAP de Madrid, Sección 22.ª, de 17 de septiembre de 2004, recurso 415/2004. Ponente: Eladio GALÁN CÁCERES. Número de sentencia: 569/2004. Número de recurso: 415/2004 (LA LEY 192227/2004).

(13) En el caso de don Heraclio ni siquiera aparece dato alguno en autos por el que haya mostrado alguna vez interés por hacerse cargo de su tía, el propio hecho por el que se queja el apelante de que no tuvo conocimiento del proceso de incapacitación, no es más que una evidencia del escaso interés que el apelante había mostrado hacia la situación de doña Rafaela, que tuvo que ser ingresada en una residencia ante el estado de abandono en que se encontraba. SAP de Asturias, Sección 1.ª, de 11 de enero de 2010, recurso 464/2009. Número de sentencia: 5/2010. Número de recurso: 464/2009. LA LEY 6702/2010. Nombramiento de la entidad ERA (Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias) de tutor.

(14) SAP de Asturias, Sección 1.ª, sentencia de 11 de enero de 2010, recurso 464/2009. Número de sentencia: 5/2010. Número de recurso: 464/2009. LA LEY 6702/2010.

(15) La SAP de Sevilla, Sección 2.ª, de 28 de julio de 2008, recurso 3562/2008 (Ponente: Manuel Damián ÁLVAREZ GARCÍA. Número de sentencia: 375/2008. Número de recurso: 3562/2008. LA LEY 203778/2008) declara la incapacidad, y la tutela a la Administración autonómica competente, dada la *negativa a aceptar tal cargo las hijas del incapaz*.

(16) Vid. DE LA IGLESIA MONJE, M.ª I., «Impugnación de la declaración de desamparo de menores y su posible inserción en la familia biológica», en *RCDI*, núm. 717, 2010, pág. 297 y sigs.

(17) SAP núm. 569/2004 de Madrid (Sección 22.ª), de 17 de septiembre; siendo numerosas las resoluciones que optan por atribuir la tutela a personas o entidades ajenas a la familia (ya en su totalidad, ya respecto de los bienes de los incapaces) en casos en los que existen conflictos de intereses entre los parientes o situaciones de franca enemistad entre ellos que puedan redundar en perjuicio del tutelado.

Argumento que utiliza la SAP de Guadalajara, de 9 de marzo de 2007, recurso 51/2007 (18), que tras acreditar la existencia de conflicto de intereses y familiares entre la incapaz y los hermanos, posibles tutores, resulta más conveniente para esta que sea la *entidad propuesta, totalmente imparcial*, la encargada de proteger sus intereses, pues las decisiones han de tomarse siempre pensando en su *beneficio*. Incluso se acepta la excusa de los familiares o parientes directos del incapaz de la asunción de la tutela, alterándose el orden del artículo 234 del Código Civil (19).

En este sentido la SAP de Zaragoza, Sección 4.^a, de 19 de febrero de 2001, recurso 23/2000 (20), recoge un supuesto muy especial señalando el carácter facultativo del mecanismo de la autoridad familiar aragonesa (21), y dando lugar a la alteración del orden legal de llamamientos en el nombramiento de tutor en interés de las menores: estableciendo la preferencia de la tía materna sobre los abuelos paternos.

En este caso, parece adecuada la aplicación del artículo 239.2 del Código Civil que lleva a cabo la juzgadora de primer grado al apreciar situación de desamparo en dicha menor pese a la pervivencia de su padre biológico. La única noticia que se tiene de él proviene de su estancia como interno en un centro

(18) Ponente: Concepción ESPEJEL JORQUERA. Número de sentencia: 59/2007. Número de recurso: 51/2007. LA LEY 143312/2007.

(19) La SAP de Valencia, Sección 10.^a, de 5 de noviembre de 2008, recurso 751/2008 (Ponente: María Pilar MANZANA LAGUARDA. Número de sentencia: 689/2008. Número de recurso: 751/2008. LA LEY 273456/2008) declara la incapacidad del demandado, nombrándose tutor del mismo a la Comisión Valenciana de Tutelas e Incapacidades. Se prescinde del nombramiento de los parientes directos del incapaz, resultando atendible la *excusa formulada por estos, relativa a la enfermedad de los padres y hermanos del declarado incapaz*. Justificada la alteración del orden establecido en el artículo 234 del Código Civil, procediendo el nombramiento de la entidad pública.

En el mismo sentido, la SAP de Sevilla, Sección 2.^a, de 28 de julio de 2008, recurso 3562/2008 (Ponente: Manuel Damián ÁLVAREZ GARCÍA. Número de sentencia: 375/2008. Número de recurso: 3562/2008. LA LEY 203778/2008). Declara la incapacidad como sometimiento a tutela del incapaz por la Administración autonómica competente, atendidas las circunstancias concurrentes y dada la obligación que ostenta de promover y establecer formas eficaces de protección, cuidado y atención a incapaces y menores, dada la *negativa a aceptar tal cargo las hijas del incapaz*.

(20) SAP de Zaragoza, Sección 4.^a, de 19 de febrero de 2001, recurso 23/2000. Ponente: Javier SEOANE PRADO. Número de sentencia: 110/2001. Número de recurso: 23/2000. LA LEY 3655/2001.

(21) En primer lugar, es de señalar que ni la vecindad civil aragonesa de las menores, ni la sobrevivencia del padre de Verónica, son obstáculo alguno para la constitución del organismo tutelar de ninguna de las menores.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, ningún impedimento supone el mecanismo de la autoridad familiar previsto en los artículos 9 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón (CDCA) y 10 CDCA, pues la «autoridad familiar de otras personas» de que habla el último precepto es de carácter facultativo, ningún interesado ha promovido la designación de quién ha de ejercerla, ni provocando la constitución de la junta de parientes del modo previsto en el artículo 20 CDCA, y es opinión común que la expresión «podrá», que emplea el artículo 10 CDCA, implica que dicho mecanismo en modo alguno excluye de la constitución de la tutela cuando el cuidado y atención del menor la hace más aconsejable.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión, es preciso señalar que los recurrentes carecen de interés legítimo, y por tanto de legitimación para recurrir la designación de tutor para Verónica, pues ni están unidos a ella por lazos de parentesco, ni pretenden la designación para ellos.

penitenciario, cuando manifestó su conformidad con la designación de tutor que ahora se discute, sin que desde entonces se conozca su paradero, por lo que es clara la situación apreciada por la juzgadora de primer grado, conforme a los parámetros establecidos en el artículo 172.2 del Código Civil.

III. ACTUACIÓN EN EL PROCESO DE LA ENTIDAD PÚBLICA TUTORA

1. DESIGNACIÓN DE ENTIDAD PÚBLICA

La tutela automática del artículo 239 del Código Civil, introducida por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, está encomendada a la Entidad Pública, sin perjuicio de que existan personas jurídicas de carácter fundacional que puedan y estén en disposición de asumir el cargo y función tutelar, y con las que puede entrar en contacto la Administración tutelante para hacer la oportuna propuesta al Juzgado. La propia SAP de Cáceres, Sección 1.^a, de 8 de junio de 2007, recurso 287/2007, entiende que «la ley confiere al órgano judicial (la facultad) de designar tutor a quien, por sus relaciones con el tutelado y en beneficio de este, considere más idóneo, que en el caso es la titular de la residencia de ancianos en que se halla ingresada la incapacitada (y ante la falta de parientes idóneos) (22).

Como veremos más adelante, la entidad pública debe ser la del domicilio del incapacitado, ya que a falta de parientes o personas designadas por el propio incapaz o por sus progenitores, recaerá sobre la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces. «Si bien el primer párrafo del artículo 239 del Código Civil atribuye exclusivamente a la entidad pública correspondiente la tutela de los menores que se encuentren en situación de desamparo en el respectivo territorio, el tercer párrafo del citado artículo, introducido por la reforma del Código Civil operada por Ley 41/2003, extiende tal atribución al caso de los incapacitados, determinando que la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces cuando ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 sea nombrada tutor, asumirá por ministerio de la Ley la tutela del incapaz o cuando se encuentre en situación de desamparo. Es por ello que quien debe asumir el desempeño del cargo tutelar es la Junta de Castilla y León a través de la Gerencia de Servicios Sociales, al menos en tanto no exista otra persona jurídica que se ofrezca y tenga medios suficientes para asumirla con las garantías de protección que ofrece la Gerencia de Servicios Sociales» (23).

(22) En el mismo sentido, la SAP de Sevilla, Sección 2.^a, de 8 de febrero de 2008, recurso 8189/2007. Ponente: Damián ÁLVAREZ GARCÍA. Número de sentencia: 47/2008. Número de recurso: 8189/2007. LA LEY 173609/2008.

(23) SAP de Segovia, de 31 de marzo de 2006, recurso 110/2006. Ponente: Pilar ÁLVAREZ OLALLA. Número de sentencia: 67/2006. Número de recurso: 110/2006. LA LEY 86963/2006. La competencia de dicha Gerencia para la asunción de los cargos tutelares que recaen sobre incapaces ha sido ya resuelta por esta Sala en el rollo 31/05 y 178/05, en cuyas sentencias se señala que: «La Ley 2/95, en su artículo 2, establece como competencias de la Gerencia de Servicios Sociales los siguientes: *a)* La organización, gestión, desarrollo, control y coordinación de centros, establecimientos, prestaciones y programas de Servicios Sociales, según se establece en el artículo 32 de la Ley 18/1988, de Acción Social y Servicios Sociales, que le sean encomendados por la Junta de Castilla y León. *b)* El desarrollo de las actividades, actuaciones y programas que establecidas en los Planes Regionales de Servicios Sociales, le encomiende la Junta de Castilla y León. *c)* Cualquier otra que le pudiera ser encomendada por la Junta de Castilla y León y la Consejería de Sanidad y Bienestar Social en materia de servicios sociales».

Junto con las entidades públicas, el Código Civil posibilita que sea una Fundación la que obtenga la tutela del incapaz, siempre que entre sus fines se encuentre dicha posibilidad y cuente con medios económicos suficientes. El artículo 234 del Código Civil, primando siempre, el beneficio del tutelado aconseja en primer lugar los familiares (24), no obstante el artículo 242 recuerda la posibilidad de que podrán ser también tutores las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados. Será el órgano judicial quien dictamine a favor (25) o en contra (26) de dicha tutela.

No obstante, una vez establecida la tutela automática por el órgano judicial a favor de una entidad pública, esta no puede oponer su falta de competencia, como señala la AP de Valladolid, Sección 1.^a, Auto de 7 de mayo de 2007, recurso 87/2007 (27). Y ello porque entre sus competencias figura la inserción social de los colectivos afectados por la discapacidad. Se puede hacer la designación en una persona jurídica sin que precepto alguno impida que pueda serlo una persona jurídico-pública. Solo se exige que entre sus finalidades no tenga un fin lucrativo y que entre sus objetivos o fines figure la protección de incapacitados (28).

(24) SAP de Ourense, Sección 1.^a, de 31 de julio de 2007, recurso 202/2007. Ponente: Ángela Irene DOMÍNGUEZ-VIGUERA FERNÁNDEZ. Número de recurso: 202/2007. LA LEY 214734/2007. Mantenimiento de la tutela pública del menor, de acuerdo a la apreciación probatoria de la sentencia impugnada, ratificándose la situación de desamparo. El menor, cuya madre se encuentra en paradero desconocido, quedó bajo la custodia del padre quien, según informe de los servicios sociales, sufría un problema de alcoholismo, careciendo de estabilidad laboral y personal. Los abuelos paternos, en los cuales delegó el padre del menor, se declararon inadecuados a tal fin, no debido a la situación familiar en por la que atraviesan...

(25) La AP de Granada, Sección 4.^a, Auto de 3 de diciembre de 2002, recurso 410/2002 (Ponente: José MALDONADO MARTÍNEZ. Número de sentencia: 167/2002. Número de recurso: 410/2002. LA LEY 203092/2002) dictamina que procede el nombramiento de tutor del incapaz a persona jurídica a pesar de que dicha entidad no tenga como finalidad la protección de incapacitados, los estatutos establecen entre sus fines el adoptar todas las medidas que contribuyan a la mejora de la calidad vida del enfermo mental.

(26) SAP de Huelva, Sección 1.^a, Auto de 12 de febrero de 2003, recurso 44/2003. Ponente: Guadalupe SEGOVIA TALERÓ. Número de recurso: 44/2003. LA LEY 30416/2003. No procede nombrar tutor del mayor de edad incapacitado, a la Fundación demandante porque se reconoce carente de medios suficientes para desempeñar el cargo de tutor, y no lo prevé entre sus fines fundacionales. La tutela deberá ser deferida a persona jurídica pública que desempeñe esta función dentro de la administración autonómica, cuando fracasen los medios familiares.

En el mismo sentido, la AP de Huelva, Sección 2.^a, Auto de 30 de noviembre de 2000, recurso 118/2000 (Ponente: Santiago GARCÍA GARCÍA. Número de sentencia: 149/2000. Número de recurso: 118/2000. LA LEY 218737/2000) nombra a la fundación privada sin ánimo de lucro como tutora del declarado incapaz quien, a su vez, se excusa del cargo por carecer de suficientes recursos para el desempeño de la función, que es aceptada por el órgano judicial. La Audiencia indica que el cumplimiento de estas funciones tutelares, cuando no existen familiares próximos del incapaz, corresponde a la Administración Pública, autonómica y local, competente en materia asistencial, quien no puede renunciar al desempeño del cargo.

(27) AP de Valladolid, Sección 1.^a, Auto de 7 de mayo de 2007, recurso 87/2007. Ponente: Francisco SALINERO ROMÁN. Número de sentencia: 94/2007. Número de recurso: 87/2007. LA LEY 117649/2007. Nombramiento como tutor a la Gerencia Territorial de Servicios Sociales. La designada no puede oponer a su nombramiento la falta de competencia. Toda persona incapacitada judicialmente es una persona discapacitada.

(28) El artículo 49 está integrado en el capítulo III del Título I de la Constitución, sobre los principios rectores de la política social y económica del Estado, y a dicho capítulo se hace referencia en la Ley 18/1998, de acción social y servicios sociales de Castilla y León, y las competencias de ese carácter son de la Comunidad Autónoma Castellano-Leonesa,

2. LA FALTA DE AUDIENCIA NO ES CAUSA DE NULIDAD: SUPUESTOS

La jurisprudencia de las Audiencias en este punto es vacilante, puesto que unas veces entienden que no es necesario oír a las Entidades Públicas en su nombramiento como tutoras, y otras veces sí lo consideran necesario, declarando que de no haberse hecho se podrá proceder a la nulidad de actuaciones.

Ejemplo del primer supuesto señalado es la AP de Sevilla, Sección 2.^a, sentencia de 8 de febrero de 2008, recurso 8189/2007, que indica que aunque la Entidad pública designada tutora de la persona incapacitada no haya tenido intervención en el proceso de incapacitación, *no procede declarar la nulidad de actuaciones* postulada por cuanto las únicas audiencias legalmente preceptivas

según el artículo 26.1.18 en la redacción inicial del Estatuto de Autonomía. En la Ley que creó la Gerencia de Servicios Sociales (Ley 2/1995), en su Exposición de Motivos se dice como su creación, como ente institucional, tiene por objeto el que se de respuesta a las demandas sociales de manera rápida y eficaz en materia de servicios sociales. Por tanto no se puede sostener que la gerencia no ostenta competencias en la materia discutida, pues el artículo 49 de la Constitución se refiere a los disminuidos psíquicos y en ese concepto debe considerarse incluida a la persona objeto de este proceso que ha sido declarada judicialmente incapaz de manera parcial, como resulta de la sentencia de fecha 21 de marzo de 2005, precisamente por padecer una serie de deficiencias de carácter físico y psíquico de carácter permanente, sin que podamos aceptar esa distinción artificiosa que se hace en el recurso entre discapacitado e incapacitado judicial, pues si la parte recurrente acepta que es de su cargo la protección de un discapacitado no incapacitado judicialmente, que por ello hemos de concluir que se trataría de una persona con menor grado de discapacidad que la judicialmente incapacitada, con mayor razón deberá hacerse cargo de los de mayor grado de discapacidad, que por tal circunstancia es obvio que necesitarán de mayor protección para dar cumplimiento al mandato constitucional del artículo 49 citado.

La Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, en su artículo 1 señala que sus principios se fundamentan en los derechos que el artículo 49 de la Constitución reconoce, en razón a la dignidad que les es propia, a los disminuidos en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales para su completa realización personal y su total integración social, y a los disminuidos profundos para la asistencia y tutela necesarias.

Y en su artículo 3 destaca que los poderes públicos prestarán todos los recursos necesarios para el ejercicio de los derechos, a que se refiere el artículo 1, constituyendo una obligación del Estado la prevención, los cuidados médicos y psicológicos, la rehabilitación adecuada, la educación, la orientación, la integración laboral, la garantía de unos derechos económicos, jurídicos sociales mínimos y la Seguridad Social. Señalando que a dichos efectos estarán obligados a participar, para su efectiva realización, en su ámbito de competencias correspondientes, la Administración Central, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales, los Sindicatos, las entidades y organismos públicos y las asociaciones y personas privadas.

La especial sensibilidad detectada en los últimos tiempos hacia los derechos de los discapacitados se ha traducido en la elaboración de normativas específicas destinadas al reconocimiento de dichos derechos, así como a otorgarles la protección que merecen y que pueden y deben dispensarles las sociedades desarrolladas, como beneficiarios preferentes o con el mismo derecho que los demás ciudadanos de las cotas de bienestar conseguidas en los llamados estados avanzados. La reforma de 1983 (Ley 13/1983, de 24 de octubre) supuso un cambio trascendental al pasar de un sistema de tutela de familia al de autoridad, con supresión del Consejo de Familia y conversión del Juez en la pieza fundamental decisoria del sistema al dotarle de amplísimas facultades. En puridad y tal como está concebido el cierre del sistema, solo existe una persona que puede actuar con poderes absolutos, aunque sujeto a una serie de condiciones, el Juez. El artículo 231 del Código Civil atribuye la constitución de la tutela al Juez.

Es la pieza angular y decisiva del sistema desde un primer momento, que no tiene otra norma que cumplir ni mira que conseguir en su cometido al efectuar la elección o designación del tutor, más que procurar el interés o beneficio del tutelado

son las relativas a los parientes más próximos del presunto incapaz, según dispone el artículo 759.1 LEC, sin perjuicio de que el Tribunal pueda oír a las demás personas que considere oportuno cuando en la demanda se solicite el nombramiento de la persona que deba asistir o representar al incapaz. Por ello el nombramiento de la Entidad Pública como tutora es válido aunque previamente no se le notifique la fecha de la vista oral a efectos de ser oída (29).

En el mismo sentido se halla la AP de Segovia, sentencia de 31 de marzo de 2006, que admite que la inexistencia de obligación de oír al llamado a la tutela, unido a la inexistencia del trámite de oposición al nombramiento por parte del tutor, previsto en el artículo 1840 LEC 1881, en sede de nombramiento de tutor por el procedimiento de jurisdicción voluntaria, determina que puede darse el caso de no intervención del futuro tutor hasta el momento de su nombramiento, si este se realiza en el procedimiento de incapacitación, si bien, dada su legitimación para apelar la sentencia al amparo de lo establecido en el artículo 13 LEC, es precisamente en esta alzada el momento procesal en el que puede dilucidarse cualquier motivo de oposición relativo a ese nombramiento, solventándose así cualquier suerte de indefensión que hubiera podido sufrir la parte apelante en el procedimiento ante el juez *a quo* (art. 465.3 LEC *in fine*) (30).

3. LA FALTA DE AUDIENCIA ES CAUSA DE NULIDAD

Parece que en el caso de que el tutor nombrado sea una Fundación, implica la necesidad de ser oído antes de su nombramiento. Así lo dice la AP de Segovia, sentencia de 7 de diciembre de 2006, recurso 258/2006, al indicar que efectivamente la fundación recurrente y designada tutora no ha sido parte en la instancia, pero más aún ni siquiera ha sido oída antes de ser designada tutora, lo que efectivamente le ha impedido valorar, de acuerdo con sus estatutos, su posibilidad de asumir la tutela que se le encomienda (31).

El principio de audiencia de las partes, recogido en la LEC, es el que prima, y así se reconoce en la SAP de Soria, sentencia de 22 de abril de 2009, recurso 58/2009 (32), que deja sin efecto el nombramiento efectuado por el Juzgador de

(29) SAP de Sevilla, Sección 2.ª, de 8 de febrero de 2008, recurso 8189/2007. Ponente: Manuel Damián ÁLVAREZ GARCÍA. Número de sentencia: 47/2008. Número de recurso: 8189/2007. LA LEY 173609/2008.

(30) AP de Segovia, sentencia de 31 de marzo de 2006, recurso 110/2006. Ponente: Pilar ÁLVAREZ OLALLA. Número de sentencia: 67/2006. Número de recurso: 110/2006. LA LEY 86963/2006. Ni existe obligación de oír al llamado a la tutela, ni existe trámite de oposición al nombramiento por parte del tutor en sede de nombramiento de tutor por el procedimiento de jurisdicción voluntaria.

(31) SAP de Segovia, de 7 de diciembre de 2006, recurso 258/2006. Ponente: Ignacio PANDO ECHEVARRÍA. Número de sentencia: 250/2006. Número de recurso: 258/2006. LA LEY 212708/2006. En este sentido, esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse en un supuesto idéntico, y así en la sentencia de 27 de marzo de 2006, posterior por tanto a la que es objeto de recurso, resolviendo se estimó el recurso de la recurrente, al no haber sido oída en la instancia, ni haberse ponderado suficientemente las razones por las que se prefería en la tutela a los familiares que establece el artículo 234.1 del Código Civil ni ponderar el contenido del artículo 239.3 del Código Civil.

(32) SAP de Soria, sentencia de 22 de abril de 2009, recurso 58/2009. Ponente: María Belén PÉREZ-FLECHA DÍAZ. Número de sentencia: 80/2009. Número de recurso: 58/2009. LA LEY 73370/2009. Declaración de incapacidad con nombramiento de tutor al incapaz.

Instancia, *al no haber sido oído en el procedimiento el organismo designado*, lo que vulnera el principio de audiencia de partes, y determina que deba llevarse a cabo la designación de tutor en la persona que se considere más idónea, mediante el procedimiento adecuado, debiendo asumir la tutela mientras tanto, por ministerio de la ley, el organismo de la comunidad autónoma competente, para evitar que la incapaz esté sin un tutor concreto (33).

(33) La actual LEC a diferencia de la anterior, permite en su artículo 759.2 que en la demanda se solicite el nombramiento para el cargo de tutor, en cuyo caso, el número 2 del artículo 760 establece que «la sentencia que declare la incapacitación o la prodigalidad nombrará a la persona o personas que con arreglo a la ley hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él». Ahora bien, esto debe hacerse con respeto del principio de audiencia de partes que puedan verse afectadas por la decisión que se tome en el procedimiento, tal y como establece el artículo 231 del Código Civil, y con carácter general, el artículo 24 CE.

En este sentido, y como nos recuerdan las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, de 29 de septiembre de 2006, y de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de 7 de febrero de 2005, «el principio constitucional del proceso debido o con garantías —inherente al orden público procesal— exige que todo procedimiento sea coherente con las exigencias del derecho de defensa, evitando todo escenario jurídico permeable a un contexto de indefensión».

La jurisprudencia constitucional [por todas, STC 19/2004 (LA LEY 843/2004)] ha diseñado los contornos del derecho de defensa. Mantiene que debe garantizar el derecho a acceder al proceso y los recursos legalmente establecidos en condiciones de poder ser oído y ejercer la defensa de los derechos e intereses legítimos en un procedimiento en el que se respeten los principios de bilateralidad, contradicción e igualdad de armas procesales. Esta consideración impone a los órganos decisorios, entre otras exigencias, un deber de diligencia en la realización de los actos de comunicación procesal que asegure, en la medida de lo posible, su recepción por los destinatarios, dándoles así la oportunidad de defensa [por todas, STC 18/2002 (LA LEY 3044/2002)]. Solo de esta manera se preserva un conocimiento, por parte de quienes ostentan algún derecho o interés, de la existencia de un proceso, permitiendo con ello que se encuentren en condiciones idóneas de impetrar la protección de sus posiciones jurídicas [por todas, STC 26/1999 (LA LEY 2501/1999)].

En este mismo sentido se ha manifestado el Tribunal Constitucional, Sala Primera, sentencia 229/2000, de 2 de octubre de 2000, recurso 5332/1997. Ponente: Pablo Manuel CACHÓN VILLAR. Número de sentencia: 229/2000. Número de recurso: 5332/1997. LA LEY 901/2001, que en su Fundamento Jurídico quinto señala que: «Lo que se deja expuesto evidencia, sin mayores razonamientos, que las resoluciones que son objeto del recurso de amparo acuerdan una serie de medidas dirigidas a dar cumplimiento a la sentencia recaída en el juicio de menor cuantía cuya efectividad práctica, de llevarse a cabo, perjudicarían notablemente los derechos e intereses de los ahora recurrentes en amparo, pese a no haber sido parte en el proceso ni haber sido condenados en la sentencia firme».

Por ello consideramos que no es posible nombrar tutora a la apelante al no haber sido previamente oída, lo que supone la estimación de este motivo del recurso.

Por otra parte, y tal y como nos recuerda el recurso de apelación, el último párrafo del artículo 239 del Código Civil, establece que: «La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces cuando ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 sea nombrado tutor, asumirá por ministerio de la ley la tutela del incapaz o cuando este se encuentre en situación de desamparo. Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que le incumben de conformidad a las leyes, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material».

Y en el Auto de esta Sala, de 29 de diciembre de 2005, citado en el recurso, ya decíamos que esta entidad pública, en este caso, es la Junta de Castilla y León (art. 32.1.19 del Estatuto de Autonomía de esta Comunidad), que debe asumir la tutela por ministerio de la ley, es decir, sin necesidad de nombramiento judicial expreso, en supuestos como en el que nos

Se deja sin efecto el nombramiento de la Fundación Tutelar Castellano-Leonesa de Deficientes Mentales como tutora y a la vez, se nombra automáticamente a la entidad pública que es la Junta de Castilla-León.

IV. ENTIDAD PÚBLICA DEL RESPECTIVO TERRITORIO

La entidad pública designada debe ser de la *demarcación territorial del domicilio del incapaz*, tal y como señala, por ejemplo, la SAP de Segovia, de 31 de marzo de 2006, recurso 110/2006 (34). A falta de parientes o personas designadas por el propio incapaz o por sus progenitores, recaerá sobre la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces. «Si bien el primer párrafo del artículo 239 del Código Civil atribuye exclusivamente a la entidad pública correspondiente la tutela de los menores que se encuentren en situación de desamparo en el respectivo territorio, el tercer párrafo del citado artículo, introducido por la reforma del Código Civil operada por Ley 41/2003, extiende tal atribución al caso de los incapacitados, determinando que: «La entidad pública a la que, en el *respectivo territorio*, esté encomendada la tutela de los incapaces cuando ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 sea nombrada tutor, asumirá por ministerio de la Ley la tutela del incapaz o cuando se encuentre en situación de desamparo». Es por ello que quien debe asumir el desempeño del cargo tutelar es la Junta de Castilla y León a través de la Gerencia de Servicios Sociales, al menos en tanto no exista otra persona jurídica que se ofrezca y tenga medios suficientes para asumirla con las garantías de protección que ofrece la Gerencia de Servicios Sociales (35).

ocupa, para evitar que la incapaz esté sin un tutor concreto. Todo ello sin perjuicio de que con posterioridad por el Ministerio Fiscal u otra persona interesada, se inste en expediente de jurisdicción voluntaria, tras estudiar las distintas posibilidades, el nombramiento de otra persona que ejerza la tutela.

Por ello, y teniendo presente el contenido del artículo 752 LEC, procede dejar sin efecto el nombramiento de la Fundación Tutelar Castellano-Leonesa de Deficientes Mentales, como tutora, debiendo llevarse a cabo por el Juzgado de Instancia, mediante el procedimiento adecuado, la designación de tutor en la persona que se considere mas idónea, tal y como interesa el Ministerio Fiscal.

(34) En sentido contrario la AP de Soria, Auto de 29 de diciembre de 2005, recurso 241/2005 (Ponente: Rafael María CARNICERO GIMÉNEZ DE AZCÁRATE. Número de sentencia: 145/2005. Número de recurso: 241/2005. LA LEY 249404/2005) procede a la impugnación del nombramiento de tutor, porque la institución sobre la que la sentencia de instancia hace recaer el nombramiento de tutor no es la entidad pública a la que, en la comunidad del domicilio del incapaz, está encomendada la tutela de los incapaces.

(35) AP de Segovia, sentencia de 31 de marzo de 2006, recurso 110/2006. Ponente: Pilar ÁLVAREZ OLALLA. Número de sentencia: 67/2006. Número de recurso: 110/2006. LA LEY 86963/2006. La competencia de dicha Gerencia para la asunción de los cargos tutelares que recaen sobre incapaces ha sido ya resuelta por esta Sala en el rollo 31/05 y 178/05, en cuyas sentencias se señala que: «La Ley 2/95, en su artículo 2 establece como competencias de la Gerencia de Servicios Sociales, los siguientes: a) La organización, gestión, desarrollo, control y coordinación de centros, establecimientos, prestaciones y programas de Servicios Sociales, según se establece en el artículo 32 de la Ley 18/1988, de Acción Social y Servicios Sociales, que le sean encomendados por la Junta de Castilla y León. b) El desarrollo de las actividades, actuaciones y programas que, establecidas en los Planes Regionales de Servicios Sociales, le encomiende la Junta de Castilla y León. c) Cualquier

Posteriormente la SAP de Soria, sentencia de 22 de abril de 2009, recurso 58/2009 (36), recoge los criterios del Auto de esta Sala, de 29 de diciembre de 2005, y señala que esta entidad pública es la Junta de Castilla y León (art. 32.1.19 del Estatuto de Autonomía de esta Comunidad), que *debe asumir la tutela por ministerio de la ley, es decir, sin necesidad de nombramiento judicial expreso, en supuestos como en el que nos ocupa, para evitar que la incapaz esté sin un tutor concreto. Todo ello sin perjuicio de que con posterioridad por el Ministerio Fiscal u otra persona interesada, se inste en expediente de jurisdicción voluntaria*, tras estudiar las distintas posibilidades, el nombramiento de otra persona que ejerza la tutela (37).

V. EFECTOS JURÍDICOS DE LA TUTELA CONCRETADOS POR LA JURISPRUDENCIA

1.º Los entes públicos asumen la representación del incapacitado y la administración de sus bienes, siempre en su beneficio, y son designados automáticamente, incluso sin haber desamparo cuando el mayor de edad convive con los padres (ancianos) y se le incapacita judicialmente (supuesto de la SAP de Madrid, Sección 22.ª, de 6 de febrero de 2009) (38), o tras la negativa de los familiares directos o de los centros especializados que no han podido hacerse cargo del incapaz, siempre a fin de evitar una situación de desamparo que a la postre se produciría (supuesto de la AP de Sevilla, Sección 2.ª, sentencia de 18 de diciembre de 2009, recurso 7316/2009) (39).

otra que le pudiera ser encomendada por la Junta de Castilla y León y la Consejería de Sanidad y Bienestar Social en materia de servicios sociales».

(36) SAP de Soria, sentencia de 22 de abril de 2009, recurso 58/2009. Ponente: María Belén PÉREZ-FLECHA DÍAZ. Número de sentencia: 80/2009. Número de recurso: 58/2009. LA LEY 73370/2009. Por otra parte, y tal y como nos recuerda el recurso de apelación, el último párrafo del artículo 239 del Código Civil, establece que: «La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces cuando ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 sea nombrado tutor asumirá, por ministerio de la ley, la tutela del incapaz o cuando este se encuentre en situación de desamparo. Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que le incumben de conformidad a las leyes, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material».

(37) Por ello, y teniendo presente el contenido del artículo 752 LEC, procede dejar sin efecto el nombramiento de la Fundación Tutelar Castellano-Leonesa de Deficientes Mentales, como tutora, debiendo llevarse a cabo por el Juzgado de Instancia, mediante el procedimiento adecuado, la designación de tutor en la persona que se considere más idónea, tal y como interesa en Ministerio Fiscal.

(38) SAP de Madrid, Sección 22.ª, de 6 de febrero de 2009, recurso 1231/2008. Ponente: Eduardo HIJAS FERNÁNDEZ. Número de sentencia: 84/2009. Número de recurso: 1231/2008. LA LEY 45899/2009. Rehabilitación de la patria potestad cuando el mayor de edad, soltero, que convive con sus padres, es incapacitado judicialmente. No puede proyectarse de modo automático. Procede asignar la función tutelar a la Agencia para la Tutela del Adulto, toda vez que ambos progenitores superan los sesenta y cinco años, y padecen importantes deterioros en su estado de salud, con acreditación de minusvalía y no constan parientes que estén en condiciones o disposición de asumir la función tutelar.

(39) SAP de Sevilla, Sección 2.ª, de 18 de diciembre de 2009, recurso 7316/2009. Ponente: Manuel Damián ÁLVAREZ GARCÍA. Número de sentencia: 494/2009. Número de recurso: 7316/2009. LA LEY 327398/2009. Atribución a la Administración Pública de la tutela de una persona esquizofrénica ante la imposibilidad de los familiares directos de asumir la tutela

2.º La tutela abarca al plano personal y patrimonial del sujeto protegido (40).

3.º La asunción de la tutela por el ente público conlleva la suspensión de la tutela ordinaria, aunque puede darse el caso contrario como en la citada sentencia de la AP de León, Sección 2.ª, Auto de 9 de noviembre de 2006, recurso 330/2006 indica también que la tutela, en palabras del Tribunal Supremo (sentencia de 12-7-85), «es un organismo supletorio de la patria potestad cuyo nacimiento se opera por la inexistencia de esta», pues así se deduce del artículo 222 del Código Civil, sin embargo, el artículo 158 permite a la autoridad judicial la adopción de las medidas que considere oportunas para evitar cualquier perjuicio a la persona de los hijos y, más específicamente y como apunta la propia resolución recurrida, el artículo 239.2 del Código Civil permite el nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias, en los supuestos de menores desamparados, «cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para este», relegando así la tutela *ex lege*, la de la entidad a que se refiere el artículo 172, a la ordinaria cuando se den las referidas circunstancias (41).

VI. BIBLIOGRAFÍA

DE LA IGLESIA MONJE, M.ª I: «Impugnación de la declaración de desamparo de menores y su posible reinserción en la familia biológica», en *RCDI*, núm. 717, 2010, pág. 297 y sigs.

— «Cuestiones actuales sobre la emancipación. Análisis de la evolución jurisprudencial», en *RCDI*, núm. 725, 2011, págs. 1611 a 1797.

— «La protección del *nasciturus* y su proyección en el Derecho Civil español actual», en *RCDI*, núm. 726. 2011.

del incapacitado, y por la negativa justificada de fundaciones radicadas en su lugar de residencia por desavenencias con el incapaz surgidas durante el desarrollo de la precedente curatela, o por no ajustarse el incapacitado al perfil que corresponde al objeto social. Dada la urgencia en proporcionar la adecuada protección y salvaguarda a una persona incapacitada y desamparada, no queda más que confirmar la resolución de instancia.

(40) La AP de León, Sección 2.ª, Auto de 9 de noviembre de 2006, recurso 330/2006 (Ponente: Alberto Francisco ÁLVAREZ RODRÍGUEZ. Número de sentencia: 76/2006. Número de recurso: 330/2006. LA LEY 140245/2006) dictaminó que la tutela es un organismo supletorio de la patria potestad cuyo nacimiento se opera por la inexistencia de esta. Declarada la situación de desamparo del menor, unido al hecho de tal deseo de su progenitor, conduce a constituir la tutela del menor a favor de la actora, a quien su padre, en testamento, designó tutora a la actora, viviendo la madre de este.

(41) Pues bien, en el caso que nos ocupa, con posterioridad al dictado del Auto recurrido, en concreto por Resolución de 23-5-06, la Gerencia Territorial de Servicios Sociales de León de la Junta de Castilla y León declaró en situación de desamparo al citado menor y asumió su tutela, y ello porque el mismo convivió con su abuela materna y con su padre desde los cinco meses, porque su madre se desentendió desde tan temprana edad de sus obligaciones y responsabilidades parentales y porque su padre falleció.

Tal circunstancia, unida a que tal fue el deseo por el mismo exteriorizado a este Tribunal, nos conduce a la revocación de la resolución recurrida y a constituir la tutela del menor a favor de la ahora recurrente, con todos sus derechos y obligaciones inherentes al cargo: inventariar los bienes del tutelado (art. 262 CC), constitución de fianza, si le fuere exigida (art. 260 CC), cumplimiento de las medidas de vigilancia y control que, en su caso, le fueren exigidas por la juzgadora (art. 233 CC), así como percepción de la retribución que esta, a la vista de las circunstancias del caso, le pudiera señalar.

HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar: «La tutela administrativa a favor de los mayores incapacitados», en *Actualidad Civil* (LA LEY), núm. 20. Fecha de publicación: Quincena del 16 al 30 de noviembre de 2006, págs. 2389 a 2407. Tomo 2. LA LEY 3120/2006.

PALOMINO DÍEZ, Isabel: «La discutida naturaleza de la tutela de las entidades públicas del artículo 172.1 del Código Civil», en *Actualidad Civil*, núm. 11, quincena del 1 al 15 de junio de 2005, pág. 1303 y sigs.

VII. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA Y DE RESOLUCIONES DE LA DGRN

- Tribunal Constitucional, Sala Primera, sentencia 229/2000, de 2 de octubre de 2000, recurso 5332/1997. Ponente: Pablo Manuel CACHÓN VILLAR. Número de sentencia: 229/2000. Número de recurso: 5332/1997. LA LEY 901/2001.
- STS, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 22 de julio de 1993, recurso 3477/1990. Ponente: Gumersindo BURGOS Y PÉREZ DE ANDRADE. Número de recurso: 3477/1990. LA LEY 13305/1993.
- AP de Huelva, Sección 2.^a, Auto de 30 de noviembre de 2000, recurso 118/2000. Ponente: Santiago GARCÍA GARCÍA. Número de sentencia: 149/2000. Número de recurso: 118/2000. LA LEY 218737/2000.
- AP de Zaragoza, Sección 4.^a, sentencia de 19 de febrero de 2001, recurso 23/2000. Ponente: Javier SEOANE PRADO. Número de sentencia: 110/2001. Número de recurso: 23/2000. LA LEY 3655/2001.
- AP de Granada, Sección 4.^a, Auto de 3 de diciembre de 2002, recurso 410/2002. Ponente: José MALDONADO MARTÍNEZ. Número de sentencia: 167/2002. Número de recurso: 410/2002. LA LEY 203092/2002.
- AP de Huelva, Sección 1.^a, Auto de 12 de febrero de 2003, recurso 44/2003. Ponente: Guadalupe SEGOVIA TALERO. Número de recurso: 44/2003. LA LEY 30416/2003.
- AP de Madrid, Sección 22.^a, de 17 de septiembre de 2004, recurso 415/2004. Ponente: Eladio GALÁN CÁCERES. Número de sentencia: 569/2004. Número de recurso: 415/2004. LA LEY 192227/2004.
- AP de Soria, Auto de 29 de diciembre de 2005, recurso 241/2005. Ponente: Rafael María CARNICERO GIMÉNEZ DE AZCÁRATE. Número de sentencia: 145/2005. Número de recurso: 241/2005. LA LEY 249404/2005.
- AP de Segovia, sentencia de 31 de marzo de 2006, recurso 110/2006. Ponente: Pilar ÁLVAREZ OLALLA. Número de sentencia: 67/2006. Número de recurso: 110/2006. LA LEY 86963/2006.
- AP de León, Sección 2.^a, Auto de 9 de noviembre de 2006, recurso 330/2006. Ponente: Alberto Francisco ÁLVAREZ RODRÍGUEZ. Número de sentencia: 76/2006. Número de recurso: 330/2006. LA LEY 140245/2006.
- AP de Segovia, sentencia de 7 de diciembre de 2006, recurso 258/2006. Ponente: Ignacio PANDO ECHEVARRÍA. Número de sentencia: 250/2006. Número de recurso: 258/2006. LA LEY 212708/2006.
- AP de Guadalajara, sentencia de 9 de marzo de 2007, recurso 51/2007. Ponente: Concepción ESPEJEL JOROQUERA. Número de sentencia: 59/2007. Número de recurso: 51/2007. LA LEY 143312/2007.
- AP de Valladolid, Sección 1.^a, Auto de 7 de mayo de 2007, recurso 87/2007. Ponente: Francisco SALINERO ROMÁN. Número de sentencia: 94/2007. Número de recurso: 87/2007. LA LEY 117649/2007.

- AP de Cáceres, Sección 1.^a, sentencia de 8 de junio de 2007, recurso 287/2007. Ponente: Antonio María GONZÁLEZ FLORIANO. Número de sentencia: 243/2007. Número de recurso: 287/2007. LA LEY 162288/2007.
- AP de Ourense, Sección 1.^a, sentencia de 31 de julio de 2007, recurso 202/2007. Ponente: Ángela Irene DOMÍNGUEZ-VIGUERA FERNÁNDEZ. Número de recurso: 202/2007. LA LEY 214734/2007.
- AP de Sevilla, Sección 2.^a, sentencia de 8 de febrero de 2008, recurso 8189/2007. Ponente: Manuel Damián ÁLVAREZ GARCÍA. Número de sentencia: 47/2008. Número de recurso: 8189/2007. LA LEY 173609/2008.
- AP de Sevilla, Sección 2.^a, sentencia de 28 de julio de 2008, recurso 3562/2008. Ponente: Manuel Damián ÁLVAREZ GARCÍA. Número de sentencia: 375/2008. Número de recurso: 3562/2008. LA LEY 203778/2008.
- AP de Valencia, Sección 10.^a, sentencia de 5 de noviembre de 2008, recurso 751/2008. Ponente: María Pilar MANZANA LAGUARDA. Número de sentencia: 689/2008. Número de recurso: 751/2008. LA LEY 273456/2008.
- AP de Madrid, Sección 22.^a, sentencia de 6 de febrero de 2009, recurso 1231/2008. Ponente: Eduardo HIJAS FERNÁNDEZ. Número de sentencia: 84/2009. Número de recurso: 1231/2008. LA LEY 45899/2009.
- AP de Soria, sentencia de 22 de abril de 2009, recurso 58/2009. Ponente: María Belén PÉREZ-FLECHA DÍAZ. Número de sentencia: 80/2009. Número de recurso: 58/2009. LA LEY 73370/2009.
- AP de Sevilla, Sección 2.^a, sentencia de 18 de diciembre de 2009, recurso 7316/2009. Ponente: Manuel Damián ÁLVAREZ GARCÍA. Número de sentencia: 494/2009. Número de recurso: 7316/2009. LA LEY 327398/2009.
- AP de Asturias, Sección 1.^a, sentencia de 11 de enero de 2010, recurso 464/2009. Número de sentencia: 5/2010. Número de recurso: 464/2009. LA LEY 6702/2010.

VIII. LEGISLACIÓN

- Ley 21/1987, de 11 de noviembre (modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción).
- Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor.
- Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (BOE de 19 de noviembre).
- Convención de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989 (ratificada por España el 30 de noviembre de 1990).
- Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo mediante Resolución A3-0772/92.

RESUMEN

TUTELA AUTOMÁTICA ENTES PÚBLICOS

El órgano judicial ante una situación de desamparo del menor o incapaz declarará la tutela automática de las en-

ABSTRACT

AUTOMATIC GUARDIANSHIP PUBLIC ENTITIES

When a case of abandonment of a minor or legally incompetent person is brought before a court and the rules of

tidades públicas, cuando no se puedan seguir las reglas de la tutela ordinaria. Siguiendo el principio de inmediatez, decretará dicha tutela alterando el orden de los llamados a la tutela ordinaria, y cuando las fundaciones no tengan entre sus fines la de ejercer la tutela o carezcan de recursos económicos a tal fin.

ordinary guardianship cannot be applied, the court will automatically award guardianship to a public entity. Following the rule of immediate legal process, the court will alter the ordinary order of candidacy for guardianship and appoint a public entity as guardian, when foundations do not include the exercise of guardianship among their official purposes or do not have the necessary economic resources.

1.2. Familia

LA INTERVENCIÓN JUDICIAL EN LA TUTELA. A PROPÓSITO DE LA RESOLUCIÓN DE LA DGRN, DE 17 DE ENERO DE 2011

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
*Profesora Contratada Doctora
Derecho Civil UCM*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. LA REPRESENTACIÓN LEGAL DEL TUTELADO Y LA ADMINISTRACIÓN DE SUS BIENES POR EL TUTOR.—III. LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA LA REALIZACIÓN DE DETERMINADOS ACTOS O NEGOCIOS POR EL TUTOR.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La Ley 13/1983, de 24 de octubre, reformó las instituciones de guarda y protección de menores e incapacitados, adaptando la regulación de la tutela contenida en el Código Civil a la Constitución Española de 1978, en la línea marcada anteriormente por otra norma como la Ley 11/1981, de 13 de mayo, por el que se modifica la filiación, la patria potestad y el régimen económico-matrimonial.

Para ello, se da una nueva redacción al Libro II, Título X, Capítulo II dedicado a la tutela —arts. 222 a 285—; Capítulo III a la curatela —arts. 286 a 293 y 297—, y el Capítulo IV al defensor judicial —arts. 299 a 302—; y también contempla la guarda de hecho en el Capítulo V —arts. 303, 304 y 306—. Mas con carácter previo, en el ámbito del Capítulo I del Título X y bajo epígrafe: «Disposiciones generales», se agrupa un conjunto de preceptos que integran el régimen genérico de las instituciones tutelares —arts. 216 a 221—.

En esta nueva regulación se consagra el principio de pluralidad de guarda legal, frente al sistema anterior de unidad de guarda, enumerando como cargos tutelares, la tutela, la curatela y el defensor judicial (art. 215 del CC), lo que

posibilita el desarrollo del desdoble de la protección personal y patrimonial de la persona, llegándose a considerar que con la citada reforma tiene lugar una cierta «despatrimonialización» de las instituciones tutelares (1). Además, se instaura el sistema de tutela de autoridad o judicial que conlleva poner las instituciones tutelares bajo la salvaguarda de la autoridad judicial, que entre otras cosas, las constituye y controla, abandonando el modelo de tutela de familia (tutor, protutor y Consejo de Familia); y se fija el régimen jurídico de las instituciones tutelares atendiendo a las siguientes reglas: 1) Las funciones tutelares constituyen un deber; que han de ser ejercitadas en beneficio del tutelado y están bajo la salvaguarda de la autoridad judicial —art. 216 del CC—; 2) Por su naturaleza de potestad familiar, solo se admite la excusa de los cargos tutelares en los supuestos legalmente previstos —art. 217 del CC—; 3) La autoridad judicial debe remitir sin dilación al encargado del Registro, las resoluciones judiciales sobre los cargos tutelares y de curatela que habrán de inscribirse en el Registro Civil (arts. 218 y 219 del CC) (2); 4) Se reconoce el derecho a ser indemnizado con cargo a los bienes del tutelado, cuando la persona que en el ejercicio de la función tutelar sufra daños y perjuicios sin culpa por su parte (art. 220 del CC); 5) A quien desempeñe un cargo tutelar, el artículo 221 del Código Civil se le prohíbe: *a)* Representar la tutelado en los actos en que intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses; *b)* Recibir liberalidades del tutelado o de sus causahabientes hasta que no se apruebe definitivamente su gestión; y *c)* Adquirir por título oneroso bienes del tutelado o transmitirle por su parte bienes por igual título (3).

Aunque la doctrina valoró positivamente la reforma del Código Civil en materia de tutela, pronto se empiezan a evidenciar ciertos defectos en la misma y la necesidad de adoptar estas instituciones a los cambios sociales; de ahí, la modificación por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que atribuye por ministerio de la ley la tutela administrativa a las entidades públicas que, en el respectivo territorio tengan encomendada la protección de los menores e incapacitados, siendo esta tutela complementaria del acogimiento familiar y la adopción; por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y, finalmente, por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de «Protección Patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad» que, además, de regular de forma novedosa la figura de la autotutela, esto es, «la posibilidad que tiene una persona capaz de obrar de adoptar las disposiciones que estime convenientes en previsión de su propia futura incapacidad; lo que puede ser especialmente importante en el caso de enfermedades degenerativas» (arts. 223.2 y 234.1.º del CC); consagra

(1) GIL RODRÍGUEZ, J., «Comentario al artículo 215 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Rodrigo BERCOVITZ, Luis DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y Pablo SALVADOR CODERCH, T. I, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 672.

(2) Las Resoluciones de la DGRN, de 30 de mayo de 2006 (La Ley 325339/2006); y, de 12 de diciembre de 2007 (La Ley 356717/2007) señalan que, no es inscribible la tutela automática del artículo 172 del Código Civil.

(3) PUIG FERRIOL, L., «Comentario al artículo 299 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 759, considera estos primeros preceptos como disposiciones genéricas aplicables a los distintos órganos de guarda y protección de los menores e incapaces.

la asunción por ministerio de la ley de la tutela del incapaz o cuando este se encuentre en situación de desamparo por parte de la entidad pública que en el respectivo territorio tiene encomendada la tutela de incapaces, cuando ninguna de las personas a las que hace referencia el artículo 234 del Código Civil, sea nombrada tutor (art. 239.2 del CC); y posibilita la constitución de un patrimonio protegido a favor de las personas con discapacidad (arts. 2 y 3 de la Ley 41/2003).

Con la reforma de 1983, el artículo 216 establece: «*las funciones tutelares constituyen un deber, que se ejercerá en beneficio del tutelado, y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial*», lo que ha denominado ROCA TRÍAS, cláusula de salvaguarda judicial, también presente en la patria potestad (4). De este precepto se derivan tres principios básicos: 1. Los cargos tutelares representan un deber/función que se impone a las personas, que asumen la guarda y protección de los menores e incapacitados (5). Es decir, se concede un poder, unos derechos, para cumplir unos deberes. La función tutelar, por tanto, constituye un deber jurídico que incumbe a toda persona nombrada y responde a una finalidad tuitiva y protectora, que se da en interés no del que la ejerce, sino del sometido a ella, siendo su contenido, un conjunto de derechos y deberes dirigidos a la realización de esta función (6). Al configurarse como deber, no es un cargo renunciable —pues, no aparece la renuncia como causa de extinción de la tutela—, y determina que únicamente se admita la excusa de los cargos tutelares en los supuestos legalmente previstos (arts. 217 y 251 a 258 del CC con específica referencia al cargo de tutor; artículo 291 que se remite a estas normas para regir las excusas al cargo de curador; y 301, que hace lo mismo en cuanto al cargo de defensor judicial; no así para la patria potestad prorrogada y rehabilitada, que se rige por las normas relativas a la patria potestad, ni para los supuestos de tutela automática de las entidades públicas que se configura como irrenunciable —arts. 172.1 y 239 del CC—). El cargo tutelar se configura como función u oficio, pues se le concede unas determinadas facultades o atribuciones que no pueden ser entendidas como verdaderos derechos subjetivos, ni tampoco están dirigidos a la satisfacción de un interés propio de quien desempeña un cargo tutelar, sino que aquellas son atribuidas por el Derecho para satisfacer un interés ajeno, como es el que corresponde al tutelado (7); y, asimismo, representa un *officium* o cargo de Derecho privado, no teniendo quien lo desempeña el carácter de autoridad, sino que simplemente asume una función en la que no solo existe el interés del protegido, sino también un interés familiar y social o público (8), pues, tal configuración no pugna con la intromi-

(4) ROCA TRÍAS, E., «Comentario a los artículos 216 y 217 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, coordinadores: Manuel AMOROS GUARDIOLA y Rodrigo BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 234.

(5) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 8 de marzo de 2001 (*JUR* 2001/160834).

(6) O'CALLAGHAN X., «Comentario al artículo 216 del Código Civil», en *Código Civil. Comentado y con jurisprudencia*, 5.ª ed., La Ley, Madrid 2005, pág. 301.

(7) PALOMINO DIEZ, I., *El tutor: obligaciones y responsabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 46-47. Sin embargo, para PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de Familia*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1989, pág. 554, hay en estas figuras y características de la tutela, verdaderos derechos subjetivos, como ocurre en la patria potestad, constituyendo un ámbito de poder conferidos a la discreción del sujeto y especialmente defendidos por el ordenamiento.

(8) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 216 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. IV, Edersa, Madrid,

sión de lo público en su funcionamiento; 2. Las funciones tutelares se ejercen en beneficio del tutelado (9), que actúa como principio rector de la actuación del guardador, y significa que este ha de buscar el mayor interés del tutelado, interés que debe prevalecer sobre otros, y, por supuesto, sobre el suyo propio; y que ha de entenderse desde la condición del tutelado como sujeto de derechos, operando con parámetros esencialmente objetivos o cuasi objetivos (10). Este principio, por tanto, no solo va a condicionar las facultades del tutor, sino que, además, va a determinar el sentido de la propia intervención judicial cuando proceda (arts. 224, 225, 233, 234.2, 236.1 y 3, 245, 246 del CC, entre otros). 3. Las funciones tutelares se ejercerán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial mediante el establecimiento de medidas de vigilancia y control (art. 233), de remoción de la tutela (art. 248), cuando resulten necesarias; y hay que añadir, también bajo el amparo del Ministerio Fiscal (puede solicitar la remoción del tutor, intervenir en la formación de inventario, ser oído por el Juez antes de que este conceda o deniegue la autorización en los actos comprendidos en los arts. 271 y 272 del CC; el artículo 232, además, de la función de vigilancia, que, tiene tal órgano, se concreta en la facultad de exigir al tutor, en cualquier momento, que le informe de la situación del menor o incapacitado y del estado de administración de la tutela; y la especial relevancia a la tutela provisional o interina que le atribuye el art. 299 bis). En todo caso, esta vigilancia permanente de la actuación de los órganos tutelares por parte de la autoridad judicial, posibilita, asimismo, que esta pueda acordar las medidas cautelares que, enumera el artículo 158, en cuanto sean convenientes para la más adecuada protección del menor o incapaz (art. 271.2 del CC introducido por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor). La adopción de estas medidas pueden ser decididas por el Juez de oficio o a petición de parte interesada, que lo serán el tutor, el curador, el defensor judicial, el guardador de hecho o cualquier persona que acredite tener interés en ellas, entre las que pueden incluirse el propio menor o incapacitado, si tiene suficiente juicio; y, tales medidas no solo tienen como finalidad la protección de la persona sometida a tutela, sino

1985, pág. 241. El Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, de 23 de abril de 1999 (AC 1999/770) dispone en su *Fundamento de Derecho* 3.º que: «Conviene resaltar al respecto, que la tutela se califica por la doctrina como un oficio de derecho privado que lleva consigo determinadas funciones: el tutor no es titular de una situación jurídica de interés propio, sino de una situación compuesta de poderes, con todos los deberes inherentes a los mismos. Ello permite afirmar que la tutela, igual que la patria potestad, tiene un carácter debido, en el sentido de imponer al tutor el deber de ejercicio del cargo en beneficio del tutelado. Por esa razón se explica el contenido del primer párrafo del artículo 216 del Código Civil».

(9) Principio al que hacen referencia también otras normas bajo la denominación de interés superior (art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero); y de mayor interés (art. 156 del Código Penal). Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 13 de febrero de 2002 (JUR 2002/148665); y la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4.ª, de 8 de febrero de 2007 (La Ley 7489/2007).

(10) ÁLVAREZ LATA, N., «Comentario al artículo 216 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coordinador: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 3.ª ed., Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 352; GIL RODRÍGUEZ, J., «Comentario al artículo 216 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, dirigido por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Rodrigo BERCOVITZ, Luis DIEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, y Pablo SALVADOR CODERCH, T. I, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid 1991, pág. 675. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de octubre de 1984 (RJ 1984/4755), y de 22 de julio de 1993 (RJ 1993/6277).

también de su patrimonio, durante el tiempo que el Juez considere oportuno. Lo cierto es que, el Juez interviene y controla las instituciones de guarda en tres órdenes: como función directa, en la constitución; como función indirecta, en el ejercicio, y como función decisoria, en la rendición de cuentas (11).

Sobre tales bases, el tutor como señala LETE DEL RÍO: «es la persona que, bajo la vigilancia y fiscalización de la autoridad judicial, y de acuerdo con las disposiciones establecidas por los padres, o en su defecto o por falta de homologación, con las impuestas por el Juez, suple la falta de capacidad de obrar y cuida de la persona y bienes o solo de la persona o solo de los bienes del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos en que este último puede obrar por sí mismo en virtud de disposición expresa de la ley o de la sentencia de incapacitación». Y, añade: «su función es esencialmente de dirección, administración, y ejecución, la cual se manifiesta en derechos, facultades, deberes y obligaciones de muy distinta especie y naturaleza». En resumen, «al tutor le corresponde la iniciativa de la gestión, pues es el representante legal del menor o incapacitado» (12). LASARTE ÁLVAREZ, por su parte, dispone que, «la tutela, al igual que la patria potestad, consiste en una función técnicamente hablando: el titular de cualesquiera órganos tutelares ostenta derechos y facultades, en relación con la persona y/o bienes de un menor o de un incapacitado, que le son atribuidos en contemplación y en beneficio del tutelado» (13). Finalmente, O'CALLAGHAN, teniendo en cuenta básicamente lo preceptuado en los artículos 215 y 216 del Código Civil, conceptúa la función tutelar como «el poder concedido por la ley sobre la persona y bienes o solamente sobre una u otros de un menor o incapacitado, en beneficio y para la protección del mismo, bajo en control judicial» (14).

La tutela es, pues, una institución subsidiaria de protección y asistencia de los menores no emancipados, y de los incapacitados no sujetos a patria potestad establecida por la Ley, y que presenta los siguientes caracteres (15): 1. Subsidiariedad, al configurarse como un mecanismo paralelo y subsidiario de la patria potestad; 2. Naturaleza pública del cargo y como función u oficio de Derecho privado; 3. Generalidad, pues, la tutela se atribuye al cuidado y protección «integral» de la persona y los bienes del tutelado. Nos encontramos ante un supuesto de representación legal; 4. Obligatoriedad. Las funciones tutelares constituyen un deber que se ejercerá en beneficio del tutelado, y solo se admite excusa en los supuestos legalmente previstos. De ahí que, la tutela no sea, por su caracterización como deber, un cargo renunciabile, al margen de las eventuales causas de inhabilidad para el desempeño del mismo (arts. 243 a 245 del CC); 5. Control judicial. El ejercicio de la función tutelar se realiza bajo el control y vigilancia del Juez, y del Ministerio Fiscal que, actuará de oficio o a instancia de cualquier

(11) O'CALLAGHAN, X., «Comentario al artículo 216 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 302.

(12) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 215 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 237-238.

(13) LASARTE ÁLVAREZ, C., «Principios de Derecho Civil», T. VI, *Derecho de Familia*, 9.^a ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2010, pág. 384.

(14) O'CALLAGHAN, X., «Compendio de Derecho Civil», T. IV, *Derecho de Familia*, 7.^a ed., Dijusa, Madrid, 2009, pág. 298.

(15) LEONSEGUI GUILLOT, R. A., «La tutela», en *Protección Jurídica del Menor*, coordinadores: María Paz PONS DE LA FLOR y Lourdes TEJEDOR MUÑOZ, 2.^a ed., Colex, Madrid, 2009, págs. 99-100; PALOMINO DÍEZ, I., «El tutor: obligaciones y responsabilidad», *op. cit.*, págs. 43 a 76.

interesado (art. 234) (16). 6. La tutela como un oficio, en ocasiones, remunerado (art. 274 del CC) (17).

El tutor, como representante legal no solo ha de velar por el tutelado y, en particular, proporcionarle alimentos; educarle y procurarle una formación integral; y promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad (art. 269 del CC); sino también la administración de su patrimonio con la diligencia de un buen padre de familia (art. 270 del CC), debiendo recabar el auxilio de la autoridad judicial para los actos enumerados en los artículos 271 y 272 del citado cuerpo legal.

Sobre tales bases, una vez producido el nombramiento del tutor en el auto de constitución de la tutela, resulta necesaria la toma de posesión del cargo por aquel, para que pueda comenzar a ejercer sus funciones. A diferencia de la regulación anterior a la reforma de 1983, cuyo artículo 261 del Código Civil establecía que «el Consejo de Familia pondrá en posesión a los tutores y protutores», y en consonancia con la instauración del principio de tutela de autoridad, corresponde al Juez dar posesión de su cargo al tutor nombrado. En este acto, aquel otorgará al tutor el título legal de su representación, así como los medios adecuados para que puedan desempeñar sus funciones. Como precisa LETE DEL RÍO: «en cierto modo se ha vuelto a lo que en el Derecho anterior al Código Civil se denominaba discernimiento del cargo de tutor, que era el acto por el cual la autoridad judicial confería al tutor las facultades necesarias para representar al menor o incapacitado con arreglo a las leyes y para cuidar de su persona y bienes. Dicho acto se consignaba en un acta o diligencia, de la que se daba testimonio al tutor para que así pudiera acreditar su representación (art. 1868.2 de la LEC de 1881)». Y, añade que, «la toma de posesión de cargo no habilita al tutor sin más para el ejercicio de sus funciones, sino que es preciso con carácter previo la formación de inventario que, debe llevarse a cabo dentro del plazo de sesenta

(16) Señala LETE DEL RÍO, J. L., «Comentario al artículo 232 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 293, con buen criterio que la expresión «cualquier interesado» hay que entender que legitima a cualquier persona para instar la intervención judicial, en cuanto que la tutela, como institución, trasciende a la sociedad entera y, por tanto, la ley interesa de todos los ciudadanos el cumplimiento de un deber general de solidaridad. En contra, SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 232 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, coordinador: Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA, T. 2, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 591, para quien la expresión a instancia de cualquier interesado, se limita a quien acredite tener un interés directo en el buen ejercicio de la tutela, o por quien acredite poder resultar afectado por una actuación desafortunada por parte del tutor.

Por su parte, la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley del Registro Civil y de la Ley de Protección patrimonial de las personas con discapacidad (BOE, núm. 73, de 26 de marzo de 2009, págs. 29137 a 29142), en su Disposición Adicional única, legitima al Ministerio Fiscal para solicitar y obtener información jurídica y económica de relevancia patrimonial y contable que resulte de interés, a fin de poder fundamentar su criterio en relación con el trámite de aprobación de las cuentas anuales y de la cuenta general justificadora de la administración que presente el tutor al extinguirse la tutela, así como en cualquier otro caso en que resulte necesario o conveniente a fin de permitir el cumplimiento de las medidas de vigilancia y control que se hayan acordado judicialmente respecto del ejercicio de la tutela o guarda de hecho.

(17) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 27 de julio de 2004 (JUR 2004/217363), señala que en la definición del rendimiento líquido de los bienes que debe tenerse en cuenta para fijar la retribución del tutor, es la diferencia entre los ingresos íntegros menos los gastos necesarios para alcanzar dichos ingresos, entre los que no se encuentran los impuestos sobre la renta y patrimonio que son tributos de carácter personal.

días a contar desde que aquel hubiese tomado posesión de su cargo (art. 262)»; pues, antes de la formación de inventario, «el tutor no puede ser considerado investido del pleno ejercicio de sus funciones y su administración de los bienes y cuidado de la persona del menor o incapacitado debe limitarse a los asuntos más necesarios y urgentes, que no admitan demora» (18). En esta línea GÓMEZ LAPLAZA señala que, «podría parecer que con la toma de posesión del cargo comienza realmente el ejercicio del mismo y que, por tanto, es también en este momento cuando tendrán que proporcionársele los medios adecuados para lograr aquella finalidad. Esta idea se vería abonada por el propio Título de la sección en que se ubica el precepto que comenta, y también por lo que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 1879 que «hecho el discernimiento, se hará entrega del caudal del menor o incapacitado al tutor o curador, por inventario, que se unirá al expediente, si ya no obrara en él, a cuyo pie constará el recibo del expresado tutor o curador. Igual entrega, y con la misma formalidad, se hará de los títulos y documentos que se refieren a dichos bienes». Con todo, considera la autora «ha de observarse que, aun cuando el discernimiento a que alude la LEC y la toma de posesión venga a coincidir, es lo cierto que así como en aquella Ley la entrega del caudal ha de hacerse «por inventario», en el actual sistema del Código Civil la realización del mismo es posterior a la toma de posesión (art. 262). Esto nos lleva a pensar que, en base a lo establecido en el Código Civil, no coinciden necesariamente la toma de posesión del cargo y la entrega de todo lo necesario para ejercerlo». En esta línea de cosas, concluye «pudiera pensarse que realmente el tutor no comienza a ejercer sus funciones como tal, aunque haya tomado posesión hasta que realice el inventario y, en su caso, las medidas precautorias a que alude el artículo 265» (19).

De todas formas, el hecho que el legislador haya optado por exigir la realización del inventario con posterioridad a la toma de posesión del cargo, esto no constituye obstáculo para que el tutor comience a ejercer sus funciones, adoptando para ello el Juez las medidas oportunas tendentes a proteger el patrimonio del menor o incapaz, hasta que el tutor lleve a cabo el inventario de los bienes en el propio auto de constitución de la tutela, pues, supeditar la entrada en funciones del tutor a que realice el correspondiente inventario de los bienes exigiría el nombramiento de defensor o de un administrador provisional, si no se quiere crear una situación de inseguridad que afecte directamente al tutelado; un periodo de desgobierno del patrimonio del menor, como los califica Matilde CUENA, que no parece deseable (20). En este sentido, HUALDE SÁNCHEZ pone de manifiesto que «si el Juez no decide otra cosa, parece prudente que desde la toma de posesión del tutor entre a ejercer sus funciones con total plenitud de poderes, pues, al fin y al cabo, ese tutor al que se pone en posesión de los bienes del tutelado y en su administración antes de hacer inventario, ha surgido tras todo un previo proceso de constitución de la tutela (con audiencia de todos los interesados incluido, en su

(18) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentarios a los artículos 259 y 262 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. IV, 2.ª ed., Edersa, Madrid, 1985, págs. 354 y 359.

(19) GÓMEZ LAPLAZA, M.ª del C., «Comentario al artículo 259 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, coordinadores: Manuel AMORÓS GUARDIOLA, y Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 452 y 453.

(20) CUENA CASAS, M., «Comentario a los artículos 259 a 275 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coordinadores: Joaquín RAMS ALBESA y Rosa María MORENO FLÓREZ, T. II, vol. 2.º, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 1942.

caso, el propio tutelado) que ha conducido a la selección de la persona en la que el juez ha depositado su confianza para el ejercicio de las funciones tutelares» (21).

En todo caso, aunque el Código Civil no establezca expresamente que el acto de toma de posesión del cargo tenga lugar quince días después del nombramiento, parece razonable esperar ese plazo —que representa el periodo que el Código Civil concede al tutor para excusarse del cargo (art. 252)—, para evitar dar posesión del cargo a tutores «provisionales», esto es, a quienes van a alegar (o pudieran aún alegar) su no sujeción al deber de ejercer la función tutelar (22). Todo ello, como bien sabemos, sin perjuicio de que, es posible que el tutor alegue causa de excusa sobrevenida.

Si el tutor nombrado se niega a tomar posesión del cargo, una vez transcurrido el plazo para alegar excusa, o siendo esta alegada, ha sido desestimada por el Juez, habida cuenta que el ejercicio de la tutela constituye un deber (art. 26 del CC), se podría proceder a promover la remoción del tutor, pues, efectivamente, no hay mayor incumplimiento de los deberes propios del cargo que la negativa a observar el requisito legal imprescindible para poder cumplirlos, lo que le inhabilitará para el ulterior desempeño de cualquier cargo tutelar, al tratarse de una remoción con carácter de sanción (art. 243.2 del CC) (23).

En este contexto, el presente estudio se va a centrar en el análisis de la función de administrador de los bienes que corresponde al tutor, una vez que toma posesión del cargo, más en concreto en las obligaciones del tutor durante el ejercicio de la tutela, que se materializa en los actos patrimoniales a llevar a cabo por el mismo en relación con los bienes del tutelado, que han de estar sometidos a la correspondiente autorización judicial. Para ello, tendremos presente las diferentes posiciones doctrinales y jurisprudenciales existentes sobre la materia. Asimismo, constataremos en la línea con la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 17 de enero de 2011 (24), la necesidad de flexibilizar y adaptar a la nueva realidad social los supuestos para los

(21) HUALDE SÁNCHEZ, J. J., «Comentario a los artículos 262-263 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Rodrigo BERCOVITZ, Luis Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, y Pablo SALVADOR CODERCH, T. I, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 779.

(22) GIL RODRÍGUEZ, J., «Comentario al artículo 252 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, coordinadores: Manuel AMORÓS GUARDIOLA, y Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 217-218.

(23) HUALDE SÁNCHEZ, J. J., «Comentario al artículo 259 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Rodrigo BERCOVITZ, Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, y Pablo SALVADOR CODERCH, T. I, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 772.

Por su parte, GÓMEZ LAPLAZA, M.^ª del C., «Comentario al artículo 259 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 454, dejando aparte la posible responsabilidad penal o la responsabilidad general del artículo 1902 (si pudiera estimarse que el tutor nombrado, con su conducta omisiva ha causado un daño), cree, en esta línea, que pudiera pensarse en la aplicación analógica del artículo 247, pues «conducirse mal en el desempeño de la tutela», «incumplir los deberes propios del cargo» o su «notoria ineptitud» se encuentra en la base de esta conducta previa del nombrado tutor, aunque aún no se haya deferido la tutela. Y, añade, «la amplitud con que se recoge el artículo 251 las posibles causas de excusa («o por cualquier otra causa»), parecen suficiente garantía para que no se dé posesión del cargo a quien, de hecho y manifestándolo ya al no querer tomar posesión, no va a querer tampoco desempeñar la misma o va a conducirse posiblemente mal en su ejercicio».

(24) *BOE*, núm. 88, de 13 de abril de 2011, págs. 38155 a 38162.

que se exige autorización judicial; y la concesión de un margen suficiente de autonomía al tutor, pues, es la única forma de responder a las necesidades de la práctica diaria, y de alcanzar los fines atribuidos a la institución tutelar (25). El título cuya calificación se impugna y se sustancia esta Resolución, es una escritura pública de compraventa por la que se transmite una finca urbana a una menor de edad, representada por su tutora, con pago del precio pactado que se recibe íntegramente en el mismo acto por el vendedor. La Registradora suspende la inscripción por no haberse acreditado la obtención de la previa autorización judicial, requisito que —a su juicio— es necesario porque se trata de un acto dispositivo susceptible de inscripción, e implica un gasto extraordinario; y añade que, no se acompaña el testimonio del auto del nombramiento de la tutora.

II. LA REPRESENTACIÓN LEGAL DEL TUTELADO Y LA ADMINISTRACIÓN DE SUS BIENES POR EL TUTOR

El artículo 267 del Código Civil atribuye al tutor la condición de representante legal del tutelado, al igual que el artículo 162 del citado cuerpo legal lo hace para los padres que ostentan la patria potestad respecto de sus hijos menores de edad no emancipados. El tutor suplente al tutelado en todos aquellos actos que no puede realizar por sí solo dada la limitación de su capacidad de obrar. Al margen de la patria potestad, solo el tutor tiene atribuida la condición de representante legal del tutelado con carácter duradero y estable. No la ostenta ni el curador que solo asiste al sometido a curatela (art. 289 del CC), ni el defensor judicial que en caso de conflicto de intereses, ostenta la guarda del menor o incapacitado con carácter provisional (art. 302 del Código Civil). Como tal representante, tiene, igualmente, encomendadas otras funciones como la administración del patrimonio del tutelado como así lo establece el artículo 270 del Código Civil, pues, como precisa GÓMEZ LAPLAZA: «la representación constituye el medio técnico indispensable para una mejor explicación de tal poder de administración, en el cual se compendia toda la función tutelar en su aspecto patrimonial»; si bien, añade que «sin negar esta conexión, pueden establecerse diferencias entre ambas. Ciertamente existe un denominador común entre ellas: lo que se ha llamado la función sustitutiva que en ambos supuestos se da y que desempeña el tutor. Pero, mientras que, la administración se refiere al ámbito estrictamente patrimonial, la representación no se agota en esta órbita, sino que se extiende al campo personal». Por tanto, concluye «el tutor, como administrador, sustituye en la gestión de sus bienes. Como representante le sustituye al pupilo en la gestión de sus intereses, tanto de carácter personal como extrapatrimonial» (26).

Esta representación, como el cargo mismo de tutor, es personalísima, pues, se impide su delegación a un tercero, aunque pueda apoderarse a determinada

(25) No podemos olvidar que la intervención judicial se produce únicamente en calidad de órgano de control y se materializa a través de diversos instrumentos en el Código Civil, como la exigencia anual de cuentas e informes contenida en el artículo 269.4 del mismo, la rendición de cuentas ante el Juez al cesar el tutor en sus funciones (art. 279), las medidas que pueden adoptar el Juez conforme al artículo 233, y el establecimiento de la responsabilidad en exclusiva por sus actos a través del juego conjunto de los artículos 270 y 285 del Código Civil.

(26) GÓMEZ LAPLAZA, M.^a del C., «Comentario al artículo 267 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, coordinadores: Manuel AMORÓS GUARDIOLA, y Rodrigo BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 489-490.

persona para que ejecute actos determinados, si bien, corresponde al Juez en virtud de las facultades que le otorga el artículo 233, valorar la procedencia o no de tal delegación. Como dice acertadamente, LETE DEL RÍO: «lo que no puede hacer el tutor es desentenderse de sus funciones, de ahí que en aquellos asuntos que requieran su decisión personal no procede que se haga representar» (27). Asimismo, esta determinación, al igual que los titulares de la patria potestad, es subsidiaria, como así hemos señalado en líneas precedentes.

Tal labor representativa puede ser realizada por el tutor único o por una pluralidad de tutores. Si estos, tienen distribuidas sus funciones, uno de la persona y otro del patrimonio, cada uno representará al menor o incapacitado en su ámbito competencial de actuación (uno a la persona del tutelado y el otro a su patrimonio) (28); si bien, las decisiones que conciernen a ambos se deberán tomar de forma conjunta; si no hay especificación de funciones todos actuarán de forma conjunta —con régimen de mayoría—, o solidaria, según los casos, y en la forma que determinan los artículos 237 y 237.bis del Código Civil. No obstante, la actuación del tutor como representante legal de un incapacitado se ha de determinar en función de lo que disponga la sentencia de incapacitación (art. 210 del CC). Asimismo, respecto de los menores e incapacitados el artículo 267 excluye de la representación los actos que estos pueden realizar por sí mismos y para ello, el citado precepto se remite a las normas que así lo dispongan expresamente, y al contenido de la sentencia de incapacitación; esto es, como precisa LETE DEL RÍO: «se regulan los supuestos de actuación propia del tutelado por vía de remisión a otras normas y, por tanto, cuando se trate de aplicar esos otros preceptos no será por analogía, sino directamente» (29). Así se citan por la doctrina como actos que el menor o incapacitado puede realizar por sí solos (30): adquirir la posesión de bienes (art. 443); prestación de consentimiento matrimonial con dispensa a partir de los catorce años (art. 48); otorgar testamento los mayores de catorce años, salvo el ológrafo (arts. 663 y 688); aceptar donaciones puras (arts. 625 y 626); otorgar capitulaciones matrimoniales con el asentimiento del tutor, salvo que se limite a pactar el régimen de separación de bienes o el de participación; actuar como testigos (art. 1246); los actos relativos a los derechos de la personalidad, siempre

(27) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentarios al artículo 267 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. IV, 2.^a ed., Edersa, Madrid, 1985, pág. 367.

(28) GÓMEZ LAPLAZA, M.^a del C., «Comentario al artículo 267 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 490, si bien en este supuesto, señala que, en la práctica se producirá una frecuente ósmosis entre ambas representaciones, por lo que aunque la actuación pueda producirse independientemente, muchas de las decisiones habrán de tomarlas conjuntamente.

(29) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentarios al artículo 267 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 368. Por su parte, ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil*, T. IV, *Derecho de Familia*, Edisofer, Madrid, 2007, pág. 318, precisa que, el tutor «representa al tutelado en los actos que no puede realizar por sí, y que en los que actúe por sí el pupilo, pero no pueda realizar por sí solo, el tutor le complementa la capacidad incompleta que tiene».

En estos casos, como señala GÓMEZ-OLIVEROS, J. M.^a, «Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, T. LVII, 1984, pág. 1429, «la actuación del tutor se asemeja a la del curador que asiste al pupilo mediante un complemento de capacidad; no hay sustitución de la persona del pupilo».

(30) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentarios al artículo 267 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 368-369; CUENA CASAS, M., «Comentario a los artículos 259 a 275 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 1954-1955; SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO, y cols., *El nuevo régimen de la familia, III, Tutela e instituciones afines*, Civitas, Madrid, 1984, pág. 117.

que el menor posea las condiciones de madurez necesarias para poder realizar el acto por sí mismo (art. 162.1); y como supuestos susceptibles también de ser valorados como excepciones a la potestad tuitiva general del tutor: los actos en que exista conflicto de intereses entre el tutor y el tutelado, en cuyo caso, deberá nombrarse un defensor judicial que los represente, cuando sea tutor único, o el conflicto se plantea con todos, cuando existe una pluralidad de tutores (arts. 162.2 y 299.1) (31); los contratos que obliguen al menor a realizar prestaciones personales, para cuya celebración se requiere el previo consentimiento de este, si tuviera suficiente juicio (art. 162.3) (32); y, los actos referentes a bienes que se encuentren excluidos de la administración del tutor (arts. 227 del CC; y art. 5 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, en caso de existencia de un patrimonio protegido). Al lado de aquellos casos que habilitan al menor o incapacitado para actuar por sí solos, existen otros también contemplados por la Ley, en los que el tutelado actúa por sí, si bien requiere la intervención del representante legal como complemento. Así el artículo 20.2.b) del Código Civil establece que el menor mayor de catorce años y el incapacitado, cuando así lo disponga la sentencia de incapacitación, pueden efectuar la declaración de opción por la nacionalidad española, con la asistencia de su representante legal; el artículo 21 del citado cuerpo legal permite al mayor de catorce años solicitar la nacionalidad española por carta de naturaleza, también asistido por su tutor; el artículo 121 de tal Código exige para su validez la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal, y para su eficacia el artículo 124 requiere el consentimiento de su representante legal; el artículo 1329, por su parte, requiere la asistencia del tutor para el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales por el menor no emancipado que, con arreglo a la Ley pueda casarse, salvo que pacte un régimen de separación de bienes, en cuyo caso no será precisa la asistencia del representante legal; y, finalmente, el artículo 1330 se refiere al otorgamiento de capitulaciones matrimoniales por el incapacitado que, requieren en todo caso la asistencia de sus padres, tutor o curador.

En cualquier caso, cuando el menor o incapacitado no puede actuar por sí sus derechos de la personalidad por carecer de condiciones de madurez suficientes, el tutor actúa en tales supuestos en calidad de representante legal, bajo control judicial. Como pone de manifiesto JORDANO FRAGA el representante del menor o incapaz «recupera para la actuación de sus funciones tutelares el ámbito de la personalidad del menor» (33).

(31) Vid., las Resoluciones de la DGRN, de 9 de enero de 2004 (La Ley 11358/2004); y de 2 de junio de 2010 (La Ley 129404/2010).

(32) GÓMEZ LAPLAZA, M.^a del C., «Comentario al artículo 267 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 495, que aunque señala que, realmente este último caso no está previsto en sede de tutela, a su modo de ver, no cabe duda de su aplicación a los supuestos de tutela de menores. El tutor podrá celebrar estos contratos, pero con el previo consentimiento del menor «si tuviera suficiente juicio»; y no parece que, en principio, sea necesaria la autorización judicial, pues, no prevé este supuestos los artículos 271 y 272. Si bien, añade la autora, que al igual que el artículo 162 se contiene una remisión al artículo 158, aquí habrá que acudir al 233 para que el Juez pueda dictar las medidas oportunas en el caso de que esas prestaciones personales del menor supongan o puedan suponer un peligro, o perjuicios de cualquier tipo para aquel.

(33) JORDANO FRAGA, FRANCISCO, «La capacidad general del menor», en *Revista de Derecho Privado*, enero-diciembre de 1984, pág. 895; en esta línea, PALOMINO DíEZ, I., «El tutor: obligaciones y responsabilidades», *op. cit.*, pág. 69; GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a del C., *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, Civitas, Madrid, 2.^a ed., 1992, pág. 52. Sin embargo, para DíEZ PICAZO, L., «Notas sobre la reforma del Código

Sin embargo, la jurisprudencia ante determinados actos o negocios de Derecho de Familia por su carácter personalísimo, como es la solicitud de separación matrimonial —salvo que lo puede realizar el propio incapacitado—, ha reaccionado negando legitimación al tutor para interponer demanda de separación matrimonial en nombre de la tutelada, como la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de febrero de 1999 (34); aunque, no faltan resoluciones, que admiten tal legitimación (35). En el mismo sentido, en relación con el reco-

Civil en materia de patria potestad», en *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo de 1982, pág. 16, más que de una representación en estos casos, debe pensarse que se trata del ejercicio por parte del tutor de obligaciones que le son propias, concretamente, su deber de velar por el tutelado, y sobre todo de actuar siempre en su beneficio. En esta línea, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ C., «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de los menores en nuestro Derecho)», en *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre de 1992, pág. 1440, precisa que la actuación del guardador respecto a la esfera personal del menor puede venir autorizada (y aún exigida), no por su condición de representante legal, sino en cumplimiento de su función de velar por él. Por su parte, matiza GÓMEZ-OLIVEROS, J. M.^º, «Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre», *op. cit.*, pág. 1425, que en la medida que la defensa de estos derechos no puede ser verificada por el pupilo, correrá a cargo del tutor, quien deberá atenderse a las directrices dictadas por los padres, o a las condiciones personales, creencias y medios económicos del tutelado.

Una manifestación legal lo tenemos en el artículo 3.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y a la Propia Imagen que, al regular el consentimiento que autoriza una intromisión en los derechos a que se refiere esta Ley, establece que: «el consentimiento de menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil»; en el artículo 4.3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, al disponer que: «se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen o nombre en los medios de comunicación que pueda implicar un menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales»; y en el artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica que dispone que «cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión, si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados, o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente».

Por su parte, el Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 28 de octubre de 1994 (AC 1994/1763); y el Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1.^ª, de 12 de julio de 1999 (AC 1999/1820), exigen autorización judicial para la interrupción del embarazo del menor, siendo insuficiente el simple consentimiento del organismo tutelar.

(34) *RJ* 1999/1418. Vid., asimismo, en esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 6.^ª, de 23 de febrero de 1998 (AC 1998/248); y sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1.^ª, de 31 de diciembre de 2001 (AC 2002/1320).

(35) Vid., la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, de 18 de diciembre de 2000 (RTC 2000/311); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4.^ª, de 4 de febrero de 1998 (AC 1998/3516); de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1.^ª, de 24 de noviembre de 2006 (*JUR* 2007/94634); y de la misma Audiencia y Sección, de 5 de junio de 2008 (*JUR* 2009/6736).

nocimiento de un hijo, pues, a la misma no se extiende la representación legal del tutor (36).

Por otra parte, el artículo 270 del Código Civil señala que «el tutor único, y en su caso, el de los bienes es el administrador legal del patrimonio de los tutelados (...)». Se trata de otra de las importantes funciones atribuidas al tutor, como es la administración del patrimonio del tutelado (37). Con anterioridad a la reforma de 1983, esta obligación del tutor se regulaba en el artículo 264.4, que disponía que: «el tutor está obligado a administrar el caudal de los menores o incapacitados con la diligencia de un buen padre de familia». Como precisa el respecto LETE DEL RÍO: «el cambio del tenor literal y de posición sistemática del nuevo precepto indica que no cabe confundir la guarda de la persona del menor o incapacitado con la de sus bienes, ni tampoco situarlas en el mismo plano; y, de otra parte, se ha pasado de una concreta concepción de la administración como deber, a otra más amplia y abstracta como función, recibiendo una primera determinación dicha función con el deber de ejercerla con la diligencia de un buen padre de familia» (38).

La expresión tutor único que se emplea en el citado precepto, supone como indica mayoritariamente, una expresión poco afortunada, y equivoca en cuanto a su significado (39). No olvidemos que, una de las novedades de la reforma de 1983 es la posibilidad de una pluralidad de tutores contemplada en el artículo 236 del Código Civil, lo que respecto a esta situación puede plantear dificultades la mencionada expresión. Lo cierto es que, en el Proyecto de Ley de reforma del Código Civil en materia de tutela, se hacía una atribución genérica de la administración por referencia solo «al tutor», en la línea con el principio de unidad legal de tutela (40). Se planteó la enmienda número 36 presentada por el Grupo Comunista en la que se pretendía adicionar a la palabra «tutor», la expresión «de los bienes», para referir solo a este la administración. Tal enmienda se aceptó en el Informe de la Ponencia y Dictamen de la Comisión (41), y aprobada en el Pleno del Congreso, la redacción del actual artículo 270, sin que se propusiese ninguna enmienda al citado precepto y a su redacción en su tramitación en el Senado (42). En la II Legislatura se

(36) Vid., las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 9 de enero de 2007 (La Ley 357002/2007 y la Ley 1231/2007). Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1^a, de lo Civil, de 23 de marzo de 2010 (La Ley 16961/2010), impide la impugnación de un testamento por el tutor.

(37) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 4^a, de 9 de enero de 2004 (*JUR* 2004/116997).

(38) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 270 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 382.

(39) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 270 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 383; GÓMEZ LAPLAZA, M.^a del C., «Comentario al artículo 270 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 527. Sin embargo, para SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO, «El nuevo régimen de la familia», *op. cit.*, pág. 118, la redacción del precepto es clara.

(40) BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, número 202-I, 24 de junio de 1981, pág. 2315 (I Legislatura). El artículo 270 disponía que «el tutor es el administrador legal del patrimonio de los menores e incapacitados y está obligado a ejercer dicha administración con la diligencia de un buen padre de familia».

(41) BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, número 202-I 2, de 30 de abril de 1982, pág. 2376, I Legislatura); y BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, número 202-II, de 30 de abril de 1982, pág. 2393, I Legislatura).

(42) La Ponencia propone se mantenga la redacción que figura en el proyecto. BOCG, Senado, serie II, núm. 258 (d), de 22 de junio de 1982, pág. 2488 (I Legislatura).

dispone en la enmienda número 85 del Grupo Popular, sustituir la mención de «menores o incapacitados», por la de «tutelados», que fue rechazada en el Informe de la Ponencia, manteniéndose la redacción del proyecto (43). Se puso, asimismo, de relieve lo equívoco de la expresión «tutor único», y se propuso en la Comisión de Justicia e Interior, en la sesión celebrada el 18 de mayo de 1983, por parte del señor Durán Corsanego, como enmienda *in voce* la supresión de la expresión «único» en el inicio del artículo, estableciendo como redacción posible del precepto por parte del Grupo Popular lo siguiente: «el tutor de la persona y bienes, o, en su caso, el de los bienes es el administrador legal...». En la votación se rechaza este texto, y, ante lo equívoco de la expresión, que podía ser excluyente de los supuestos de tutela «múltiple pluripersonal», se dispone como posible interpretación de la misma por parte de la diputada socialista la señora Pelayo Duque que «lo que trata de regular este precepto es la existencia de un tutor único, para contraponerlo a la regulación pertinente en caso de que concurren en la administración de los bienes varios tutores, cuyo desarrollo está ya contemplado en los artículos 236 y 237 del dictamen de la Comisión». Es decir, a lo que se entiende «por tutor único de la persona y bienes del tutelado cuando existe nada más que un solo tutor, y para contraponerlo a las diferentes funciones que pueda desempeñar una pluralidad de personas es por lo que existe la expresión tutor único». En todo caso, «un solo tutor para la persona y bienes, o en el caso de que exista un tutor para los bienes, este es el administrador» (44).

En este contexto, para el caso de tutor único no parece existir problema alguno, ya que este será el representante legal del tutelado en la esfera personal y patrimonial (administrador de sus bienes). Sin embargo, en los términos apuntados, la cuestión se complica cuando hay una pluralidad de tutores, pues, cabe preguntarse a quién corresponde la administración sobre la base de lo dispuesto en el artículo 270. Para LETE DEL RÍO la expresión «tutor único» tanto se puede referir a la unidad de cargos tutelares, como a la unidad en cuanto al número de personas que desempeñan el cargo tutelar (45). De forma que, en el caso de una pluralidad de tutores sin especificación de funciones a todos ellos corresponde la administración, pues, son tutores de la persona y de los bienes del tutelado; por el contrario, si se han especificado las funciones, atribuyendo a uno la condición de tutor de los bienes y al otro tutor de la persona, solo a aquel le corresponde la función del patrimonio del tutelado. De ahí que, se pueda deducir que la expresión «tutor único» alcanza tanto al supuesto de un solo tutor, como al de pluralidad de tutores sin especificación de funciones, pues, todos ellos tienen la condición de administradores legales del patrimonio del tutelado que llevará a cabo conforme a lo dispuesto en los artículos 237 y 238 del Código Civil; como también al supuesto que, GÓMEZ LAPLAZA, en relación con los casos de tutela pluripersonal, califica de tutores «parciarios» de bienes, es decir, «con atribución de esferas de actuación separadas por relación a distintos sectores del patrimonio sometido a administración; en este caso, cada uno de ellos actuará independientemente en su propio ámbito, ciñéndose, igualmente,

(43) BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 4-1.1, de 26 de abril de 1983, pág. 2640.

(44) BOCG, Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Justicia e Interior, sesión celebrada el miércoles 18 de mayo de 1983, núm. 29, págs. 2707-2707.

(45) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 270 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 383.

sus responsabilidades al mismo» (46); o, finalmente, cabe entender incluidos en tal expresión, el supuesto de que sean nombrados varios tutores respecto de los bienes, pues, a todos ellos corresponderá la administración, bien sea de forma conjunta, bien en forma solidaria (47).

Con una posición divergente, GARCÍA CANTERO, señala que «habiendo pluralidad de tutores, fuera del supuesto de un tutor *ad hoc* para los bienes, han de ponerse de acuerdo sobre quién ejerce la función de administrador legal del patrimonio. A falta de acuerdo sobre tal extremo, la designación del tutor-administrador corresponde al Juez sin ulterior recurso (art. 237, párrafo segundo)». En contra de lo anterior, considera acertadamente SANCHO REBULLIDA que «el artículo 270 no excluye la hipótesis de varios administradores actuando solidaria o conjuntamente; en el segundo caso, mediante acuerdos mayoritarios, o resolución dirimente del Juez; tampoco la excluye la conveniencia de corresponder a un solo administrador a cada patrimonio unitario, porque los problemas de gestión ordinaria requieren unidad de dirección; es, efectivamente, una cuestión de mera conveniencia, que debió ponderar el legislador, y en base a la cual, se puede criticar el sistema, más no interpretarlo en sentido corrector» (48); igualmente, LACRUZ BERDEJO manifiesta que «la expresión “tutor único” no puede entenderse excluyente de la concurrencia de varios tutores para la persona y los bienes, ya lo sean testamentarios (arts. 223 y 236.4), legítimos (arts. 234.2 y 236.2), o dativos (art. 235)» (49).

Sobre tales bases, el tutor del patrimonio será, por tanto, el administrador del patrimonio del tutelado, sea tutor único, sean una pluralidad de tutores, cuyo ejercicio se sujetará a lo dispuesto en los artículos 237 a 238 del Código Civil, pudiendo ser tanto mancomunado como solidario, y al margen de que al tutor de la persona se le puedan haber atribuido unas rentas o unos bienes concretos, para que con sus frutos hagan frente a las necesidades personales del menor o incapacitado, sin que, pese a ello se le considere propiamente administrador del patrimonio del tutelado.

En otro orden de cosas, procede determinar qué actos puede realizar el tutor en el ejercicio de su función de administrador, y concretamente, si solo puede realizar actos de administración en sentido estricto o meramente conservativos, excluyendo los actos dispositivos, o si, por el contrario, su ámbito de actuación solo encuentra el límite que se derivan de los artículos 271 y 272 del Código Civil, que se refiere a los actos que el tutor precisa autorización judicial. Mayoritariamente la doctrina se decanta por esta última opción, de forma que el tutor puede realizar sin limitación todo tipo de actos, incluidos los dispositivos que, no estén recogidos en el ejercicio de los citados artículos 271 y 272, ni estén

(46) GÓMEZ LAPLAZA, M.^a del C., «Comentario al artículo 270 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 527.

(47) SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO, «El nuevo régimen de la familia», *op. cit.*, pág. 118, para quien solo en este sentido cabe interpretar la expresión legal «el tutor de los bienes»: cada uno de ellos, en su caso.

(48) SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO, «El nuevo régimen de la familia», *op. cit.*, pág. 78.

En esta línea, GIL RODRÍGUEZ, J., «Comentario al artículo 270 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 795, si fueran varios los nombrados —sea en general, sea dentro del propio ámbito patrimonial—, la concurrencia en la administración o, en su caso, la actuación individual vendrá impuesta o autorizada por los términos de la resolución judicial del nombramiento. De ello no se ocupa el artículo 270, sino que queda tratado en los artículos 236-238.

(49) LACRUZ BERDEJO, J. L., y cols., «Elementos de Derecho Civil», IV, *Familia*, 4.^a ed. revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, Dykinson, Madrid, 2010, pág. 438.

prohibidos por el artículo 221 (50). En este sentido, GIL RODRÍGUEZ señala que: «en cualquier caso, la administración del tutor es general y expansiva por lo que atraerá a su ámbito todo tipo de bienes patrimoniales, de titularidad pura o condicionada, definitiva o temporal, del pupilo, y todas aquellas facultades que no hayan sido explícitamente excluidas, o que, por cualquier causa, queden ulteriormente vacantes» (51). Por su parte, para SANCHO REBULLIDA: «parece más práctico partir del régimen positivo en cuestión y distinguir: actos que puede realizar el tutor por sí solo, y actos para los que precisa autorización judicial, añadiendo que aquella es la regla y esta es la excepción, con lo que resulta que, para los actos no enumerados en los artículos 271 y 272, no necesita autorización judicial» (52). Si bien, como matiza LETE DEL RÍO, en todo caso, «los límites impuestos por la necesidad de autorización judicial (así como las prohibiciones) son tan amplios que las facultades dispositivas del tutor quedan reducidas a bienes de muy poca importancia económica y a la venta del derecho de suscripción preferente de acciones» (53).

Ahora bien, en el ejercicio de la facultad de administrar los bienes del tutelado, el tutor ha de actuar con la diligencia de un buen padre de familia. Se trata de un modelo de conducta objetivo, en el que se hace referencia a la diligencia media que, las personas normales suelen adoptar en este tipo de asuntos, y que difiere del criterio subjetivo al que como norma queda sujeta la administración de los padres (art. 164.1) (54); un modelo legal de diligencia exigible y de responsabilidad en la administración observable por cualquier tutor, que facilita la intervención y el control judicial (arts. 216 y 233 del CC); y permite graduar aquella en caso de incumplimiento, con arreglo al criterio de culpa leve *in abstracto*. Se trata, como señala PALOMINO DíEZ, de «un concepto jurídico indeterminado, de un criterio abstracto establecido con independencia de la obligación de que se trate que, pese a su carácter objetivo, debe aplicarse y concretarse en virtud

(50) GÓMEZ LAPLAZA, M.^a, del C., «Comentario al artículo 270 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 531; VENTOSO ESCRIBANO, A., *La reforma de la tutela*, Colex, Madrid, 1985, pág. 95; CUENA CASAS, M., «Comentario a los artículos 259 a 275 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1963.

(51) GIL RODRÍGUEZ, J., «Comentario al artículo 270 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 797.

(52) SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO, «El nuevo régimen de la familia», *op. cit.*, pág. 120.

(53) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentarios al artículo 270 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 388-389.

(54) Esta divergencia entre ambas funciones protectoras se explica por la doctrina desde posiciones diferentes. Así, para algunos autores, como GÓMEZ LAPLAZA, M.^a del C., «Comentario al artículo 270 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 536, reside en el mayor control que existe en la materia de la tutela; para otros, como SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO, «El nuevo régimen de la familia», *op. cit.*, pág. 122, el módulo legal de diligencia exigible al tutor se aparta, formalmente al menos de la que el artículo 164 impone a los padres: la diligencia puesta en la administración de sus propios bienes; y, es que, en esta norma, su destinatario es, literalmente, un padre de familia, finalmente, para LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 270 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 383, parece acertado el criterio del legislador manteniendo el módulo de la culpa leve *in abstracto*, que curiosamente no se corresponde con el que ahora rige para los padres con respecto a la administración de los bienes del hijo menor sometido a la patria potestad, pues para este caso el artículo 164 remite a la culpa leve *in concreto*, con los graves inconvenientes que de ello puede derivarse en la práctica.

de las características del supuesto particular y por las circunstancias reseñadas en el párrafo primero del artículo 1104 del Código Civil» (55).

Esta diligencia media resulta exigible, como hemos apuntado, a todos los tutores, incluidas la entidad pública tutora sobre el patrimonio de los menores desamparados, y tiene reflejo en todas las actuaciones de los tutores en la esfera patrimonial, abarcando también la gestión que realizan los auxiliares, y, asimismo, constituye la medida de su incumplimiento y responsabilidad (56). A modo de síntesis, LETE DEL RÍO entiende que «la referencia a la diligencia de un buen padre de familia puede entenderse en dos aspectos complementarios: como módulo legal para graduar la responsabilidad en caso de incumplimiento, con arreglo al criterio tradicional de la culpa leve in abstracto, y como medida para graduar el contenido positivo de la actuación del tutor en caso de cumplimiento normal de sus deberes» (57).

Este módulo de diligencia objetivo ha de ajustarse en cada caso a las concretas circunstancias de las personas, del acto, del tiempo y del lugar (art. 1104 del CC); y está en línea con lo previsto en el apartado 2 del mencionado artículo 1104 —solo cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, para lo que se exigirá la que corresponda a un buen padre de familia—; y del apartado segundo del artículo 1716 del Código Civil.

Sobre la responsabilidad del mandatario y su evaluación con más o menos rigor, según el mandato sea o no retribuido, que establece el artículo 1726 del Código Civil, cabe preguntarse si puede aplicarse en sede de tutela y agravar la responsabilidad del tutor que perciba una retribución (art. 274 del CC). Para GÓMEZ LAPLAZA la respuesta debe ser afirmativa, «ya sea por la aplicación analógica del citado artículo 1726, ya, como dice ALBALADEJO, porque según el artículo 1104, han de apreciarse las circunstancias, y esta será una de ellas, ya, por último, porque quien recibe un beneficio en atención a las molestias que el cargo implica, tiene más motivos para cumplirlo con una diligencia más cuidadosa» (58). Igualmente, señala LETE DEL RÍO el citado artículo 1726 autoriza a convertir en administrador más puntilloso y exigente al que corresponde al tutor retribuido, sin rebajar el nivel de diligencia del no remunerado, que es la hipótesis normal tenida en cuenta en el artículo 270 (59).

Resulta de gran interés en esta línea, la cuestión planteada por GÓMEZ LAPLAZA acerca de la posibilidad para los padres o el tercero —en relación con la autotu-

(55) PALOMINO DÍEZ, I., «El tutor: obligaciones y responsabilidad, *op. cit.*, pág. 405.

(56) GIL RODRÍGUEZ, J., «Comentario al artículo 270 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 797; GUILARTE ZAPATERO, V., «De nuevo sobre la ineficacia de los actos dispositivos de bienes de menores e incapaces realizados por sus representantes legales (I) y (II)», en *Actualidad Civil*, 1992-3, pág. 491, apunta que, aunque no existe en el articulado actual del Código precepto alguno que expresamente establezca la responsabilidad del tutor por los actos que efectúe y sean lesivos para el pupilo, esta se deduce sin duda del artículo 270 del Código Civil, que impone al tutor la diligencia de un buen padre de familia, de donde deriva que, omitida por el tutor tal diligencia y resultando el acto perjudicial para el tutelado, deberá aquel responder del daño, no solo en los casos de dolo o culpa grave, sino en todos aquellos en los que surge lesión para el pupilo por no haber puesto el cuidado exigible, valorado este desde la pauta de la diligencia media.

(57) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 270 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 382-383.

(58) GÓMEZ LAPLAZA, M.^a del C., «Comentario al artículo 270 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 536.

(59) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 270 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 797.

tela (art. 223 del Código Civil)—, de disponer de gradación de esta responsabilidad. A su juicio, no parece haber inconveniente, pero con dos salvedades. «Una, procedente de esos mismos criterios generales. La otra de la propia regulación de la tutela. En base a la primera, desde luego no podrá eximirse al tutor de la responsabilidad procedente del dolo (art. 1102). De acuerdo con la segunda, tanto la agravación, como, especialmente, la atenuación y la exención en caso de culpa solo vincularán al Juez en la medida en que no se estimen contrarias al interés del tutelado, a la adecuación de la gestión del patrimonio y no contravengan obligaciones inexcusables para el tutor (exención de hacer inventario). Además, en caso de agravación habrá de ser conocida por el tutor al aceptar el cargo. De no conocerla, se le exigirá la establecida en general esto es, la de buen padre de familia. Si cuando llegara a conocerla le resultara excesivamente gravoso el cargo, podrá alegar excusa, en virtud de lo establecido en el artículo 251» (60). Parcialmente coincidente con tal parecer, GIL RODRÍGUEZ, cuando afirma que, tal nivel de diligencia podrá ser no solo elevado, sino también rebajado por el disponente a título gratuito del artículo 227, con los límites genéricos de la exención por dolo (art. 1102), y no estando la atribución condicionada de forma expresa y tajante, más que a lo que razonablemente aprecie el juez en beneficio del pupilo. Sin embargo, a juicio del mentado autor, a los padres no les es dado flexibilizar las garantías o exigencias que la ley previene para la administración por el tutor de los bienes de sus hijos; pueden estos sí, fijar un módulo de diligencia más exigente. Es más, si el tutor es extremadamente cuidadoso en los asuntos propios y aquellos hubieran fijado la diligencia *quam in suis*, considera el autor, que debe exigírsele y sin posibilidad de excusarse solo por esto (61).

En este contexto, la actuación del tutor en el ámbito de la administración legal del patrimonio del tutelado viene limitada objetivamente por el hecho de que no todos los bienes de aquel son administrados por el tutor, al poder ser encomendada la administración de determinados bienes a una tercera persona. Así puede ocurrir: 1) En el caso del administrador, *ex* artículo 227 del Código Civil, designado por el disponente de bienes a título gratuito a favor de un menor o incapacitado, quien puede establecer las reglas de la administración de los mismos, así, como nombrar a la persona o personas que han de ejercitarla; 2) Cuando los padres hayan designado en testamento o documento público notarial un administrador para la gestión de los bienes de sus hijos menores de edad, señalando, además, las reglas por las que se debe regir (art. 223 del CC) (62); 3) Ante la existencia de conflicto de intereses entre tutor y tutelado, se podrá nombrar un defensor judicial (arts. 221 y 299.1 del CC); 4) La administración del tutor puede excluirse respecto de aquellos bienes o actos de gestión patrimonial que la ley o la sentencia de incapacitación permitan al pupilo realizar por sí mismo. Lo que supone aplicar analógicamente a la tutela, lo previsto en sede de patria potestad en el artículo 164, quedando excluidos de la gestión patrimonial del tutor los bienes que el menor mayor de dieciséis años haya adquirido con su

(60) GÓMEZ LAPLAZA, M.^a del C., «Comentario al artículo 270 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 536-537.

(61) GIL RODRÍGUEZ, J., «Comentario al artículo 270 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 797.

(62) GÓMEZ LAPLAZA, M.^a del C., «Comentario al artículo 270 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 534, precisa que «si los padres se limitan a nombrar no tutor pero sí una persona con el encargo de administrar todos los bienes del tutelado, el juez, si lo estima conveniente, podrá bien conferirle a él el nombramiento de tutor (también de la persona), bien nombrar únicamente tutor de la persona, siendo él tutor de los bienes».

trabajo o industria y aquellos que hayan pasado a ocupar su lugar (63); 5) En caso de constitución de un patrimonio protegido, la administración del mismo se puede encomendar a un tercero distinto del tutor.

Finalmente, a esta obligación del tutor de administrar el patrimonio pupilar con diligencia, se une el hecho que debe hacerlo con exactitud y fidelidad, lo que implica, que no debe llevar a cabo una ejecución incompleta, ni tampoco excederse en los límites de sus atribuciones, y siempre operando en beneficio del tutelado (64).

III. LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA LA REALIZACIÓN DE DETERMINADOS ACTOS O NEGOCIOS POR EL TUTOR

La actuación del tutor en la esfera personal y patrimonial del tutelado exige en algunos supuestos la preceptiva autorización judicial, y en otros, la aprobación judicial. A tales se refieren los artículos 271, 272 y 273 del Código Civil, que tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, se ha refundido en un solo precepto los actos que el tutor necesita autorización judicial, concretándose en un total de diez (art. 271) —unos estrictamente personales que afectan a la libertad del tutelado, otros de naturaleza procesal, y la mayoría con un contenido patrimonial o económico—, al igual que, ocurría en la regulación existente en el Código Civil anterior a la reforma de 1983, que se contenía en un solo artículo la enumeración de tales actos, si bien, con la aprobación del Consejo de Familia (art. 269); y, asimismo, con tal reforma se ha suprimido la necesaria autorización judicial para la partición de la herencia o división de la cosa común, manteniéndose el requisito de la aprobación judicial, una vez practicadas (art. 272) (65).

(63) GIL RODRÍGUEZ, J., «Comentario al artículo 270 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 796; GÓMEZ LAPLAZA, M.^a del C., «Comentario al artículo 270 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 533; CUENA CASAS, M., «Comentario a los artículos 259 a 275 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1962; PALOMINO DÍEZ, I., «El tutor: obligaciones y responsabilidad», *op. cit.*, pág. 409. Por su parte, SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO, «El nuevo régimen de la tutela», *op. cit.*, pág. 121, observando un diferente trato para este supuesto entre los menores de edad sometidos a tutela y los incapacitados en esta misma situación, pone de manifiesto que «si se trata de administrar bienes de un incapacitado capaz de desarrollar por sí mismo un trabajo o industria, lo probable es que goce de tal grado de discernimiento, que la sentencia de incapacitación lo haya sometido a curatela, y no a tutela, con lo cual tendrá capacidad para realizar los actos de administración y disposición de sus bienes, con asistencia, en su caso, del curador (art. 289); si, por el grado de su discernimiento es equiparable al de un menor de edad mayor de dieciséis años, y le habrá concedido la administración ordinaria de los bienes adquiridos con su trabajo e industria, recabando o no el consentimiento del tutor para los actos que excedan de ella (art. 267)». Finalmente, LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 270 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 389, precisa que «el ámbito de poderes de administración conferidos al tutor, aunque solo sea aparentemente, es más amplio que el atribuido a los padres; y correlativamente las posibilidades de actuación que corresponden al menor sometido a patria potestad son mayores que las concedidas por la ley al menor sometido a tutela. Pero, si la razón de ser de estas instituciones es la falta de capacidad de obrar del menor (o, si se prefiere, su limitada capacidad de obrar), cabe preguntarse ¿qué sentido tiene esta diferencia?, ¿presume la ley menor capacidad en el tutelado que en el hijo sometido a patria potestad?».

(64) PALOMINO DÍEZ, I., «El tutor: obligaciones y responsabilidad», *op. cit.*, pág. 408.

(65) El Auto de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2.^a, de 4 de octubre de 1999 (AC 1999/7739), señala que «la exigencia de autorización judicial para la enajenación de los

El fundamento de la necesidad de autorización judicial por parte del tutor para la realización de determinados actos o negocios jurídicos reside en el principio de salvaguarda judicial del artículo 216, que se traduce en un control ordinario y casi continuo de la actuación del tutor, y en el beneficio del tutelado (66), pues, presupone un juicio de valor sobre la conveniencia o beneficio o, al menos, sobre la falta de perjuicio que la realización del acto puede reportar al tutelado, dada la especial gravedad o riesgo que, por su propia naturaleza aquel puede implicar para el propio patrimonio o la persona del tutelado (67).

Esta autorización judicial deberá exigirse con carácter previo, y ser concreta y determinada, lo que es una exigencia lógica y coherente con el propio fundamento de su existencia (68). En consecuencia, el Juez no debe autorizar en abstracto o con carácter general, sino en concreto con expresa referencia a los diversos elementos y circunstancias concurrentes en el negocio jurídico (69). Aunque no es preciso, como en el supuesto del artículo 166 del Código Civil en sede de patria potestad, justificar la utilidad o necesidad del acto por parte del tutor, no es menos cierto que, el Juez tendrá presente tales circunstancias a la hora de autorizar judicialmente el acto (70).

bienes del incapacitado tiene su fundamento en el deseo de dotar de la máxima protección al que no puede valerse por sí mismo, y, así, y después de proclamar el artículo 216 del Código Civil que las funciones tutelares se ejercerán en beneficio del menor, el legislador extrema esa actitud tuitiva en los artículos 271, 272 y 1181 del mismo Texto legal y exige autorización judicial para realizar actos dispositivos referentes a bienes y derechos de los sujetos a tutela. No hay que olvidar que los tutores respecto a los bienes de los tutelados son una especie de gestores que tiene las obligaciones propias de todo administrador; entre ellas las de conservación sin menoscabo del patrimonio de los tutelados, y esta representación solamente abarca los actos que pueden redundar en su provecho».

(66) GIL RODRÍGUEZ, J., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 798. Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 3.ª, de 28 de marzo de 2005 (*JUR* 2005/144195); el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 5 de octubre de 2006 (*AC* 2007/59); el Auto de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 2.ª, de 26 de septiembre de 2007 (*JUR* 2008/14753); el Auto de la misma Audiencia, Sección 18.ª, de 27 de noviembre de 2007 (La Ley 236033/2007); el Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.ª, de 21 de abril de 2008 (*JUR* 2008/197185); y el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 8 de julio de 2008 (*JUR* 2008/287428).

(67) AMORÓS GUARDIOLA, M., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de la nacionalidad y tutela*, coordinadores: Manuel AMORÓS GUARDIOLA y Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 541-542; ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coordinador: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 3.ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 426.

(68) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 2.ª, de 5 de junio de 2006 (*JUR* 2007/96936). Por su parte, el Auto de la Audiencia Provincial de León, Sección 3.ª, de 20 de enero de 2004 (*JUR* 2004/61641) señala que «conste la exigencia o revelación de fianza a dichos tutores, nada tiene que ver en absoluto con la cuestión objeto de autorización judicial que se hace por los tutores para una serie de actuaciones, en tanto tal autorización viene exigida por el artículo 271 del Código Civil, y que, en absoluto dicho precepto, ni ningún otro requiere tal presupuesto o requisito para poder pedirse la autorización judicial que, determinados actos de los tutores necesitan».

(69) AMORÓS GUARDIOLA, M., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 543; GÓMEZ OLIVEROS, J. M.ª, «Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre», *op. cit.*, págs. 1440-1441.

(70) GÓMEZ OLIVEROS, J. M.ª, «Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre», *op. cit.*, pág. 1440, pone de relieve que «si el Juez autorizase de forma genérica la realización

Constituye, asimismo, tal autorización un requisito esencial del negocio, sin que sea posible una convalidación o convalencia excepcional *a posteriori*, pues, se trata de una autorización no de una aprobación del acto o negocio en cuestión, y sin que la misma prejuzgue la validez y eficacia de estos, pues, no los convierte en inatacable, al ser posible su impugnación (71).

Se trata de una lista cerrada, siendo los supuestos enunciados en los artículos 271 y 272, asimismo, objeto de interpretación restrictiva, pues, no olvidemos el permanente control judicial al que es sometido el tutor en su actuación. En este sentido, se pronuncia la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 17 de enero de 2011, cuando señala que: «establecer una lista desproporcionada de actos en los que resultase preceptiva la intervención judicial supondría la práctica paralización de la actuación del tutor y, con ello, un serio perjuicio para los intereses del representado. Ello obliga a desterrar una idea que parece haber calado en cierto sector doctrinal, como es que la protección del tutelado debe pasar necesariamente por la autorización judicial. En realidad sucede más bien lo contrario: los objetivos típicos de la tutela solo se alcanzan a través de una administración tutelar dinámica que permita dar una respuesta inmediata y eficaz a las continuas demandas que el cuidado de la persona y el patrimonio del tutelado requieren. La autorización judicial únicamente debe entrar en juego cuando la protección del tutelado no pueda alcanzarse a través de otros medios más respetuosos con el modelo de tutela por el que se ha decantado nuestro legislador. Y es que, no exigir autorización judicial para la actuación del tutor no supone en absoluto la ausencia total de supervisión judicial únicamente un diferente modo de ejercitarla (...). Consecuentemente con lo apuntado, el legislador español ha optado por someter a control judicial únicamente una serie de actos o contratos que entiende que por su singular relevancia podrían tener una especial incidencia, actual o futura, en la vertiente personal o patrimonial del tutelado. Con este objetivo, incorpora una lista exhaustiva y cerrada en los artículos 271 y 272 del Código Civil —considerada por un amplio sector doctrinal como excesiva— y que, dado su carácter excepcional, necesariamente debe ser objeto de interpretación restrictiva. Evidentemente, puede haber otros actos o contratos susceptibles de afectar a la persona o al patrimonio del tutelado al margen de los reconocidos en esa enumeración. Sin embargo, el legislador considera que no justifican la imposición de una restricción tan severa al devenir ordinario de la actividad del tutor». A juicio de este Centro Directivo se concluye: «la adquisición de un bien inmueble se encuentra precisamente en esta situación. De ahí que, no es posible que el artículo 271.2 se proyecte sobre los contratos de adquisición de bienes inmuebles, ni, en general, sobre cualquier otro acto adquisitivo de bienes inmuebles que suponga la aplicación de dinero del tutelado». Sin embargo, AMORÓS GUARDIOLA aboga por una aplicación analógica e interpretación extensiva de los citados preceptos, argumentando que, si las normas exigen autorización judicial para aquellos actos más importantes o arriesgados, entonces no se ve razón suficiente para restringir la normal aplicación de esa norma; pues, si por una parte, es restrictiva o limitativa de la libertad del tutor, por otra resul-

de actos o contratos de especie determinada (siempre dentro del ámbito de los arts. 271 y 272) llevaría consigo tal actitud una delegación de competencias que iría en contra de la misma razón de ser de la intervención judicial».

(71) GIL RODRÍGUEZ, J., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 799.

ta especialmente protectora para la persona o el patrimonio del tutelado; de ahí que entienda que, «las normas que establecen la autorización judicial en determinados casos habrán de ser interpretadas de acuerdo con su finalidad y espíritu inspirador, es decir, según el principio básico que le sirve de justificación. Dicho principio no puede ser otro que el de la más completa protección del incapaz. Y que, por tanto, habrán de ser aplicadas en armonía con ese principio, permitiendo la analogía para casos semejantes y no considerarlas como disposiciones excepcionales de aplicación restrictiva (72)».

Sobre tales bases, cabe plantearse, si es o no posible que los padres o cualquier persona, en previsión de su futura incapacidad (autotutela), y en uso de las facultades concedidas en el artículo 223, pueden eliminar el requisito de autorización judicial en los supuestos señalados en los artículos 271 y 272. No parece que resulte posible disminuir las garantías que, el propio Código Civil establece en beneficio del menor o incapacitado, eliminando para ello el requisito de la autorización judicial en los supuestos establecidos en el citado cuerpo legal, o, sustituyendo a la autoridad judicial en tal labor por órganos de fiscalización de la tutela que, los padres o el autotutelado hayan designado en el correspondiente documento; en todo caso, lo que si es posible, como bien precisa ORDÁS ALONSO, es aumentar el elenco de actos necesitados de la perceptiva autorización judicial, o nombrar órganos de fiscalización de la tutela (art. 223), que complementen la función de vigilancia y control de la actuación del tutor que, lleva a cabo la autoridad judicial (73).

En este contexto, corresponde a continuación hacer mención de todos aquellos actos o negocios jurídicos respecto de los que el Código Civil exige autorización judicial.

3.1. Internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial (art. 271.1). Se contempla el supuesto en que sea preciso que el menor o incapaz sea atendido en un centro psiquiátrico o en un centro de educación especial de tratamiento de menores en situación difícil o conflictiva, o en centros de educación especializados en el tratamiento de personas con una disminución física o psíquica (74). No se prevé el internamiento por causa de deficiencias físicas. Con la exigencia de autorización judicial para la adopción de tales medidas, se pretende evitar que el tutor pueda desembarazarse del tutelado o privarle de libertad (75). No olvidemos que la competencia del Juez para autorizar o denegar el internamiento viene impuesta por su condición de garante de los derechos fundamentales de la persona (arts. 24 y 53 de la Constitución Española).

El empleo del verbo internar parece indicar permanencia, por lo que cuando la asistencia sanitaria o educativa se realiza sin internamiento, de forma externa o ambulatoria, no será precisa la autorización judicial. En este sentido, precisa LETE DEL RÍO que, no será necesaria esta cuando el tutelado asista al centro en

(72) AMORÓS GUARDIOLA, M., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 547.

(73) ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 427.

(74) SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, coordinado por Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA, T. II, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 645.

(75) ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 427; LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 393.

régimen de externo o media pensión (76). Ni tampoco en colegios y demás centros de educación o formación normal, pues, no resulta lógico llevar a cabo una interpretación extensiva a estos supuestos (77). Ahora bien, el simple hecho de que se trata de un centro de educación especial y, tenga alumnos internos o residentes, no cabe deducir que estos se hallen en una situación de internamiento tal y como establece el artículo 271.1, y que, por tanto resulta necesaria la correspondiente autorización. Por ello, como apunta RAMOS CHAPARRO hay que diferenciar entre aquellos supuestos en los cuales, pese a existir horarios obligatorios, tiempos de estudio, etc., no supongan limitaciones importantes a la libertad ambulatoria del menor, permaneciendo garantizada la libertad de comunicación con el exterior, las salidas periódicas, etc., y aquellos otros centros en los que la misma configuración física del edificio responde a un diseño cerrado, de tal forma que, es prácticamente imposible la salida y en los que la vigilancia es intensa y continua, con sistemas o técnicas similares a las penitenciarias (78).

De todas formas, para el caso que se trate de un internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico de una persona que no está en condiciones de decidirlo por sí, el artículo 763 de la LEC, exige, asimismo, la previa autorización judicial, salvo que por razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuentas de este al Tribunal competente lo antes posible, y en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del Tribunal. El internamiento de menores se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor. Antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado, el Tribunal oír a la persona afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal, y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. Además y, sin perjuicio de que pueda practicarse cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el Tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado. En la misma resolución que se acuerde el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el Tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente. Dichos informes periódicos serán emitidos cada seis meses, a no ser que el Tribunal, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior (79).

(76) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 393.

(77) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario al artículo 271.1 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de la nacionalidad y tutela*, coordinadores: Manuel AMORÓS GUARDIOLA y Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 550, para quien resulta más adecuado llevar a cabo una interpretación extensiva o analógica para el internamiento en cualquier establecimiento de salud (y no solo mental), e incluso asistencial. En el mismo sentido, CUENA CASAS, M., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1967.

(78) RAMOS CHAPARRO, E., «El internamiento de incapaces presuntos», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1988, pág. 535.

(79) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 2.^a, de 28 de marzo de 2006 (*JUR* 2006/220811); la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1.^a,

En todo caso, la autorización judicial de la medida también es necesaria para el cambio de establecimiento o centro donde permanezca internado el tutelado, ya que el Juez debe valorar no solo la oportunidad del internamiento en abstracto, sino también atendiendo al supuesto concreto, teniendo en cuenta las características de aquel (80).

No se contempla en este apartado la posibilidad de esterilización del incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica; para ello deberán aplicarse las reglas del artículo 156 apartado segundo del Código Penal que, posibilita la adopción de tal medida bien en la propia sentencia de incapacitación, o bien mediante expediente de jurisdicción voluntaria, después de tal incapacitación, a petición del tutor, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal, y exploración del propio incapaz (81).

3.2. Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos precisos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones. Se trata de actos de especial importancia en el tráfico jurídico, de ahí que, la decisión de su conveniencia y oportunidad se dejen al arbitrio judicial. Con ello, se viene a reproducir parcialmente en sede de tutela lo dispuesto en el artículo 166 del Código Civil para la patria potestad. La reforma del precepto por la Ley Orgánica 1/1996 se ha limitado a especificar los tipos de actos susceptibles de inscripción, refiriéndose ahora a los actos que tengan carácter dispositivo, a diferencia de la redacción anterior del precepto en la que se exigía autorización judicial «para celebrar contratos o realizar actos susceptibles de inscripción» (82). Con esta norma se trata de evitar que el tutor pueda realizar sin la correspondiente autorización judicial determinados actos que por su naturaleza pueden comprometer el patrimonio del menor (83).

En consecuencia, resulta precisa la autorización judicial para enajenar o gravar una serie de bienes enumerados en el citado precepto (84). Por enajenar

de 23 de mayo de 2006 (La Ley 67361/2006); el Auto de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 3.ª, de 31 de marzo de 2006 (*JUR* 2006/207227); el Auto de la Audiencia Provincial de León, Sección 1.ª, de 19 de abril de 2007 (*JUR* 2007/262338), y el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5.ª, de 16 de marzo de 2010 (*AC* 2010/1478).

(80) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario al artículo 271.1 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 550.

(81) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 1.ª, de 17 de enero de 2000 (*JUR* 2001/34484), y el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 20 de octubre de 2008 (*JUR* 2009/79306).

(82) Esta redacción del artículo 271.2 del Código Civil, dada por la reforma de 1983, coincide sustancialmente con la del antiguo número 5 del artículo 269.

(83) CUENA CASAS, M., «Comentario a los artículos 259 a 275 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1967.

(84) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2.ª, de 14 de diciembre de 2000 (La Ley 227917/2000), señala que la exigencia de autorización judicial para la enajenación de los bienes del incapacitado tiene su fundamento en el deseo de dotar de la máxima protección al que no puede valerse por sí mismo; el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 11 de abril de 2003 (*JUR* 2003/188487); el Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1.ª, de 10 de diciembre de 2004 (*JUR* 2005/39103); el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5.ª, de 8 de marzo de 2005 (*JUR* 2005/139067); el Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1.ª, de 22 de marzo de 2007 (*JUR* 2007/264140); el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 27 de julio

hay que entender «todo acto que supone un tránsito de bienes o derecho real limitado del patrimonio del tutelado hacia otro patrimonio, con independencia de que la misma se opere por medio de un negocio típico o atípico» (85). Así, por ejemplo, compraventa, permuta, dación o adjudicación en pago, la constitución de renta vitalicia, la aportación a la sociedad, etc. Mientras que, acto de gravamen hay que entender la constitución de una carga o gravamen real sobre los bienes a los que se refiere la norma, ya sean derechos reales de goce (usufructo), o de garantía (hipoteca), así como situaciones de garantía real inmobiliaria como condición resolutoria, derechos de adquisición preferente —tanteo o retracto, opción—; o, en fin, derechos reales inmobiliarios como la constitución de un derecho de superficie, cuya inscripción por cierto es constitutiva, servidumbres, censos, etc. (86).

Por otra parte, ha de tratarse de actos a título oneroso, pues, los actos a título gratuito, cualquiera que sea el bien sobre el que recaen, tienen un apartado especial (art. 271.9). Aunque este apartado solo hace referencia a los actos dispositivos a título gratuito, se ha de ampliar también a los actos de gravamen a título gratuito, no solo porque como en aquellos se ha de tener capacidad de disposición, sino también porque viene a ser idéntica la solución legal. Además, estos actos dispositivos o de gravamen a título oneroso han de recaer sobre bienes inmuebles y determinados bienes muebles de especial valor económico.

De forma que el artículo 271.2 solo exige autorización judicial cuando tales actos recaen sobre: 1.º Bienes inmuebles, para cuya definición hemos de acudir a lo dispuesto en los artículos 334, 346 y 347; 2. Establecimientos mercantiles o industriales, que desde una concepción amplia, se entienden como sinónimo de empresa, y, en consecuencia, habrá de entenderse, que no solo hace referencia al local donde tiene ubicada la sede o donde se desarrolla la actividad empresarial, sino también abarca los componentes que, en su conjunto, configuran el fondo comercial del negocio, así la finca, nombre comercial, rótulo, marcas, derechos

de 2007 (*JUR* 2007/331357); el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.ª, de 22 de julio de 2008 (*JUR* 2008/362356); el Auto de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3.ª, de 22 de mayo de 2009 (*JUR* 2009/281318), y el Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 5.ª, de 15 de octubre de 2009 (*JUR* 2010/199981).

(85) ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 428; CUENA CASAS, M., «Comentario a los artículos 259 a 275 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1967.

(86) ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 428; CUENA CASAS, M., «Comentario a los artículos 259 a 275 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 1967-1968; AMORÓS GUARDIOLA, M., «Comentario al artículo 271.2 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 552, precisa que, no obstante, la mayor parte de estos negocios de constitución voluntaria de gravámenes son actos inscribibles en el Registro de la Propiedad, y por ello estarían sujetos a autorización judicial en virtud de lo que dispone también el artículo 271.2. Vid., la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 19 de febrero de 1936 (*RJ* 1936/807), que exigía que los gravámenes sobre el patrimonio del tutelado debían ser autorizados por el Consejo de Familia. Por su parte, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 1 de junio de 2006 (*AC* 2006/2179), exige autorización judicial para constituir una hipoteca sobre la vivienda de la incapitada; el Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 5.ª, de 15 de febrero de 2007 (*JUR* 2007/152908), exige autorización judicial para la segregación, declaración de obra nueva y división en régimen de propiedad horizontal del edificio resultante de la construcción llevada a cabo en los terrenos de los que es titular registral el declarado incapaz, y el Auto de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3.ª, de 22 de junio de 2007 (*JUR* 2007/320497), exige autorización judicial para la extinción del usufructo de vivienda.

de propiedad industrial e intelectual, maquinaria, utensilios y demás instrumentos de producción, los derechos de arrendamiento, de traspaso, etc. (87); 3. Objetos preciosos. Se trata de un concepto jurídico indeterminado, cuya determinación en cada caso queda al prudente arbitrio judicial, previa aportación del correspondiente informe pericial. Se ha manifestado por algún autor que, la valoración de un objeto como precioso «ha de llevarse a cabo a través de criterios objetivos imperantes en la comunidad, en atención a los cuales será precioso todo aquello que objetivamente sea de mucho valor o elevado coste» (88). También es posible acudir a criterios subjetivos, atendiendo al patrimonio del tutelado. En todo caso, si existe alguna duda sobre la inclusión o no de un bien como objeto precioso, lo prudente es solicitar autorización judicial, y en esto coincide mayoritariamente la doctrina. 4. Valores mobiliarios (89). Hay que entender que ya no es posible una identificación con título valor, como hacia la doctrina tradicional mercantilista encabezada por GARRIGUES, sino, atendiendo a la nueva regulación del mercado de valores, es necesario un acercamiento a conceptos como valores negociables, y más tarde, instrumentos financieros (90). No obstante, su inclusión en este precepto ha sido criticada por AMORÓS GUARDIOLA, siguiendo a DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, en el sentido que con la exigencia de autorización judicial se entorpece el tráfico de estos bienes, pues, muchas veces la gestión diligente de un patrimonio mobiliario exige la enajenación de un valor y su sustitución por otro, operación que habrá de realizarse con rapidez, lo que es incompatible con la autorización judicial, y, además, cuando se trata de valores que cotizan en Bolsa, la fijación del precio objetivo impide el fraude de la operación (91). Parecer con el que coincidimos, pues, como pusimos de manifiesto cuando estudiamos la materia en sede de patria potestad, constatamos los perjuicios que se causan al menor cuando tales valores mobiliarios forman parte de una cartera de inversión, cuya operatividad en el mercado de valores exige la máxima rapidez en la toma de decisiones, y cualquier dilación puede impedir el desarrollo con éxito de la operación.

En este contexto, conviene recordar que, tras la reforma de 1983, se suprimió la mención expresa en el Código Civil que los bienes se enajenaran en pública subasta. No obstante, la LEC (arts. 2011 a 2024 —que mantiene en vigor la LEC 1/2000 hasta la aprobación de una Ley de Jurisdicción Voluntaria, en la redacción dada por la Ley 15/1989, de 29 de mayo, sobre modificación de determinados artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil—) regula el procedimiento a seguir en tal enajenación, caracterizado por la necesidad de que la venta se haga en pública subasta y previo avalúo, lo que ha suscitado polémica sobre la subsistencia de dicho requisito, y la obligatoriedad o no de su cumplimiento en el ámbito judicial, ante la aparente contradicción existente entre el artículo 271 del Código Civil, y el

(87) AMORÓS GUARDIOLA, M., «Comentario al artículo 271.2 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 555; ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 428.

(88) MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.^ª T., «Actos de disposición de bienes de los menores sometidos a patria potestad», en *Revista de Derecho Privado*, 1986, pág. 314.

(89) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4.^ª, de 9 de junio de 2003 (*JUR* 2003/189924).

(90) Sobre el concepto de valor mobiliario y su tratamiento, vid., BERROCAL LANZAROT, A. I., «De nuevo sobre la administración y disposición por quienes ejercen la patria potestad del patrimonio mobiliario propiedad de un hijo menor de edad», en *Cuadernos de Estudios Empresariales*, vol. 13, 2003, págs. 5-60.

(91) AMORÓS GUARDIOLA, M., «Comentario al artículo 271.2 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 555.

artículo 2015 de la LEC. El debate está planteado en el seno de la jurisprudencia que emana de las Audiencias Provinciales (92). En todo caso, la venta extrajudicial ha de ser autorizada por el Juez, y ha de solicitarse cuando la subasta no dé resultado. Posteriormente, el artículo 5.2 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre ha considerado innecesaria la sumisión de la autorización de la venta de bienes de discapacitado o incapacitados judicialmente a la pública subasta. De ahí que, se haya considerado que procede aplicar directamente este precepto, —no análogicamente al existir el art. 2015 de la LEC—, pues, de lo contrario, se estaría discriminando desfavorablemente a los discapacitados o incapacitados cuyos guardadores, tutores o ejercientes de la curatela no hubieran adoptado las medidas precisas para la constitución de un patrimonio protegido (93).

(92) En algunas sentencias se alude a la naturaleza imperativa del artículo 2015 de la LEC, y la exigencia de venta del inmueble en pública subasta. Además, se señala que no existe tal contradicción, pues, en el artículo 271 del Código Civil se regulan los actos para los que el tutor necesita autorización judicial, mientras que, en el artículo 2015 de la LEC se establece la forma en que deben enajenarse determinados bienes de menores e incapacitados. Asimismo, se indica que no puede considerarse excesivamente gravoso el procedimiento para los intereses del incapaz, ya que, se dispone la inadmisibilidad de la postura que no cubra el valor dado a los bienes en el avalúo previo conforme el artículo 2018 de la LEC, y la posibilidad del tutor para el caso de que no hubiera postura admisible, de instar que se lo tenga por apartado y se sobresea el expediente, o que se autorice para la venta extrajudicial por el precio, y las condiciones que sirvieron para la subasta, o también que se anuncie una segunda subasta con la rebaja de un 20% del precio conforme al artículo 2019 de la LEC. Vid., en esta línea, el Auto de la Audiencia Provincial de Huesca, Sección única, de 12 de abril de 2000 (AC 2000/3226); el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 2.ª, de 9 de julio de 2002 (JUR 2002/227329), lo califica de norma de orden público; el Auto de la Audiencia Provincial de Lleida, de 18 de marzo de 2005 (La Ley 64076/2005). Apoyando los demás argumentos y no su naturaleza imperativa, vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 3.ª, de 19 de octubre de 1999 (AC 1999/7412); el Auto de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 31 de julio de 2001 (AC 2001/2542); el Auto de la misma Audiencia, Sección única, de 24 de octubre de 2001 (JUR 2002/17215); el Auto de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 2.ª, de 10 de abril de 2002 (AC 2002/770); el Auto de la Audiencia Provincial de La Rioja, Sección única, de 3 de mayo de 2002 (JUR 2002/193290); la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 3.ª, de 15 de abril de 2003 (AC 2003/1070); el Auto de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1.ª, de 24 de marzo de 2004 (JUR 2004/112503); el Auto de Ciudad Real, Sección 1.ª, de 13 de junio de 2006 (JUR 2006/191839); y el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 19 de julio de 2007 (JUR 2007/336432). Por el contrario, en otras resoluciones se alude a la necesidad de flexibilizar el rigor legal, y se posibilita la existencia de otras vías alternativas, como la venta directa o la enajenación extrajudicial, aunque sometida a las cautelas necesarias, y teniendo en cuenta el interés del incapaz, vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Teruel, de 16 de abril de 2003 (AC 2003/853); el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 1 de octubre de 2004 (JUR 2004/306912); el Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 5.ª, de 3 de diciembre de 2007 (JUR 2008/168523); el Auto de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 3.ª, de 9 de enero de 2008 (JUR 2009/84712); el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 7 de mayo de 2009 (AC 2009/1163); y el Auto de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2.ª, de 11 de enero de 2010 (JUR 2010/107204).

(93) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 2.ª, de 21 de marzo de 2005 (JUR 2005/144287); el Auto de la Audiencia Provincial de Castellón, de 16 de marzo de 2007 (JUR 2007/214664), que sugiere, no obstante, la aplicación analógica, y la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2.ª, de 13 de noviembre de 2007 (AC 2008/277).

En segundo lugar, también resulta necesaria la autorización judicial para celebrar actos o contratos con carácter dispositivo y susceptible de inscripción, lo que no debe entenderse en el sentido de acto o contratos de inscripción obligatoria (inscripción con carácter constitutivo), sino que el citado precepto se refiere a todos aquellos actos o contratos susceptibles de acceder al Registro, aun cuando la inscripción tenga valor declarativo (94). Han de ser actos dispositivos y, además, inscritos en el Registro. En cuanto a qué Registros hace referencia el precepto, la doctrina se muestra dividida. Así frente a quienes desde una posición más estricta o restrictiva, entiende que únicamente será el Registro de la Propiedad (95); otros, van más allá y piensa que se alude a cualquier Registro de carácter patrimonial (96); para finalmente, optando por una interpretación amplia, a la que nos adherimos, se entiende que, se trata de cualquier Registro público, sin limitación a los de carácter patrimonial, y, por tanto, ampliable a cualquiera que tenga tal carácter público (Registro de la Propiedad, Registro Mercantil, Registro de Hipoteca Mobiliaria, Registro de Propiedad Industrial, etc.), pero no a aquellos que pueden considerarse meramente administrativos (97).

Para la cancelación de la hipoteca por pago del crédito con ella garantizado, en materia de patria potestad no es necesaria la autorización judicial, ya que el artículo 178.2 de la Ley Hipotecaria así lo establece expresamente. En materia de tutela, no existe norma similar, sin embargo, la doctrina opta por aplicar analógicamente dicho artículo al supuesto del tutor (98).

Finalmente, se exceptúa de la necesaria autorización judicial la venta del derecho de suscripción preferente de acciones, no así la renuncia al mismo que, si requiere la autorización judicial en virtud de lo dispuesto en el artículo 271.3 del Código Civil (99). Se justifica tal excepción, por algunos, en que se enajena

(94) AMORÓS GUARDIOLA, M., «Comentario al artículo 271.2 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 558; CANO TELLO, C.A., *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines. Un ensayo sobre la Ley de 24 de octubre de 1983*, Civitas, Madrid, 1984, pág. 65; ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 429.

(95) GARCÍA CANTERO, G., «El nuevo régimen jurídico de la tutela», *op. cit.*, pág. 492.

(96) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 394.

(97) CANO TELLO, C. A., *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines*, *op. cit.*, pág. 65; AMORÓS GUARDIOLA, M., «Comentario al artículo 271.2 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 558; VENTOSO ESCRIBANO, A., «La reforma de la tutela», *op. cit.*, pág. 98; ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 429; SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 645; SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *La intervención judicial en la gestión del patrimonio de menores e incapacitados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 216.

(98) AMORÓS GUARDIOLA, M., «Comentario al artículo 271.2 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 553; GONZÁLEZ LAGUNA, M., «Bienes de menores y Registro de la Propiedad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 570, septiembre-octubre de 1985, pág. 1194; RIVERA FERNÁNDEZ, M., «Anotaciones a la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor», en *Revista General del Derecho*, junio de 1996, pág. 6520; PAU PEDRÓN, A., «La capacidad en los negocios sobre inmuebles», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 632, enero-febrero de 1996, págs. 803-804, que añade que: «si la cancelación se produjera por renuncia al derecho de hipoteca, entraría, además, en juego el artículo 271.3 del Código Civil».

(99) Para AMORÓS GUARDIOLA, M., «Comentario al artículo 271.2 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 556, la venta del derecho de suscripción de acciones no supone una renuncia, necesitada de autorización judicial, puesto que la renuncia a la que alude el artículo 271.3, es una renuncia gratuita, una pérdida de derechos a cambio de nada, y por eso puede suponer un perjuicio para el tutelado que hace necesaria la aprobación judicial; mientras que, aquí se enajena un derecho a cambio de su valor, valor que viene fijado por el merca-

un bien a cambio de su valor, el cual depende en todo momento del mercado bursátil, en la que no puede influir el tutor, siendo difícil el perjuicio (100); para otros, en que tal venta no es considerada como un acto de disposición, aunque exceda de la mera administración (101); o, en fin, en el carácter de fruto de los valores de los que derivan y de los potenciales derechos del tutor sobre los frutos de los bienes del tutelado (102).

3.3. Renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviere interesado (art. 271.3). Parece coincidir con lo regulado en el artículo 166 del Código Civil en sede de patria potestad, que exige que los padres requieran autorización judicial «para renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares». La renuncia, si bien, es un acto dispositivo que necesita autorización judicial sobre la base de lo previsto en el artículo 271.2; en este apartado tercero lo que hace el legislador es establecer una norma más específica y extensa, pues se aplica cualquiera que sea el bien o derecho renunciado (real o de crédito), y no únicamente a los supuestos señalados en el apartado segundo del citado artículo 271. Para AMORÓS GUARDIOLA comprende todo tipo de renunciaciones, cualesquiera que sean los bienes sobre los que recae, o el carácter oneroso o gratuito de la misma (103). Sin embargo, no es este el parecer de la mayoría de la doctrina, que consideran que, se encuentren incluidas en el mencionado párrafo tercero, las renunciaciones preventivas, ni la mal llamada «renuncia reconocitiva», ni, tampoco la renuncia traslativa, sino únicamente la renuncia abdicativa o extintiva gratuita, en virtud de la cual se prescinde de un derecho ya adquirido e incorporado al patrimonio del renunciante (104).

do, por lo que el perjuicio es bien difícil. En contra de este parecer, se muestra BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario al artículo 166 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de la nacionalidad y tutela*, coordinadores: Manuel AMORÓS GUARDIOLA y Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, vol. II, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 1119, pues considera que la excepción no responde a la inexistencia de control judicial con respecto a la decisión de no suscribir, puesto que dicha decisión constituye una renuncia y, consiguientemente, necesita autorización judicial. De ahí que, a su juicio, solo pueda explicarse la excepción como otra forma de paliar los efectos negativos derivados de la regla general de necesidad de licencia judicial para la enajenación de títulos valores.

(100) SAURA MARTÍNEZ, F., *Incapacitación y tuición*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 85; SERRANO FERNÁNDEZ, M., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, director: Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 403.

(101) CANO TELLO, C. A., «La nueva regulación de la tutela e instituciones afines», *op. cit.*, pág. 67.

(102) SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 646.

(103) AMORÓS GUARDIOLA, M., «Comentario al artículo 271.3 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 560.

(104) GIL RODRÍGUEZ, J., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 802, quien precisa que «queda fuera la renuncia "preventiva", sea porque en cuanto exclusión voluntaria de la ley aplicable, estaría vetada al tutor en todo caso por el artículo 6.2, sea porque solo se le exige autorización para la no adquisición si se trata de herencias y liberalidades (art. 271.1); y, asimismo, la denominada renuncia "traslativa", porque tampoco es precisa renuncia, sino transmisión, bien onerosa (y, entonces, sujeta al requisito de autorización si recae sobre los bienes especificados en el art. 271.2), bien gratuita (sujeta en todo caso al art. 272.6)»; CUENA CASAS, M., «Comentarios a los artículos 259 a 275 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1973; ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 429; SERRANO FERNÁNDEZ, M., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 403. Vid., la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de

Por otra parte, transigir es enajenar, y ante el temor de que el patrimonio del menor pueda resultar alterado por una transacción se impone la aprobación judicial. El artículo 1811 del Código Civil dispone al respecto que, el tutor no puede transigir sobre los derechos de la persona que tiene en guarda, sino en la forma prescrita en el presente Código; en cambio, el artículo 1810 señala que, para transigir sobre los bienes y derechos de los hijos sometidos a patria potestad, se aplicarán las mismas reglas que para enajenarlos. Para CUENA CASAS, la exigencia de autorización judicial para la transacción (art. 1811) parece cohonestar con la regla, todavía discutida respecto de la transacción pura, de *transigere esta alienare*, regla que implícitamente se contiene en el artículo 1810 (105). Sin embargo, VENTOSO ESCRIBANO señala que de haber sido el texto del artículo 1811 similar al 1810 resultaría que, para transigir sobre los bienes no comprendidos en el artículo 271.2 no es necesaria la autorización judicial, y el número 3.º del mismo sería contradictorio. De este modo, «la contradicción no se ha producido, si bien, ha resultado alterada la regla apuntada *transigere est alienare*, por cuanto que, para algunos bienes se tendrá facultad para enajenar y sin embargo no podrá transigir sobre ellos, lo que quizá no sea demasiado correcto, por cuanto se trata de los bienes de menor entidad económica» (106).

Por último, también resulta necesaria la autorización judicial para someter a arbitraje cuestiones en las que el tutelado estuviera. Esta autorización judicial se exige para todo tipo de arbitraje (de derecho o de equidad) (107).

3.4. Para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, o para repudiar esta o las liberalidades (art. 271.4). Se hace referencia a dos supuestos diferenciados: la aceptación de la herencia sin beneficio de inventario y la renuncia de la herencia o de las liberalidades. Se trata de una norma semejante a la contenida en sede de tutela en el artículo 166.2 del Código Civil. La aceptación de la herencia dejada al menor o incapacitado puede ser realizada por el tutor puro y simplemente, o a beneficio de inventario. Para la primera se exige autorización judicial, pues, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 1003, el menor o incapacitado quedarían responsables de todas las cargas de la herencia, no solo con los bienes de esta, sino también con los suyos propios (responsabilidad *ultra vires hereditaris*), responsabilidad inexistente, si se acepta a beneficio de inventario en la que únicamente queda comprometido el caudal relicto (*intra vires hereditatis*) (108). Si el tutor acepta la herencia pura y simplemente sin la correspondiente autorización judicial no parece que *ex lege* pueda ser entendida

19 de agosto de 1982 (RJ 1982/4682); el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7.ª, de 10 de febrero de 2006 (JUR 2006/128229), y el Auto de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 3.ª, de 19 de marzo de 2010 (JUR 2010/206822).

(105) CUENA CASAS, M., «Comentarios a los artículos 259 a 275 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1973.

(106) VENTOSO ESCRIBANO, A., «La reforma de la tutela», *op. cit.*, pág. 100.

(107) AMORÓS GUARDIOLA, M., «Comentario al artículo 271.3 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 561; CANO TELLO, C. A., «La nueva regulación de la tutela e instituciones afines», *op. cit.*, pág. 67.

(108) Vid., las Resoluciones de la Dirección del Registro y del Notariado, de 25 de abril de 2001 (La Ley 4495/2001), y de 14 de junio de 2003 (RJ 2003/4226); el Auto de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 5 de junio de 2002 (La Ley 107052/2002), y el Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1.ª, de 12 de abril de 2010 (JUR 2010/194183). En la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 14 de septiembre de 2004 (La Ley 2536/2004), no se exige autorización judicial para aceptar a beneficio de inventario; y, asimismo, lo dispone el Auto de la Audiencia Provin-

aceptada a beneficio de inventario. Apunta LEÑA FERNÁNDEZ que, «la Ley Orgánica 1/1996 ha suprimido el párrafo segundo del artículo 992 del Código Civil en una de cuyas partes se establecía que, si el tutor aceptare la herencia por sí, se entenderá hecha a beneficio de inventario, en consecuencia ya no podrá seguir sosteniéndose que si el tutor efectúa la aceptación pura y simplemente y sin autorización judicial, se entenderá aceptada a beneficio de inventario, por lo que parecería que, a partir de ahora, habría que aplicar a tal aceptación las reglas generales de la anulabilidad, no siendo posible la aplicación del criterio de convertibilidad o nulidad parcial». Sin embargo, a su juicio «no debe ser ese el alcance de la supresión, motivada solamente por la referencia que se hacía al artículo 269 que, al ser reformado en el año 1983, dejaba sin sentido tal remisión». Entiende, por tanto que «sigue vigente la regla de entenderse hecha la aceptación de la herencia a beneficio de inventario cuando el tutor la realiza pura y simplemente sin autorización judicial. Entender otra cosa, supondría perjudicar gravemente al tutelado que podría ver afectado su patrimonio por deudas del causante que el tutor hubiera satisfecho, dada la aceptación pura y simple realizada, pudiendo resultar irrecuperable ese perjuicio en un momento posterior en que se pudiese ejercitar la acción de anulabilidad» (109).

Igualmente, se necesita autorización judicial para repudiar la herencia —tanto la testamentaria como la legítima—, si bien, la no concesión por el Juez, no implica inmediatamente la aceptación de la misma, ni siquiera a beneficio de inventario, a diferencia de lo que acontece para la patria potestad, pues, esta posibilidad nunca estuvo contemplada en el Código Civil para la tutela; lo que exige una nueva declaración de voluntad (110).

No se hace referencia en este precepto a la aceptación de legados, quizá porque a tenor de lo dispuesto en el artículo 858.2 del Código Civil no cabe responsabilidad *ultra vires hereditatis*, por lo que el legatario únicamente estará obligado a responder del gravamen hasta donde alcance el valor de lo legado, lo que hace innecesaria la autorización judicial para la aceptación de legados (111); y, además, porque la adquisición del legado tiene lugar *ipso iure* desde el momento de la muerte del causante (art. 881) (112). No obstante, la variedad de legados existente en nuestro ordenamiento jurídico, algunos con trascendencia patrimonial, parece que obrará prudentemente el tutor, si para esos supuestos solicita autorización judicial (por ejemplo, legado de empresa, de cosa propia del legatario —art. 863—) (113). Si está sujeta, sin embargo, a autorización la repudiación del legado.

cial de Barcelona, Sección 4.^a, de 3 de junio de 2002 (*JUR* 2002/286112), y el Auto de la Audiencia Provincial de Guadalajara, Sección 1.^a, de 14 de octubre de 2005 (*AC* 2005/2020).

(109) LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1997, pág. 164. En similares términos, CUENA CASAS, M., «Comentario a los artículos 259 a 275 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1974; ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 430.

(110) Vid., la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 24 de mayo de 1930 (La Ley 16/1930).

(111) PAU PEDRÓN, A., «Comentario al artículo 271.4 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de la nacionalidad y tutela*, coordinadores: Manuel AMORÓS GUARDIOLA y Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, vol. I, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 567.

(112) GIL RODRÍGUEZ, J., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 804.

(113) En esta línea, ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 430.

Respecto a las liberalidades, parece que quedan englobados en dicho término las donaciones, condonación de deuda, la cesión gratuita de un crédito, los contratos gratuitos —depósito, comodato, mandato—, promesa unilateral, o el contrato a favor de terceros (114). Recordemos que los legados como las liberalidades requieren autorización para su repudiación y no para su aceptación.

3.5. Para hacer gastos extraordinarios en los bienes (art. 271.5). Para la determinación de lo que se entiende por gasto extraordinario, la doctrina toma como pauta la regulación contenida en sede de usufructo en los artículos 500 a 503 del Código Civil; de forma que se consideran gastos extraordinarios los gastos útiles y los de lujo y ornato, quedando fuera los gastos necesarios (115); mientras que los gastos ordinarios son los que exigen los deterioros o desperfectos que procedan del uso normal de las cosas, y son indispensables para su conservación (116). Si bien, además de recurrir a este criterio objetivo, se pone de manifiesto la necesidad de combinarlo con un criterio subjetivo, esto es, para determinar el carácter extraordinario de un gasto, se ha de tener en cuenta también la fortuna y las rentas del tutelado (117).

Se ha de incluir en el ámbito de aplicación del precepto todo tipo de bienes, incluso los de ínfimo valor, lo que como apunta GARCÍA CANTERO, es un contrasentido, pues «el tutor puede, por sí solo, enajenar el coche o la moto del tutelado, y no puede encargar una reparación extraordinaria en estos bienes» (118). Por lo que el legislador debería haber limitado la necesidad de autorización para los gastos extraordinarios que se realicen en inmuebles, o en los muebles de gran valor.

De todas formas, como señala PAU PEDRÓN, la facultad de hacer gastos extraordinarios debe interpretarse en armonía con la obligación que se impone al tutor en el artículo 270 del Código Civil de administrar el patrimonio del tutelado, y de ejercer esta administración con la diligencia de un buen padre de familia; y, añade, además que la necesidad de tal autorización debe ir también referida a la constitución de las relaciones jurídicas de las que se derivan tales gastos extraordinarios, e, inversamente, que la innecesidad de autorización judicial se extiende a los actos conservativos de los que únicamente derivan gastos ordinarios (119).

3.6. Para entablar demandas en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía (art. 271.6). Se trata de evitar que el tutor

(114) PAU PEDRÓN, A., «Comentario al artículo 271.4 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 567; CUENA CASAS, M., «Comentario a los artículos 259 a 275 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1975.

(115) PARA ESCOBAR DE LA RIVA, E., «La tutela», en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1943, pág. 172, gastos extraordinarios son los que, sobrepasando el importe de las disponibilidades normales del menor, supondrían una amputación de capital o, al menos, dejarían sin cubrir otras atenciones constantes y obligadas de la tutela.

(116) No precisan de autorización judicial los gastos relativos a obras de reforma y adaptación de la vivienda propiedad del tutelado por ser un gasto ordinario, *vid.*, el Auto de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 3.ª, de 3 de abril de 2009 (*JUR* 2009/273587); o por ser relativo a la ejecución de obras requeridas por el Ayuntamiento, *vid.*, el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2.ª, de 19 de febrero de 2008 (*JUR* 2008/370346).

(117) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 398; ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 430-431; PALOMINO DÍEZ, I., «El tutor: obligaciones y responsabilidades», *op. cit.*, pág. 431; CUENA CASAS, M., «Comentario a los artículos 259 a 273 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1976.

(118) GARCÍA CANTERO, G., «El nuevo régimen jurídico de la tutela», *op. cit.*, pág. 943. Igualmente, para CUENA CASAS, M., «Comentario a los artículos 259 a 273 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1976, se trata de una interpretación que conduce al absurdo.

(119) PAU PEDRÓN, A., «Comentario al artículo 271.4 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 570.

sostenga temerariamente un pleito, con el consiguiente perjuicio para el menor o incapacitado, del que habrá de ser en todo caso responsable el tutor, si existe precisamente temeridad en las actuaciones procesales o se lleven a cabo son autorización judicial. El Juez, en consecuencia, habrá de valorar el riesgo que para el patrimonio del tutelado supone al tener que asumir los gastos procedentes de las costas judiciales de acuerdo con la conveniencia o utilidad de la iniciación del correspondiente procedimiento judicial (120). El artículo 271.6 se refiere a todas las acciones que se entablan en forma de demanda (121). De forma que, como señala la mayoría de la doctrina, no necesitará el tutor autorización judicial para promover causas criminales, entablar demandas en asuntos urgentes o de escasa cuantía, para interponer recursos de casación y apelación, para incoar cualquier otra cuestión jurídica que no exija la forma de demanda (por ejemplo, actos de jurisdicción voluntaria), ni para contestar demanda contra el menor o incapacitado (122).

Ahora bien, en el citado precepto se señala expresamente que el tutor no necesita autorización judicial para asuntos urgentes y de escasa cuantía. Se tratan de conceptos jurídicos indeterminados, que exigirán tener en cuenta respecto del primero, las circunstancias concretas del caso, y respecto del segundo el patrimonio del tutelado, correspondiendo su apreciación, como señala SANCHO REBULLIDA, en principio, al propio tutor, y su falta o ausencia a quien impugne la actuación, en definitiva, al juez le compete fiscalizar la actuación del tutor (123). En todo caso, escasa cuantía ha interpretarse de modo relativo, es decir, atendiendo a la fortuna del tutelado; de ahí que, se haya sugerido que, en vez del término cuantía debería haberse empleado la expresión importancia, puesto que, no todos los asuntos tienen una traducción patrimonial, en particular aquellos cuyo objeto son aspectos personales (por ejemplo, filiación, nulidad matrimonial, etc.) (124).

(120) PALOMINO DÍEZ, I., «El tutor: obligaciones y responsabilidad», *op. cit.*, pág. 432; CUENA CASAS, M., «Comentario a los artículos 259 a 275 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1976.

(121) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.ª, de 15 de enero de 2001 (*JUR* 2001/132120), necesidad de autorización judicial para acciones deslinde y reivindicatoria; la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.ª, de 23 de marzo de 2001 (*AC* 2001/1126); el Auto de la Audiencia Provincial de Soria, Sección única, de 31 de enero de 2003 (*JUR* 2003/75981); la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1.ª, de 7 de mayo de 2003 (*JUR* 2003/228941), respecto de la acción de resolución de un contrato de arrendamiento por expiración del plazo, y subsidiariamente, desahucio por impago de la renta; el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21.ª, de 3 de marzo de 2009 (*JUR* 2009/236843) sobre procedimiento plenario; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1.ª, de 27 de mayo de 2009 (*JUR* 2009/291194), sobre la acción de resolución del contrato de arrendamiento por expiración del plazo, y subsidiariamente, desahucio por impago de la renta.

(122) PAU PEDRÓN, A., «Comentario al artículo 271.3 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 573; GIL RODRIGUEZ, J., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 805; CUENA CASAS, M., «Comentario a los artículos 259 a 275 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1977; ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 431; PALOMINO DÍEZ, I., «El tutor: obligaciones y responsabilidad», *op. cit.*, pág. 432. Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, de 30 de diciembre de 2000 (*JUR* 2001/96537), se trata de un juicio de escasa cuantía; igualmente, en el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2.ª, de 23 de noviembre de 2004 (*JUR* 2005/68701), no se necesita autorización judicial al tratarse de un procedimiento cuya cuantía no supera la prevista para el juicio verbal.

(123) SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO, «El nuevo régimen de familia», *op. cit.*, pág. 126.

(124) ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 431. PAU PEDRÓN, A., «Comentario al artículo 271.6 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 574.

En cuanto a urgencia, habría que plantearse en relación con acciones que se encuentran sometidas a plazos de prescripción muy breves, o cuando se trate de la adopción de medidas que no admiten demora, sin causas un grave perjuicio a los intereses del tutelado, o la pérdida de un derecho (por ejemplo, el ejercicio de un derecho de retracto) (125).

En cuanto al allanamiento a la demanda, para una parte de la doctrina al ser un acto de naturaleza dispositiva necesitará autorización judicial, pero no derivada del artículo 271.3, aplicado analógicamente, sino del apartado 1.º de dicho precepto, lo que significa que no afectará a todo allanamiento, sino únicamente al que recaiga sobre alguno de los bienes enumerados en el mismo (126); mientras para otra parte, se incluye el allanamiento dentro del artículo 271.9 del Código Civil, ya que puede implicar una disposición a título gratuito (127).

Del tenor literal del citado precepto parece exigirse únicamente autorización judicial para entablar demandas, y habría que añadir también la reconvencción —que tiene naturaleza distinta que la contestación de la demanda para la que no se necesita autorización judicial—, ya que, la misma implica una demanda contra el actor inicial que convierte al demandado en demandante; y, además, en nuestro Derecho no se exige que, el objeto de la reconvencción coincida con el de la demanda originaria (128).

3.7. Para ceder bienes en arrendamientos por tiempo superior a seis años. La redacción del actual número 7 del artículo 271 del Código Civil ha venido a sustituir, tras la reforma por Ley Orgánica 1/1996, y la que con carácter general, tuvo lugar en la materia de arrendamientos urbanos con la reforma por Ley 29/1994, de 24 de noviembre, y la de arrendamientos rústicos con la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias —mantenida en reformas sucesivas—, que vinieron a derogar la prórroga forzosa, al que el antiguo artículo 272.4 hacía referencia, cuando exigía autorización judicial para los arrendamientos sujetos a prórroga forzosa.

En la actualidad, el artículo 9 de la Ley de Arrendamientos Urbanos 29/1994, ha suprimido la prórroga forzosa, estableciendo para el arrendamiento para uso de vivienda que la duración será la que libremente pacten las partes; si fuera menor de cinco años, llegado el día del vencimiento, se prorrogará automáticamente por plazos anuales hasta que alcance la duración mínima de cinco años. Por lo que se refiere a los arrendamientos rústicos contenida su regulación en la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, modificada parcialmente por la Ley 25/2005, de 30 de noviembre, dispone en su artículo 12.1 que la duración mínima para el arrendamiento es de cinco años. Por otra parte, el artículo 9.4 de la citada Ley permite que el menor cuyas fincas o explotaciones hayan sido arrendadas por su tutor, pueda poner fin al contrato de arrendamiento una vez emancipado, siempre que hay transcurrido la duración mínima que indica el artículo 12, comunicándolo al arrendatario en

(125) ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 431.

(126) PAU PEDRÓN, A., «Comentario al artículo 271.3 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 574.

(127) EGEA FERNÁNDEZ, J., «El mecanismo de la representación legal en la Ley de 24 de octubre de 1983, de reforma del Código Civil en materia de tutela», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1986, pág. 78. Para GIL RODRÍGUEZ, J., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 805, el allanamiento que ha de quedar sujeto en razón de su naturaleza e implicaciones, sea como renuncia de un derecho o pretensión procesal, sea por su proximidad a la transacción, sea, en fin, por su naturaleza «dispositiva».

(128) PAU PEDRÓN, A., «Comentario al artículo 271.3 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 573-574; GIL RODRÍGUEZ, J., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 805.

el plazo de seis meses desde que alcanzó dicho estado, o, en su caso, desde que falte un año para que se cumpla el plazo mínimo de duración (129).

Suprimida, pues, la prórroga forzosa en la LAU de 1994, y en la LAR de 2003, es normal que se exija autorización judicial para aquellos arrendamientos de bienes que superen los seis años, pues, rebasan la naturaleza de simples actos de administración, para resultar más cercanos a los de disposición (130). Por tanto, el tutor podrá otorgar contratos de arrendamiento de bienes de su tutelado, sin la preceptiva autorización judicial, cuando el plazo de duración de los mismos no exceda de seis años (art. 1548 del CC) —aunque hubiera resultado más acorde con la legislación especial haber fijado el límite en cinco años—; para los que excedan de dicho plazo de seis años deberá recabar el tutor la previa autorización judicial.

3.8. Para dar y tomar dinero a préstamo. El artículo 271.8 coincide con el antiguo artículo 269.9. El ámbito objetivo del citado precepto determina que solo se refiere al préstamo de dinero, no a mutuos que recaigan sobre cosa fungible distinta del dinero, ni sobre préstamos diferentes del mutuo, como el comodato o precario. Se suscita la cuestión acerca de los negocios jurídicos distintos del préstamo de dinero, cuya finalidad económica coincide con la de este, como la apertura de una cuenta corriente de crédito, para los que algunos autores estiman también necesaria la autorización judicial (131). En todo caso, dar dinero a préstamo es bien distinto de invertir dinero racionalmente, y de conformidad con la diligencia de un buen padre de familia y de comprar, actos para los que el tutor no precisa de autorización judicial (132).

Aunque el tenor literal de la norma parece abarcar tanto los casos en los que el tutor actúa como prestamista como cuando actúa como prestatario del menor; sin embargo, para GIL RODRÍGUEZ este supuesto entraría más bien en el artículo 221.2 que prohíbe cualquier especie de «autocontrato»; de forma que, es obligado entender que la exigencia de autorización judicial previa y la permisión consiguiente de celebrar contratos de préstamo, «se ciñe a aquellos en que un tercero es el prestamista o prestatario, y la contraparte el representante del pupilo» (133).

Finalmente, el tutor necesitará también autorización judicial para alterar las condiciones del préstamo ya celebrado, sin hacer distinción entre el carácter esencial o no de tales modificaciones, al entender que la modificación del contrato primitivo supone algo parecido a la celebración de uno nuevo con el mismo objeto (134). En esta línea, PAU PEDRÓN, estima que «tampoco cabe diferenciar entre

(129) GARCÍA CANTERO, G., *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos*. VV.AA., Dykinson, Madrid, 2004, pág. 141, se muestra partidario de aplicar analógicamente este artículo 9.3 a los mayores de edad incapacitados que recobren la capacidad y respecto de los cuales quede sin efecto la incapacidad.

(130) ORDÁS ALONSO, M. A., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 432. Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de marzo de 1987 (*RJ* 1987/1839).

(131) PAU PEDRÓN, A., «Comentario al artículo 271.5 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 581. Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4.ª, de 12 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003/91363).

(132) PALOMINO DIEZ, I., «El tutor: obligaciones y responsabilidad», *op. cit.*, pág. 439.

(133) GIL RODRÍGUEZ, J., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 806.

(134) CANO TELLO, C. A., «La nueva regulación de la tutela e instituciones afines», *op. cit.*, pág. 75; GIL RODRÍGUEZ, J., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 806; LEÑA FERNÁNDEZ, R., «El notario y la protección del discapacitado», *op. cit.*, pág. 167.

novación extintiva y novación meramente modificativa, de tal modo que la exigencia de autorización recayera sobre la primera —por implicar la celebración de un nuevo contrato de préstamo dinerario, o, más exactamente, una nueva obligación de restituir—, y no alcanzase a la segunda —por tratarse de una alteración de elementos o circunstancias no esenciales del primitivo contrato—, pues la diferenciación entre circunstancias esenciales o no esenciales, determinantes de la eficacia extintiva o modificativa de la novación, no puede considerarse decisiva a efectos de autorización: piénsese en una variación del *quantum* debido, que la doctrina considera de eficacia simplemente modificativa, pero que no se puede sustraer del control judicial» (135).

3.9. Para disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado (art. 271.9). El fundamento de la necesaria autorización judicial en estos casos reside en que esta actuación no conlleva contraprestación, y compromete el patrimonio del tutelado, pues, sale un bien del mismo, sin entrar otro (136).

Los actos a título gratuito pueden ser realizados por el tutor, si bien se subordinan a la correspondiente autorización judicial, a salvo la prohibición contenida en el número 1 del artículo 221 del Código Civil, donde el tutor no puede disponer a título gratuito bienes del pupilo a su favor. Se trata de actos a título gratuito, sea cual fuera su objeto, sin que se limiten los bienes sobre los que no se puede disponer libremente. De forma que, la autorización judicial no solo afecta a la donación, sino también a cualquier negocio jurídico con causa gratuita, quedando comprendido en la regla general del precepto las donaciones por razón del matrimonio a que se refiere el artículo 1338 del Código Civil (137).

No hace falta autorización judicial, a lo sumo una mera comunicación al Juez, respecto de los actos de liberalidad de pequeña importancia en relación con la fortuna y medios del menor o incapacitado (138).

3.10. Para ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra él, o adquirir a título oneroso los créditos de tercero contra el tutelado. El artículo 271.10 constituye una novedad de la reforma de 1983, y con ello se trata de evitar en palabras de PAU PEDRÓN, el posible fraude al tutelado (139). Se alude en este precepto a dos supuestos, siguiendo al citado autor: 1. Cesión a terceros de créditos que el tutelado tenga contra el pupilo. La maquinación fraudulenta reside en que el tutor cede a un tercero un crédito que ostenta el pupilo contra él, acordando el tercero un bajo precio para la cesión, y pagando luego el tutor esa pequeña suma al tercero; 2. La adquisición a título oneroso de los créditos de terceros contra

(135) PAU PEDRÓN, A., «Comentario al artículo 271.5 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 581.

(136) AMORÓS GUARDIOLA, M., «Comentario al artículo 271.6 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 582; CUENA CASAS, M., «Comentario a los artículos 259 a 275 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1980. Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2.ª, de 14 de diciembre de 2000 (*JUR* 2001/94490), y el Auto de la Audiencia Provincial de León, Sección 3.ª, de 11 de julio de 2008 (*JUR* 2008/344759).

(137) CANO TELLO, C. A., «La nueva regulación de la tutela e instituciones afines», *op. cit.*, pág. 76; GIL RODRÍGUEZ, J., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 806; AMORÓS GUARDIOLA, M., «Comentario al artículo 271.6 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 583; CUENA CASAS, M., «Comentario a los artículos 259 a 275 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 1980-1981.

(138) Así lo apunta SANTOS URBANEJA, F., «Control de la tutela», en *Jurisdicción Voluntaria*, Cuadernos de Derecho Judicial, director: Bienvenido GONZÁLEZ POVEDA, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pág. 507.

(139) PAU PEDRÓN, A., «Comentario al artículo 271.7 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 585; ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 433.

el tutelado. En este supuesto, la maquinación fraudulenta consiste en que el tutor adquiere a bajo precio el crédito de un tercero contra el tutelado, y lo cobra luego en toda su integridad (140). Se trata de un supuesto diferente, como advierte VENTOSO ESCRIBANO al del artículo 1459 del Código Civil, que contempla un caso de autocontrato, mientras que el artículo 271.10 recoge un supuesto de contrato con tercero (141). En todo caso, con lo que si guarda cierta semejanza, como precisa PAU PEDRÓN, es con el artículo 1535 del Código Civil (142).

3.11. Partición de la herencia y la división de la cosa común. El artículo 272 del Código Civil dispone que: «*no necesitarán autorización judicial la partición de la herencia, ni la división de la cosa común realizadas por el tutor, pero una vez practicadas requerirán aprobación judicial*». La redacción de este precepto es consecuencia de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/1996, que en su Disposición Final decimoctava que da un nuevo tratamiento a la partición de la herencia y a la división de la cosa común realizadas por el tutor, modificando el número 4 del artículo 271, que venía a reproducir sustancialmente lo dispuesto en su redacción anterior a la reforma de 1983 por el artículo 269.7 (143), en el que se exigía autorización judicial previa para la partición y la división de la cosa común, además de la aprobación judicial de tal partición o división, una vez practicadas. Se fundamentaba este doble control judicial en la necesidad de evitar que el tutelado sufriera algún perjuicio consecuencia de la partición o división de la cosa común. Con la actual regulación, se exime de la necesidad de autorización judicial a la partición de la herencia y la división de la cosa común, no así de la aprobación judicial, una vez practicadas (144). Por su parte, el artículo 1060.1 del Código Civil señala que «*cuando los menores o incapacitados estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial*», resultando aplicable este precepto en sede de patria potestad; pues, como ya hacía la doctrina con anterioridad a la reforma del artículo 272 del Código Civil por Ley Orgánica 1/1996, con relación al artículo 271.4, para resolver esta contradicción, era considerar que, estamos ante norma especial y preferente de aplicación en la tutela; lo que se mantiene respecto del citado artículo 272 (145).

Finalmente, también se ha resuelto la cuestión que se había planteado, y que dio lugar a la Circular de la Fiscalía General del Estado, de 25 de abril de 1985, sobre si cuando un heredero sujeto a tutela debido a la existencia de un conflicto de intereses con su tutor, era representado por un defensor judicial en una partición hereditaria, una vez hecha la partición necesitaba o no de aprobación judicial, pues, la Ley Orgánica 1/1996, ha añadido un nuevo párrafo

(140) PAU PEDRÓN, A., «Comentario al artículo 271.7 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 585.

(141) VENTOSO ESCRIBANO, A., «La reforma de la tutela», *op. cit.*, pág. 107.

(142) PAU PEDRÓN, A., «Comentario al artículo 271.7 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 585.

(143) Se exigía autorización del Consejo de Familia, vid., la Resolución de la DGRN de 30 de octubre de 1943 (*RJ* 1943/1160).

(144) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de marzo de 1996 (*RJ* 1996/2175); y las Resoluciones de la DGRN, de 6 de noviembre de 2002 (La Ley 1152/2003); de 14 de septiembre de 2004 (La Ley 2536/2004), y de 4 de junio de 2009 (La Ley 104355/2009).

(145) GIL RODRÍGUEZ, J., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 802; AMORÓS GUARDIOLA, M., «Comentario al artículo 271.4 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 564; CANO TELLO, C. A., «La nueva regulación de la tutela e instituciones afines», *op. cit.*, pág. 68; LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 395; CUENA CASAS, M., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1982.

al artículo 1060, en el que se concreta la obligación del defensor de obtener la aprobación judicial en este supuesto, salvo que el Juez disponga otra cosa.

En cuanto a la eficacia de los actos realizados sin la correspondiente autorización judicial será objeto de otro estudio específico, de ahí que, remitimos al mismo para su tratamiento, no sin dejar de mencionar que, la doctrina tradicional se inclina por considerar que estamos ante un acto nulo de pleno derecho, por ser contrario a una norma imperativa (art. 6.3 del CC) (146). Respecto al procedimiento para obtener la correspondiente autorización judicial, simplemente mencionar que el artículo 273 del Código Civil dispone que el Juez dará audiencia al Ministerio Fiscal, al tutelado, si fuera mayor de doce años, o lo considera oportuno, a la par que recabará todos los informes que le sean solicitados, ya sea por el tutor, por el pupilo, o por el Ministerio Fiscal, así como los que estime oportunos.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho Civil*, T. IV, *Derecho de Familia*, Edisofer, Madrid, 20007.
- AMORÓS GUARDIOLA, M.: «Comentario a los artículos 271, 271.2 y 4, y 272.4 y 6 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, coordinadores: Manuel AMORÓS GUARDIOLA y Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, vol. I, Tecnos, Madrid, 1986.
- CUENA CASAS, M.: «Comentarios al artículo 259 a 275 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.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS: A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, undécima edición, Tecnos, Madrid, 2005.
- GIL RODRÍGUEZ, J.: «Comentario a los artículos 270 a 273 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dirigidos por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y Pablo SALVADOR CORDECH, T. I, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- GÓMEZ LAPLAZA, C.: «Comentario a los artículos 259 a 270 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, coordinadores: Manuel AMORÓS GUARDIOLA y Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, vol. I, Tecnos, Madrid, 1986.
- GÓMEZ-OLIVEROS, J. M.^a: «Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, T. LVII, 1984.
- GÓNZÁLEZ LALAGUNA, M.: «Bienes de menores y Registro de la Propiedad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXI, núm. 570, septiembre-octubre de 1985.
- HUALDE SÁNCHEZ, J. J.: *Comentario del Código Civil*, dirigidos por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE

(146) GIL RODRÍGUEZ, J., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 799; GARCÍA CANTERO, G., «El nuevo régimen jurídico de la tutela», *op. cit.*, pág. 495; SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 646, entre otros. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de mayo de 1997 (RJ 1997/4234); de 8 de julio de 2010 (La Ley 157550/2010), y de 23 de septiembre de 2010 (La Ley 157549/2010); y el Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4.ª, de 22 de septiembre de 2005 (JUR 2005/242769).

- DE LEÓN, y Pablo SALVADOR CORDECH, T. I, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid 1991.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., y cols.: *Elementos de Derecho Civil*, T. IV, *Familia*, 4.^a ed. revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, Dykinson, Madrid, 2010.
- LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil*, T. VI, *Derecho de Familia*, 9.^a ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2010.
- LETE DEL RÍO, J. M.: «Comentario a los artículos 270 a 273 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. IV, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, 2.^a ed., Edersa, Madrid, 1985.
- LEÑA FERNÁNDEZ, R.: *El notario y la protección del discapacitado*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1997.
- ORDÁS ALONSO, M.: «Comentario a los artículos 259 a 275 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coordinador: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 3.^a ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2009.
- PALOMINO DÍEZ, I.: *El tutor: obligaciones y responsabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- PAU PEDRÓN, A.: «Comentario al artículo 271.1, 3, 5 y 7 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, coordinadores: Manuel AMORÓS GUARDIOLA y Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, vol. I, Tecnos, Madrid, 1986.
- «La capacidad en los negocios sobre inmuebles», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 632, año LXXII, enero-febrero de 1996.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á.: *Curso de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia*, coordinador: Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Colex, Madrid, 2008.
- RIVERA FERNÁNDEZ, M.: «Anotaciones a la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica al menor», en *Revista General del Derecho*, junio de 1996.
- SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO: *El nuevo régimen de la familia*, III, *Tutela e instituciones tutelares*, Civitas, Madrid, 1984.
- SERRANO ALONSO, E.: «Comentarios a los artículos 269 a 273 del Código Civil», en *Comentarios del Código Civil*, coordinador: Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA, T. II, Bosch, Barcelona, 2000.
- SERRANO FERNÁNDEZ, M.: «Comentario a los artículos 269 a 273 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, director: Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, Lex Nova, Valladolid, 2010.
- VENTOSO ESCRIBANO, A.: *La reforma de la tutela*, Colex, Madrid 1985.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, de 4 de octubre de 1984.
- STS, Sala de lo Civil, de 22 de julio de 1993.
- RDGRN de 19 de enero de 1936.
- RDGRN de 9 de enero de 2004.
- RDGRN de 14 de octubre de 2005.
- RDGRN de 30 de mayo de 2006.
- RDGRN de 12 de diciembre de 2007.
- RDGRN de 2 de junio de 2010.
- RDGRN de 17 de enero de 2011.
- AAP de Vizcaya, Sección 3.^a, de 19 de octubre de 1999.
- AAP de Huesca, Sección única, de 12 de abril de 2000.
- AAP de La Rioja, de 31 de julio de 2001.
- AAP de Madrid, Sección 22.^a, de 9 de julio de 2002.

AAP de Granada, Sección 3.^a, de 15 de abril de 2003.
AAP de León, Sección 3.^a, de 20 de enero de 2004.
AAP de Jaén, Sección 3.^a, de 28 de marzo de 2005.
AAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 1 de junio de 2006.
AAP de Ciudad Real, Sección 1.^a, de 13 de junio de 2006.
AAP de Madrid, Sección 24.^a, de 5 de octubre de 2006.
AAP de Las Palmas, Sección 5.^a, de 15 de febrero de 2007.
AAP de Badajoz, Sección 3.^a, de 22 de junio de 2007.
AAP de Girona, Sección 2.^a, de 26 de septiembre de 2007.
AAP de Murcia, Sección 3.^a, de 9 de enero de 2008.
AAP de Madrid, Sección 22.^a, de 8 de julio de 2008.
AAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 20 de octubre de 2008.
AAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 7 de mayo de 2009.
AAP de Pontevedra, Sección 1.^a, de 27 de mayo de 2009.
AAP de Jaén, Sección 3.^a, de 19 de marzo de 2010.
AAP de Valladolid, Sección 1.^a, de 12 de abril de 2010.
AAP de Ciudad Real, Sección 2.^a, de 11 de enero de 2011.

RESUMEN

*TUTELA. REPRESENTANTE LEGAL
ADMINISTRACIÓN DE BIENES
AUTORIZACIÓN JUDICIAL*

El tutor es el representante legal y administrador de los bienes del tutelado con la diligencia de un buen padre de familia. En el ejercicio de estas funciones y atendiendo al sistema de tutela de autoridad que se consagra en la reforma por Ley 13/1983, de 24 de octubre, la intervención judicial tiene lugar en calidad de órgano de control y se materializa a través de diversos instrumentos establecidos en el Código Civil, como la exigencia de autorización judicial para la realización de determinados actos o negocios contenidos en los artículos 271 a 273 del citado cuerpo legal, de los que nos ocuparemos en el presente estudio, y, que han de ser objeto de una interpretación restrictiva, y de cierta flexibilidad en su aplicación y alcance.

ABSTRACT

*GUARDIANSHIP.
LEGAL REPRESENTATIVE
ESTATE ADMINISTRATION
COURT AUTHORIZATION*

A guardian is the legal representative of his or her ward and the duly diligent administrator of the ward's estate. Courts, in their capacity as supervisory authorities, check on guardians' performance of their functions, under the system of protection of authority laid down in the legislative reform enacted under Act 13/1983 of 24 October. Court supervision is embodied in a number of instruments established in the Civil Code, such as the requirement of court authorization in order to perform certain legal or other acts under articles 271 to 273 of the Civil Code. This paper deals with such instruments, which ought to be interpreted in a restrictive sense, with a certain amount of flexibility in their application and scope.

ACTUALIDAD JURISPRUDENCIAL DE LAS DONACIONES
PROPTER NUPTIAS

por

MARIA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
Profesora Contratada Doctora.
Derecho Civil. UCM

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: EL MATRIMONIO: CAUSA DE LA LIBERALIDAD.—II. CONTENIDO: A) NATURALEZA JURÍDICA DE BIEN PRIVATIVO. B) ACEPTACIÓN. C) EFECTOS DE LA DONACIÓN. D) CADUCIDAD DE LA DONACIÓN *PROPTER NUPTIAS*. E) DERECHO FORAL: 1. *Derecho catalán*. 2. *Derecho gallego*.—III. REVOCACIÓN DE LA DONACIÓN.—IV. DONACIONES *PROPTER NUPTIAS* REALIZADAS POR MENOR.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES ANALIZADAS (POR ORDEN CRONOLÓGICO).—VII. LEGISLACIÓN CITADA.

I. INTRODUCCIÓN: EL MATRIMONIO: CAUSA DE LA LIBERALIDAD

Las donaciones por razón de matrimonio, siguiendo los términos empleados por el Código Civil, son las que cualquier persona hace, antes de celebrarse, en consideración al mismo y en favor de uno o de los dos esposos (art. 1336 CC) (1). Algunos autores establecen cierto paralelismo con la dote (2).

La cuestión a dilucidar se centra en que este tipo de donaciones «nunca pueden calificarse como bienes gananciales (arts. 1344 y 1345 CC), y así lo establece el artículo 1339 al decir que “los bienes donados conjuntamente a los esposos pertenecerán a ambos en *pro indiviso* ordinario y por partes iguales, salvo que el donante haya dispuesto otra cosa”». Y ello obliga a determinar si los indicados regalos son bienes privativos de la recurrente o si, por el contrario, existe sobre ellos un *pro indiviso* entre recurrente y recurrido (3).

A fin de determinar la propiedad de los bienes, objeto de donación, hay que seguir el resultado de las pruebas (4).

(1) *Son donaciones por razón de matrimonio las que cualquier persona hace, antes de celebrarse, en consideración al mismo y en favor de uno o de los dos esposos.*

(2) Puede comprobarse que entre estas donaciones *propter nuptias* y la dote existe cierto paralelismo (la dote: institución tradicional conocida desde el antiguo Derecho romano, consistió en la aportación de un patrimonio por parte de la mujer, o que realizaban otras personas por cuenta de ella —fundamentalmente sus padres— con la finalidad de constituir un fondo patrimonial de garantía a los efectos del levantamiento de las cargas matrimoniales (vid. LLAMAS POMBO, E., y ROMÁN GARCÍA, A., «Eficacia de los regímenes económicos matrimoniales: tipicidad y atipicidad en el establecimiento de los pactos» en *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, Editorial LA LEY, Madrid, diciembre de 2006).

(3) STS Sala Primera, de lo Civil, de 30 de enero de 2004, recurso 645/1998. Ponente: Pedro GONZÁLEZ POVEDA. Número de sentencia: 15/2004. Número de recurso: 645/1998. LA LEY 593/2004.

(4) «Las pruebas aportadas a los autos acreditan que tales regalos fueron hechos exclusivamente a la esposa y no conjuntamente a ambos futuros contrayentes, pues no existe

También el Código concreta el supuesto de donación de bienes presentes pensando en la futura boda (5). Pudiendo hacerse la donación *antes del matrimonio en capitulaciones de bienes futuros, solo para el caso de muerte, y en la medida marcada por las disposiciones referentes a la sucesión testada.*

II. CONTENIDO

A) NATURALEZA JURÍDICA DE BIEN PRIVATIVO

Este tipo de donaciones puede hacerse a favor de uno (6) o de los dos esposos, perteneciendo a ambos en *pro indiviso* los bienes donados cuando la donación se hiciera conjuntamente a los mismos, salvo que el donante haya dispuesto otra cosa (art. 1339 CC) (7). Ocurre lo mismo con los regalos de boda que tienen esa consideración de donaciones *propter nuptias* (8).

Posteriormente, tras comprobar que el acto de liberalidad se produjo, y que se realizó en favor de uno de ellos, es posible imputar lo donado a la legítima de la donataria (9).

en autos prueba alguna que permita afirmar esa donación conjunta a ambos. Por tanto debe declararse la propiedad exclusiva de la recurrente sobre los repetidos regalos que se relacionan en el fundamento jurídico décimo de la sentencia recurrida».

(5) Artículo 1341. *Por razón de matrimonio los futuros esposos podrán donarse bienes presentes.*

(6) STS Sala Primera, de lo Civil, de 30 de enero de 2004, recurso 645/1998. Ponente: Pedro GONZÁLEZ POVEDA. Número de sentencia: 15/2004. Número de recurso: 645/1998. LA LEY 593/2004. «Al contrario, se equivoca la Sala de instancia cuando atribuye a los regalos de boda cuestionados la condición de bienes gananciales en virtud de la presunción de ganancialidad que establece el artículo 1361 del Código Civil. *Tales regalos constituyen donaciones por razón de matrimonio de acuerdo con el concepto que de las mismas da el artículo 1336 del Código Civil, donaciones que por realizarse “antes de celebrarse” el matrimonio, nunca pueden calificarse como bienes gananciales* (arts. 1344 y 1345 CC), y así lo establece el artículo 1339 al decir que “los bienes donados conjuntamente a los esposos pertenecerán a ambos en *pro indiviso* ordinario y por partes iguales, salvo que el donante haya dispuesto otra cosa”».

(7) SAP de Madrid, Sección 21.ª, de 28 de abril de 2009, recurso 17/2007. Ponente: Guillermo RIPOLL OLAZÁBAL. Número de sentencia: 176/2009. Número de recurso: 17/2007. LA LEY 341394/2009. De los muebles reclamados por la actora, el demandado admitió tener en su poder las correspondientes facturas... Respecto a estos objetos, la sentencia impugnada entendió que habían sido adquiridos por los padres de la actora y donados por razón de matrimonio a ambos litigantes, por lo que pertenecían a los mismos *pro indiviso*, y en su virtud se declara que la demandante es propietaria *pro indiviso* de los señalados bienes, valorados en un total de 23.215,27 euros, condenando al demandado a entregar la mitad de los mismos, y en el caso de que no fuera posible la entrega o existiera discrepancia entre las partes sobre los bienes a entregar, a abonar 11.607,63 euros, la mitad de su valoración, más intereses.

(8) SAP de A Coruña, Sección 4.ª, de 10 de julio de 2008, recurso 401/2008. Ponente: José Luis SEOANE SPIEGELBERG. Número de sentencia: 337/2008. Número de recurso: 401/2008. LA LEY 154026/2008. «Ahora bien, en relación con los regalos de boda, no sería de aplicación el mentado artículo 1353, pues nos hallamos ante una donación por razón del matrimonio. A esta clase de actos de liberalidad se refiere la STS de 30 de enero de 2004, ya citado.

(9) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 24 de febrero de 1986. Ponente: Rafael CASARES CÓRDOBA. LA LEY 792/1986. Séptimo. La sentencia de primera instancia afirma que el piso que el causante donó a su hija fue un acto de liberalidad a favor de esta «al contraer matrimonio», constituye una verdadera donación *ob causam*, lo que implica su imputabilidad a la

Las RRDGRN de 6 de junio de 2007 y de 22 de junio de 2006 señalan que los desplazamientos patrimoniales derivados de pactos extracapitulares de ganancialidad, como el supuesto de las donaciones *propter nuptias*, sin necesidad de mayores especificaciones respecto del elemento causal del negocio participan de justa causa» (10). Son convenciones que participan de la misma *iusta causa traditionis*, justificativa del desplazamiento patrimonial *ad sustinenda oneri matrimonii...*» (11).

B) ACEPTACIÓN

El artículo 1261 del Código Civil manifestó, como requisito esencial, que el consentimiento en la donación prenupcial se manifieste de la misma manera que en la donación común y cobra mayor —no total— plenitud de la tesis del

legítima de la donataria, conforme al párrafo 1.º del artículo 132 de la Compilación, lo que constituye una aseveración inaceptable, ya que la afirmación de donación simple sometida al párrafo 2.º de aquel artículo que el Juzgado y la Sala de apelación atribuyeron a dicha liberalidad se niega por el recurrente, manteniendo aquella otra naturaleza sin otro apoyo que el texto del considerando del Juzgado, que dice que la donación se hizo «al contraer matrimonio», expresión que, frente a la interpretación contraria con apoyo en la prueba practicada, no es necesariamente traducible por «donación por causa de matrimonio» o «en contemplación a determinado matrimonio», que sí forzaría la imputabilidad a la legítima que el recurrente postula.

(10) RDGRN de 6 de junio de 2007 (LA LEY 51448/2007) y RDGRN de 22 de junio de 2006 (LA LEY 70275/2006). Cabe entender que el desplazamiento patrimonial derivado del negocio jurídico de atribución de ganancialidad tiene una identidad causal propia que permite diferenciarlo de otros negocios jurídicos propiamente traslativos del dominio, como la compraventa, la permuta (el cónyuge que aporta no espera obtener un precio o otra contraprestación), o la donación (la aportación no se realiza por mera liberalidad). Por ello, se llega a afirmar que encuentran justificación en la denominada *causa matrimonii*, de la que, históricamente puede encontrarse algunas manifestaciones como la admisión de las donaciones *propter nuptias* de un consorte al otro —a pesar de la prohibición general de donaciones entre cónyuges—, o la antigua dote. Y es que, aun cuando no puedan confundirse la estipulación capitular y el pacto específico sobre un bien concreto, la misma causa que justifica la atribución patrimonial en caso de aportaciones realizadas mediante capitulaciones matrimoniales (STS de 26 de noviembre de 1993, según la cual: «Siendo los capítulos por su propia naturaleza actos jurídicos cuyo tratamiento es el de los onerosos, difícilmente podría ser impugnado como carente de causa»); y la Resolución de 21 de diciembre de 1998) debe considerarse suficiente para justificar los desplazamientos patrimoniales derivados de pactos extracapitulares de ganancialidad, sin necesidad de mayores especificaciones respecto del elemento causal del negocio.

(11) «...Como ha señalado la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de julio de 1991, “las convenciones sobre el régimen matrimonial no constituyen donaciones, ni siquiera si, como en la comunidad universal, implican desplazamientos sin correspectivo”. Y, según este concepto del pacto de ganancialidad, alcanza pleno significado la sentencia del Tribunal Supremo —Sala Tercera— de 2 de octubre de 2001, que en relación con la exención prevista por el artículo 45.I.B).3 del Real Decreto Legislativo 1/1993, regulador del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, diferencia nítidamente los “...actos en virtud de los cuales cada cónyuge adscribe un bien propio al régimen de administración, aprovechamiento y cargas inherente al régimen económico conyugal”, a los que se aplica la exención, de cualquier otra transmisión o donación efectuada entre cónyuges, que estima sometida a tributación ordinaria».

artículo 1337: *estas donaciones se rigen por las reglas ordinarias en cuanto no se modifiquen por los artículos siguientes* (12).

C) EFECTOS DE LA DONACIÓN

El efecto normal de la donación es la adquisición por el donatario (cónyuge o futuro cónyuge) de la propiedad o derecho transmitido.

En el caso de donación hecha de manera conjunta a marido y mujer sí se dará el derecho de acrecer (se entiende que si están en régimen de gananciales serán los bienes donados...).

Si la donación se hubiere hecho al donatario con la obligación de pagar las deudas del donante, solo se entenderá aquel obligado a pagar las contraídas antes.

D) CADUCIDAD DE LA DONACIÓN *PROPTER NUPTIAS*

El artículo 1342 establece que *quedarán sin efecto las donaciones por razón de matrimonio si no llegara a contraerse en el plazo de un año*.

En este sentido, la RDGRN, de 24 de noviembre de 1925 (13), resuelve no inscribir un documento porque del examen del Registro resulta que las fincas de que se trata aparecen registradas a favor de doña María, en virtud de donación *propter nuptias*, que le hicieron sus padres, estando subordinada la efectividad de la inscripción al hecho no justificado de que la donataria hubiese contraído matrimonio, o lo que es lo mismo, a una condición suspensiva. Y, además, porque la adjudicación que de los inmuebles descritos en el documento haya de hacerse en su día entraña una obligación futura de transmisión de dominio, que declara no inscribible el artículo 18 RH.

Igualmente la RDGRN, de 13 de mayo de 1936 (14), insiste en la necesidad de probar la realización del matrimonio como presupuesto de la condición suspensiva de la donación *propter nuptias* que le hicieron sus padres de varias fincas antes de la celebración del matrimonio. A fin de que esa expectativa conlleve a la conservación del derecho de propiedad de las mismas (15). Todo ello en base a que el artículo 16 LH, el cumplimiento o incumplimiento de las condiciones suspensivas se hará constar en el Registro por medio de una nota marginal, lo que debió practicarse para pretender la validez de la adjudicación pactada, tratándose de la celebración del matrimonio, por la presentación del documento adecuado, que conforme a lo establecido en el artículo 327 del Código Civil será

(12) Vid. MORENO ÁLVAREZ, Francisco Javier, «Sentido de un artículo sin sentido», en *Diario La Ley*, 1985, pág. 992, tomo 3, Editorial LA LEY. LA LEY 5924/2001.

(13) RDGRN de 24 de noviembre de 1925 (LA LEY 33/1925)

(14) RDGRN de 13 de mayo de 1936 (LA LEY 13/1936)

(15) Considerando en cuanto al primer defecto de la nota calificadora que al hallarse inscritas en el Registro de Pamplona las fincas de que se trata, a favor de doña María, en virtud de donación *propter nuptias* que le hicieron sus padres, la donataria aun antes de la celebración del matrimonio, aparece como titular de una expectativa con efectos provisionales que permite ejercitar acciones que miren a la conservación del derecho, susceptible como tal de protección jurídica y sobre la que son posibles actos de disposición, que no podrán alcanzar al derecho definitivo, porque a diferencia de lo que acontece en las obligaciones puras o sujetas a condición resolutoria, en las condiciones suspensivas es necesario el cumplimiento de la condición para alcanzar una adquisición perfecta.

el acta correspondiente del Registro del estado civil, pues la escritura de 5 de febrero de 1932, no obstante haber sido otorgada por la deudora con licencia de su marido, no sirve para el efecto indicado.

E) DERECHO FORAL

1. *Derecho catalán*

La Compilación de Derecho Foral de Cataluña, Ley 40/1960, de 21 de julio, regulaba las donaciones *propter nuptias* en los artículos 7 y 16, sus efectos se producían desde la celebración del matrimonio, siendo la forma más corriente de otorgamiento por la vía de capitulaciones matrimoniales (16).

Hoy la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (17), regula las donaciones por razón de matrimonio otorgadas fuera de capítulos matrimoniales, señalando en su artículo 231-27 que tanto las realizadas entre los contrayentes como las otorgadas por las personas por la misma razón se rigen por las reglas generales de las donaciones (18), salvo lo establecido por la presente sección (19). Teniendo en cuenta que las donaciones otorgadas fuera de capítulos pueden someterse a con-

(16) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 27 de abril de 1987. Ponente: Juan LATOUR BROTONS (LA LEY 89342-NS/0000). La conocida en el Derecho Foral catalán como donación *propter nuptias* o ante nupcias, y que algunos intérpretes equiparan al *escreix* o *esposalici*, es aquella que se hace en contemplación a un determinado matrimonio, produciéndose sus efectos desde la celebración del mismo, siendo la forma más corriente de otorgamiento por la vía de capitulaciones matrimoniales, y tanto los antiguos fueros como la Ley 40/1960, de 21 de julio (Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña) las califican de irrevocables, salvo, claro está, que así lo prevenga especialmente dicha Compilación, como se deduce del tenor literal de los artículos 7 y 16 de la misma.

(17) Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. DOGC de 5 de agosto de 2010. BOE de 21 de agosto de 2010. LA LEY 16567/2010.

(18) SAP de Barcelona, Sección 18.ª, de 6 de julio de 2001, recurso 972/2000. Ponente: José María BACHS ESTANY. Número de recurso: 972/2000. LA LEY 137023/2001: «las liberalidades de los respectivos familiares cesan, por lo general, cuando se extingue la convivencia y que no dejan de tener una consideración de cierto incentivo a la misma, siendo esas donaciones continuadas próximas por su finalidad pero *no por sus efectos a la naturaleza* de las *propter nuptias* que, en sentido propio (arts. 31 y sigs. CF), son siempre anteriores a su celebración, y estando afectadas en sentido lato por esa condición resolutoria, lo cierto es que carecen del elemento de estabilidad, seguridad y exigibilidad en su periodicidad y su continuidad que, aunque integran la disponibilidad de los esposos mientras se producen, no pueden ciertamente considerarse como integradoras del status matrimonial en cuanto escapan a la voluntad de los contrayentes que no pueden asegurar, merced a su voluntad de seguir conviviendo, que tales condiciones se seguirán produciendo, a diferencia de lo que sucede con los bienes y derechos propios, de cuyo disfrute inmediato son perfectos dueños y respecto de los cuales, la ruptura asumida voluntariamente produce la pérdida, al menos en uno de ellos, del disfrute completo del status económico anterior de forma necesaria».

(19) SAP de Barcelona, Sección 14.ª, de 5 de junio de 2000, recurso 1375/1998. Ponente: María del Carmen VIDAL MARTÍNEZ. Número de recurso: 1375/1998. LA LEY 115319/2000. El actor donó a la demandada, mediante escritura pública, la finca litigiosa durante su relación afectiva. La donación es pura y simple sin supeditación a contraer matrimonio y por tanto irrevocable. En la escritura pública no consta la vinculación a un futuro matrimonio por lo que su no celebración no anula la donación.

diciones y modos y si el bien donado está sujeto a carga o gravamen, el donante no está obligado a su correspondiente liberación (art. 231-28). También pueden revocarse (art. 231-29) por falta de celebración del matrimonio en el plazo de un año desde la donación (20); por declaración de nulidad del matrimonio, si el donatario es de mala fe y el donante es su cónyuge, por incumplimiento de cargas, y por ingratitud del donatario.

2. Derecho gallego

La LDCG (21) regula las donaciones *propter nuptias* en el Capítulo III del Título VII, *de las donaciones por razón de matrimonio* (arts. 175 a 179), siendo diferente su regulación a la del Código Civil (22). Por ejemplo:

- A la Ley gallega le es indiferente el momento de realizar la donación (con anterioridad o posterioridad al matrimonio) frente al Código Civil que se refiere a la anterioridad del mismo (23).

(20) SAP de Barcelona, Sección 14.^a, de 5 de junio de 2000, recurso 1418/1998. Ponente: María Eugenia ALEGRET BURGÚES. Número de recurso: 1418/1998. LA LEY 115318/2000. Las donaciones no fueron realizadas en razón al matrimonio del donante con la donataria al no constar que esta pudiese contraer matrimonio o que se hubiese realizado alguna gestión al efecto. No cabe la revocación de las donaciones por ser simples hechas aprovechando la ocasión del matrimonio (que luego no se llevó a cabo) y no siendo esta la razón de las mismas.

(21) Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia.

(22) Ramón P. RODRÍGUEZ MONTERO: «Panorama del Derecho de Personas y Familia en el Derecho Civil de Galicia», en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, año XXIV, Editorial LA LEY. LA LEY 1200/2003. Debido a las críticas que se han formulado en torno a esta regulación, «los miembros de la ponencia de la Sección Segunda han entendido la necesidad de establecer una nueva regulación de las donaciones por razón de matrimonio, indicando una serie de pautas que deberían ser tenidos en cuenta por el legislador gallego:

- Así, en primer lugar, se postula perfilar tal tipo de donaciones, aproximándolo al concepto de las mismas recogido en el Código Civil, por considerarlo técnicamente más idóneo, añadiendo la especialidad de que dichas donaciones también puedan realizarse una vez consumado el matrimonio.
- En segundo lugar, se solicita diferenciar claramente los efectos de las donaciones, distinguiendo cuando lo fueran de bienes presentes o futuros, determinando la adquisición inmediata de los mismos en el primer caso, y subordinando dicha adquisición al momento de la muerte del donante cuando se tratase de bienes futuros.
- En tercer lugar, se solicita que en la legislación gallega se contemple la posibilidad de modalizar dichas donaciones, sometiéndolas a condición.
- Asimismo, se insta al legislador gallego a realizar una adecuación de las donaciones por razón de matrimonio a la regla, establecida e incluida en el Código Civil tras la Reforma del año 1981, de que las donaciones de bienes realizadas a los dos cónyuges conjuntamente y sin especial designación de partes, tendrán la consideración de gananciales, con la condición de que la liberalidad otorgada fuese aceptada por ambos y en tanto el disponente no indicase lo contrario.
- Finalmente, en quinto lugar, se insta a realizar una regulación mucho más amplia y exhaustiva de las posibles causas de ineficacia de las donaciones llevadas a cabo por razón de matrimonio, distinguiendo al respecto, por una parte, supuestos de ineficacia absoluta, y, por otra, supuestos de ineficacia relativa».

(23) Artículo 175. Son donaciones por razón de matrimonio las que por causa de este cualquier persona haga en favor de alguno de los contrayentes, o de ambos, *antes o después de la celebración*.

- La LDCG permite que las donaciones por razón de matrimonio se puedan efectuar a favor de uno de los dos novios, o también, frente a lo dispuesto en el Código Civil, a favor de los esposos.
- Se permiten las donaciones por razón de matrimonio otorgadas por uno de los novios o cónyuges o por un tercero, tanto respecto de bienes presentes como futuros, y tanto para el caso de muerte como no, en el artículo 1341 del Código Civil solo se permite entre los futuros cónyuges la donación de bienes futuros (24).

Esta cuestión ha sido muy criticada por la posible equiparación de la donación de bienes presentes con la donación de bienes futuros, e incluso con las donaciones *mortis causa*, nada acertado, por entender que es necesario distinguirlas, tanto por lo que se refiere a su génesis como en cuanto a sus posibles efectos, indicando al respecto que las donaciones de bienes presentes son donaciones *inter vivos* normales, que, aunque causalizadas por el matrimonio, atribuyen la propiedad de lo donado, mientras que las donaciones de bienes futuros son pactos sucesorios, por lo cual y con tal motivo deben regirse por las normas aplicables a los mismos.

- Se posibilita que en tales donaciones puedan intervenir terceros en calidad de donantes (25).
- En cuanto a la posibilidad de revocar las donaciones por razón de matrimonio —irrevocables—, salvo pacto en contrario o incumplimiento de cargas impuestas al donatario con carácter esencial y expreso, según se prescribe en el artículo 115 LDCG, posibilidad inexistente en el Código Civil (26).

(24) Artículo 176. Las donaciones por razón de matrimonio podrán comprender bienes presentes o futuros. En el primer caso determinarán la adquisición inmediata de lo donado, aunque para que la donación de inmuebles sea válida habrá de hacerse en escritura pública. En el segundo caso, la adquisición se subordina a la muerte del donante, siendo el régimen de aplicación el de los pactos sucesorios contemplados en la presente Ley.

(25) Artículo 178. 1. Si la sociedad de gananciales fuera el régimen económico-matrimonial, los bienes *donados por razón de matrimonio a los cónyuges* conjuntamente y sin designación de partes tendrán carácter ganancial.

SAP de A Coruña, Sección 6.^a, de 28 de abril de 2009, recurso 99/2009. Ponente: Antonio PILLADO MONTERO. Número de sentencia: 223/2009. Número de recurso: 99/2009. LA LEY 69817/2009. Aparte de las dudas que suscita la existencia y cuantía de las supuestas entregas de dinero de los padres del apelante a los entonces cónyuges, igualmente dudoso resulta, de ser ciertas, el concepto en que se hicieron y, por tanto, la obligación de su devolución. Ha de tenerse en cuenta la legislación de Derecho Civil de Galicia respecto a las *donaciones por razón de matrimonio*. No puede uno de los ex-cónyuges imponer al otro, con motivo de la liquidación de la sociedad matrimonial, un reconocimiento de deuda a favor de terceros ajenos al litigio. Los supuestos acreedores pueden ejercitar sus derechos por el cauce de los artículos 1401 y 1402, en relación con los 1082 y siguientes del Código Civil.

2. Si la sociedad de gananciales no fuera el régimen económico-matrimonial, los bienes dados conjuntamente a los esposos pertenecen a ambos en *pro indiviso* ordinario y por partes iguales, salvo que el donante dispusiera otra cosa.

3. En todo caso, la liberalidad habrá de ser *aceptada* por ambos cónyuges.

(26) Artículo 180. Las donaciones por razón de matrimonio solo podrán ser revocadas por las causas siguientes:

- Se contempla la posibilidad de modalizar dichas donaciones, sometiéndolas a condición (27).
- Al igual que en el Código Civil se contempla la acción de caducidad de un año, y la ineficacia de la donación si el matrimonio no llega a contraerse en el plazo de un año, a contar desde el momento de la realización de la donación (28).

III. REVOCACIÓN DE LA DONACIÓN

El Código Civil recoge las causas tasadas de revocación de donaciones en el artículo 1343 refiriéndose, en primer lugar, a las causas comunes con la excepción de la *supervivencia o superveniencia de hijos* (29).

El precepto diferencia en dos párrafos si la donación se ha realizado por los contrayentes o por un tercero para concretar las causas de revocación.

Así pues, si la donación se ha realizado por alguno de los contrayentes, el incumplimiento de cargas se determina en: *la anulación del matrimonio si el donatario hubiere obrado de mala fe*. Y la ingratitude *se centrará en que el donatario incurra en causa de desheredación del artículo 855 o le sea imputable, según la sentencia, la causa de separación o divorcio*.

- Por incumplimiento de alguna de las cargas impuestas, siempre que el donante se reserve expresamente la facultad de revocarlas.
- En las realizadas por terceros, por la nulidad, separación o divorcio de los cónyuges, si los mismos bienes donados estuvieran en poder de los cónyuges.
- En las realizadas entre esposos cuando el donatario cometiera algún delito contra la persona del donante, sus ascendientes o descendientes.
- En cuanto fuera compatible con lo dispuesto en este artículo, el régimen jurídico de la revocación será el del incumplimiento de cargas previsto en materia de donaciones por el Código Civil.

(27) Artículo 177. Las donaciones por razón de matrimonio podrán someterse a condición.

(28) Artículo 179. Las donaciones por razón de matrimonio previas al mismo quedarán sin efecto si no llegara a contraerse en el plazo de un año.

(29) La RDGRN de 22 de marzo de 1939 (LA LEY 7/1939). Considerando que la institución así entendida tiene precedentes en el Código Civil, porque su artículo 664 admite la inoficiosidad de las donaciones *inter vivos* a consecuencia de la superveniencia de hijos legítimos, legitimados o naturales; en el Derecho navarro al suponerse aceptadas las donaciones *propter nuptias* por las personas por nacer que fuesen, hijos del matrimonio celebrado o por celebrar; en el Código Civil italiano, al declarar en su artículo 764 que se puede instituir heredero o legatario a quien resulte concebido en futuro, siempre que sea hijo inmediato (no nieto o ulterior descendiente) de persona que viva a la muerte del testador, que es precisamente el caso de este recurso, doctrina recogida y confirmada por el Proyecto de nuevo Código Civil italiano, y aun en el mismo Código Civil francés, al establecer como excepción en el artículo 906, párrafo segundo, «que el padre o un hermano que teman la prodigalidad de un deudo pueden legarle sus bienes con la carga de que sea para los hijos que deje a su muerte».

Considerando que declarada válida la adjudicación de bienes practicada se caería en la injusticia de constituir una desigualdad económica entre los hermanos existentes y los *nondum concepti* todos ellos hijos de los mismos matrimonios, solo por el hecho de haber nacido estos con posterioridad, y que cuando los primeros pudiesen subvenir ya a sus necesidades mediante su trabajo serían dueños también de unos bienes muy necesarios para la alimentación y educación de los que nacieran después.

En las otorgadas por terceros, el incumplimiento de cargas se basará en *la anulación del matrimonio por cualquier causa, la separación y el divorcio si al cónyuge donatario le fueren imputables, según la sentencia, los hechos que los causaron.*

Este tratamiento jurídico de las donaciones *propter nuptias*, heterogéneo y desconectado de la antigua reforma introducida por la Ley de 7 de julio de 1981, muestra las variaciones que en el régimen revocatorio se establecen entre las donaciones otorgadas por terceros y las dispuestas por los cónyuges (30).

El problema se plantea tras la publicación de la ley 15/2005, de 8 de julio, de modificación del Código Civil, que eliminó las causas de separación y divorcio, pero que no ha previsto la modificación del artículo objeto de estudio, el 1343, pues recordemos que en el nuevo sistema legal no pueden producirse separaciones ni divorcios imputables a uno de los cónyuges. Ya no existe la separación causal, el nuevo sistema se basa en la voluntad unilateral de uno de los cónyuges con el único requisito de que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio.

De modo que ya no habrá revocación de donaciones por separación o divorcio del cónyuge donatario ya que no habrá culpabilidad de nadie (párrafos 2 y 3 deberían quedar derogados por ley posterior) (31).

No hemos encontrado decisión judicial tras la Ley 15/2005, relativa a la revocación de donaciones *propter nuptias*, por lo que toda la jurisprudencia citada es anterior.

(30) LÓPEZ ALARCÓN, Mariano: «Efectos de las sentencias de nulidad, separación y divorcio: cuestiones particulares», en *Diario La Ley*, 1982, pág. 909, tomo 2, Editorial LA LEY.

(31) Según el precepto vigente del Código Civil podemos diferenciar entre:

- Revocación general por incumplimiento de cargas: La revocación de estas donaciones por incumplimiento de cargas (art. 647) tiene una regulación especial en el artículo 1343. En las otorgadas por terceros se reputará incumplimiento de cargas la anulación del matrimonio por cualquier causa, la separación y el divorcio, si al cónyuge donatario le fueran imputables, según la sentencia, los hechos causantes de la disociación conyugal judicialmente declarada. En las otorgadas por los contrayentes se reputará incumplimiento de cargas la anulación del matrimonio si el destinatario de la donación hubiera obrado de mala fe. Se estimará que hay ingratitud cuando al donatario le sea imputable, según la sentencia, la causa de separación o de divorcio.
- Revocación por nulidad del matrimonio: Se funda en incumplimiento de cargas, lo cual es lógico, pues el matrimonio no llegó a constituirse válidamente y no se cumple la condición básica de la donación *propter nuptias*. Cuando el donante es un tercero no se hace valer en ningún caso como limitación del derecho de revocar la posible circunstancia de que el matrimonio sea putativo, mientras que la donación entre cónyuges será revocable si el donatario hubiera obrado de mala fe, en base al principio *mala fides nocet* que opera entre cónyuges.
- La revocación por causa de separación o de divorcio. Se funda en el incumplimiento de cargas cuando la donación la hace un tercero, lo que contrasta con la definición que da el artículo 1336, según el cual, estas donaciones se hacen en consideración al matrimonio celebrado y no a la subsistencia del matrimonio ya celebrado.
- Ingratitud cuando sea imputable al donatario la causa de la separación o del divorcio, ya sea el donante un cónyuge o tercera persona.

Hasta ahora se consideraba que no habría incumplimiento de cargas, por ausencia de imputabilidad, en las causas de separación y de divorcio que constituyen supuestos de ruptura, sin inculpación del cónyuge. En la separación por mutuo acuerdo los cónyuges podrían estipular lo concerniente a donaciones por razón del matrimonio, dentro del amplio marco que permite el artículo 90 del Código.

Tras la Ley 15/2005 sigue sin haber ingratitud porque no hay sistema de culpabilidad.

Para este tipo especial de donaciones se establece un procedimiento especial de revocación basado en la necesidad de ejercitar *la acción de revocación no siendo suficiente la notificación notarial* (32). Dado el principio fundamental

(32) STSJ de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, de 3 de octubre de 2000, recurso 18/2000. Ponente: José Antonio ÁLVAREZ CAPEROCHIPI. Número de sentencia: 3/2000. Número de recurso: 18/2000. LA LEY 176814/2000. El demandado realizó una donación *propter nuptias* a favor de la actora. Después de que los litigantes contrajeran matrimonio, el esposo otorgó escritura de revocación extrajudicial de la donación. La revocación de la donación litigiosa exige el ejercicio de una acción de revocación, sin que pueda considerarse suficiente la notificación notarial efectuada. Dado el principio fundamental de irrevocabilidad de las donaciones, su revocación exige la prueba rigurosa de una causa de desheredación o la imputabilidad de la causa de la separación o divorcio, requisitos que no concurren en el caso de autos.

...El esposo y demandado, otorgó escritura de revocación extrajudicial de la donación referida, por abandono injustificado del hogar familiar; lo que constituía, a su parecer, conforme a la Ley 76 de la Compilación Foral de Navarra, causa de revocación. Expresando la esposa y demandante, en escritura posterior de 16 de mayo de 1994, el rechazo de tal revocación por no concurrir a su parecer las circunstancias de la ley 76. ...la sentencia recurrida razona debidamente que el abandono del domicilio conyugal no entraña imputabilidad en términos de culpabilidad para la revocación de la donación efectuada, calificando de argumento formal la alegación exclusiva en este punto del artículo 105 del Código Civil, concluyendo que «el abandono de hogar justificado no entraña causa de separación».

Sin embargo, por el principio de irrevocabilidad de las donaciones (Leyes 161, 118 FNN), la eficacia de la revocación no se funda en la voluntad unilateral del donante (revocación extrajudicial), sino en la constatación formal y pública de una causa de revocación, lo que presupone ordinariamente el ejercicio de una acción judicial de revocación por el donante (véanse, SSTS de 2 de noviembre de 1999, 28 de julio de 1997, 6 de febrero de 1997 y 27 de febrero de 1995). Ello está en consonancia también con la exigencia al donante de una prueba rigurosa de la causa de la revocación, dada la excepcionalidad de la misma, por el hecho de que el donatario es propietario pleno e incondicional de los bienes donados. En la jurisprudencia es muy excepcional encontrar supuestos de revocación extrajudicial de las donaciones, *obiter dicta* parece aceptarse en alguna ocasión su eficacia en los supuestos en que la causa de revocación sea objetivamente contrastable, como sucede en la supervivencia de hijos, o bien por la aceptación expresa del donatario de la revocación extrajudicial misma (STS de 22 de junio de 1989); pero se establece con carácter general en la jurisprudencia que la revocación no es unilateral, ni automática, sino que exige el ejercicio efectivo de una acción judicial revocatoria (SSTS de 8 de marzo de 1972 y 6 de febrero de 1997); citándose reiteradamente por doctrina y jurisprudencia la RDGRN de 13 de febrero de 1923, que negó la cancelación de un asiento de propiedad en favor del donatario simplemente presentando en el registro el donante la acreditación del nacimiento de un hijo con posterioridad a la donación; presuponiendo, aún en este caso, el previo ejercicio de la revocación judicial de la donación.

En el caso de la donación *propter nuptias*, es claro que su revocación exige el ejercicio de una acción de revocación, sin que pueda entenderse revocada por la sola comunicación notarial del donante a la donataria, que ni siquiera imputa a la donataria una justa causa de revocación, pues únicamente alega el incumplimiento del deber formal de separarse judicialmente (art. 105 CC), lo que no está previsto como causa de revocación. Y dicho artículo no excluye que haya un abandono justificado, aunque posteriormente no se presente demanda judicial de separación. Podrá discutirse si el plazo para el ejercicio de la acción de revocación y la prueba de una justa causa para la misma, es el plazo general de cuatro años de las acciones rescisorias de la Ley 34 FNN (como para una revocación por incumplimiento de cargas entendió en Derecho común la STS de 11 de marzo de 1988), o si ha de estarse a los plazos particulares de cinco años o de un año de los artículos 646 y 652 del Código Civil, aplicables por remisión de la Ley 162 FNN; podrá discutirse también

de irrevocabilidad de las donaciones, su revocación exige la prueba rigurosa de una causa de desheredación o la imputabilidad de la causa de la separación o divorcio.

La imputabilidad de la causa de la separación o el divorcio tiene *todavía* relevancia en las donaciones por razón de matrimonio, al permitir al donante revocar la donación (33).

Pero la causa de separación debe ser imputable al cónyuge donatario (34).

si es un plazo de caducidad o de prescripción, como se define expresamente en la Ley 34; y si, en su caso, dicha prescripción se ha interrumpido válidamente con la comunicación notarial citada y el ejercicio de la acción por la donataria, pero en todo caso los plazos corren en contra del donante, no de la donataria; y esta no ha consentido en ningún modo la existencia de causa de revocación, y se ha limitado al ejercicio de una acción declarativa de la ineficacia de la revocación extrajudicial efectuada por el donante.

...La Ley 76 FNN, no fundamenta la eficacia de la donación *propter nuptias* en la efectiva convivencia de los cónyuges, ni condiciona su virtualidad a la continuación de dicha convivencia, sino que dado el principio fundamental de irrevocabilidad de las donaciones (ley 161), que se formula también expresamente para las donaciones *propter nuptias* (ley 118), se exige de modo riguroso para su revocación la prueba de una causa de desheredación o de la imputabilidad de la causa de separación o divorcio. Lo que se justifica porque la donación *propter nuptias* como todas las donaciones es un acto lucrativo, que tiene en el ánimo de liberalidad su causa, y porque cumple una función familiar y sucesoria de asegurar al cónyuge más débil o necesitado frente a las necesidades derivadas de la eventual separación o disolución del matrimonio, preconstituyendo desde su origen el remedio para el posible fracaso de la vida en común, y construyendo además un deseable orden de igualdad económica entre los cónyuges durante el matrimonio, que la ley siempre ha favorecido como fundamento de los regímenes de comunidad. Interpretación jurisprudencial restrictiva a la revocación recogida en el derecho común en la aplicación del artículo 1343 del Código Civil (STS de 5 de noviembre de 1993 y 1 de julio de 1994), cuyo tenor literal no es tan exigente en la imputabilidad como la ley 76 del FNN. Considerando incluso la STS de 27 de febrero de 1995 que la infidelidad de la esposa no es causa de revocación de una donación *propter nuptias* de los padres.

En el presente caso, ni la anterior sentencia de nulidad matrimonial, ni la de divorcio instadas por el demandado, imputan causa alguna a la esposa demandante de la crisis matrimonial sufrida por ambos.

(33) LLAMAS POMBO, Eugenio, y MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves, «El divorcio», en *Nuevos conflictos en el Derecho de Familia*, edición núm. 1, Editorial LA LEY, Madrid, febrero de 2009.

La redacción del precepto referido a la separación por culpa del donatario como incumplimiento de carga o bien como causa de ingratitud según que el donante sea un tercero o bien el otro cónyuge, es obvio que nos muestra que el legislador continúa dando trascendencia a la separación «culpable». Solo este tipo de separación permitirá la revocación de las donaciones. ALGABA ROS, Silvia, «La falta de la *affectio maritalis* como causa de separación matrimonial y la función creativa de la jurisprudencia», en *Diario La Ley*, núm. 5505, Sección Doctrina, de 19 de marzo de 2002, Año XXIII, Ref. D-81, pág. 1662, tomo 3, Editorial LA LEY. LA LEY 1831/2002.

(34) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 5 de noviembre de 1993, recurso 522/1991. Ponente: Rafael CASARES CÓRDOBA. Número de recurso: 522/1991. LA LEY 13494/1993. La separación o el divorcio como causas de revocación de las donaciones por razón de matrimonio requieren que la *causa de la separación o del divorcio sean imputables exclusivamente al cónyuge donatario*; no se da cuando hay imposibilidad de la determinación a cuál de los cónyuges es imputable.

IV. DONACIONES PROPTER NUPTIAS REALIZADAS POR MENOR

Partiendo del hecho de la imposibilidad del menor de realizar donaciones sin la correspondiente autorización de los llamados a prestarla, la donación por razón de matrimonio se concibe como un elemento de contenido atípico de las capitulaciones matrimoniales conforme a lo establecido en el último inciso del artículo 1325 del Código Civil.

El artículo 1338 del Código Civil dice: «*El menor no emancipado que con arreglo a la Ley pueda casarse, también puede en capitulaciones matrimoniales o fuera de ellas hacer donaciones por razón de su matrimonio, con la autorización de sus padres o del tutor*».

En este caso el menor actúa por sí mismo y en su propio nombre, aunque con la asistencia de sus padres o tutor, es decir, que estos no actúan como sus representantes legales y que, por tanto, el término «autorización» no debe ser entendido en el sentido de que el menor se encuentra representado, sino como complemento de capacidad de obrar, puesto que la decisión de donar corresponde únicamente al menor (35).

Asimismo, hay que precisar que el contenido atípico de las capitulaciones matrimoniales, fundado en el último inciso del artículo 1325 del Código Civil que permite el pacto de «cualesquiera otras disposiciones por razón de matrimonio», incluye las atribuciones patrimoniales no modificativas del régimen económico del matrimonio, como es la donación por razón del matrimonio, de ahí que se encuentre su posibilidad recogida por el último inciso del mencionado artículo.

En el supuesto de que el menor no emancipado realice la donación sin el correspondiente complemento de capacidad exigido por Ley, es decir, sin la correspondiente «autorización» de los llamados a prestarla, será anulable, con independencia de que la donación la efectúe en las capitulaciones o fuera de las mismas.

V. BIBLIOGRAFÍA

ABAD ARENAS, Encarnación: «Las capitulaciones matrimoniales otorgadas por el menor», en *Diario La Ley*, núm. 7219, Sección Doctrina, de 16 de julio de 2009, Año XXX, Ref. D-253, Editorial LA LEY, Abogados de Familia, núm. 54, Sección Tribuna Abierta, Cuarto trimestre de 2009, Editorial LA LEY. LA LEY 12141/2009.

ALGABA ROS, Silvia: «La falta de la *affectio maritalis* como causa de separación matrimonial y la función creativa de la jurisprudencia», en *Diario La Ley*, núm. 5505, Sección Doctrina, de 19 de marzo de 2002, Año XXIII, Ref. D-81, pág. 1662, tomo 3, Editorial LA LEY. LA LEY 1831/2002.

LÓPEZ ALARCÓN, Mariano: «Efectos de las sentencias de nulidad, separación y divorcio: cuestiones particulares», en *Diario La Ley*, 1982, pág. 909, tomo 2, Editorial LA LEY.

(35) ABAD ARENAS, Encarnación, «Las capitulaciones matrimoniales otorgadas por el menor», en *Diario La Ley*, núm. 7219, Sección Doctrina, de 16 de julio de 2009, Año XXX, Ref. D-253, Editorial LA LEY, Abogados de Familia, núm. 54, Sección Tribuna Abierta, Cuarto trimestre de 2009, Editorial LA LEY. LA LEY 12141/2009. Conforme al texto del artículo 1338 del Código Civil, se observa que este guarda un perfecto paralelismo con lo establecido, para el otorgamiento de capitulaciones por los menores, en el artículo 1329 del Código Civil.

- LLAMAS POMBO, Eugenio, y ROMÁN GARCÍA, Antonio: «Eficacia de los regímenes económico-matrimoniales: tipicidad y atipicidad en el establecimiento de los pactos», en *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, Editorial LA LEY, Madrid, diciembre de 2006.
- LLAMAS POMBO, Eugenio, y MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves: «El divorcio», en *Nuevos conflictos en el Derecho de Familia*, edición núm. 1, Editorial LA LEY, Madrid, febrero de 2009.
- MORENO ÁLVAREZ, Francisco Javier: «Sentido de un artículo sin sentido», en *Diario La Ley*, 1985, pág. 992, tomo 3, Editorial LA LEY. LA LEY 5924/2001.

VI. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES ANALIZADAS (POR ORDEN CRONOLÓGICO)

TRIBUNAL SUPREMO

- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 24 de febrero de 1986. Ponente: Rafael CASARES CÓRDOBA. LA LEY 792/1986.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 27 de abril de 1987. Ponente: Juan LATOUR BROTONS (LA LEY89342-NS/0000).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 5 de noviembre de 1993, recurso 522/1991. Ponente: Rafael CASARES CÓRDOBA. Número de recurso: 522/1991. LA LEY 13494/1993.

AUDIENCIAS

- SAP de Barcelona, Sección 14.^a, de 5 de junio de 2000, recurso 1418/1998. Ponente: María Eugenia ALEGRET BURGUÉS. Número de recurso: 1418/1998. LA LEY 115318/2000.
- SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 6 de julio de 2001, recurso 972/2000. Ponente: José María BACHS ESTANY. Número de recurso: 972/2000. LA LEY 137023/2001.
- SAP de Barcelona, Sección 14.^a, de 5 de junio de 2000, recurso 1375/1998. Ponente: María del Carmen VIDAL MARTÍNEZ. Número de recurso: 1375/1998. LA LEY 115319/2000.
- SAP de Madrid, Sección 21.^a, de 28 de abril de 2009, recurso 17/2007. Ponente: Guillermo RIPOLL OLAZÁBAL. Número de sentencia: 176/2009. Número de recurso: 17/2007. LA LEY 341394/2009.
- SAP de A Coruña, Sección 4.^a, de 10 de julio de 2008, recurso 401/2008. Ponente: José Luis SEOANE SPIEGELBERG. Número de sentencia: 337/2008. Número de recurso: 401/2008. LA LEY 154026/2008.
- SAP de A Coruña, Sección 6.^a, de 28 de abril de 2009, recurso 99/2009. Ponente: Antonio PILLADO MONTERO. Número de sentencia: 223/2009. Número de recurso: 99/2009. LA LEY 69817/2009.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

- STSJ de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, de 3 de octubre de 2000, recurso 18/2000. Ponente: José Antonio ÁLVAREZ CAPEROCHIPI. Número de sentencia: 3/2000. Número de recurso: 18/2000. LA LEY 176814/2000.

RESOLUCIONES

- RDGRN de 24 de noviembre de 1925 (LA LEY 33/1925).
- RDGRN de 13 de mayo de 1936 (LA LEY 13/1936).
- RDGRN de 22 de marzo de 1939 (LA LEY 7/1939).
- RDGRN de 22 de junio de 2006 (LA LEY 70275/2006).
- RDGRN de 6 de junio de 2007 (LA LEY 51448/2007).

VII. LEGISLACIÓN CITADA

CATALUÑA

- Ley 40/1960, de 21 de julio (Compilación de Derecho Civil especial de Cataluña).
- Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. *DOGC* de 5 de agosto de 2010. *BOE* de 21 de agosto de 2010. LA LEY 16567/2010.
- Ley 10/2008, de 10 de julio. CA de Cataluña, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones. LA LEY 9352/2008.
- Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales. *DOGC* de 24 de mayo de 2006. *BOE* de 22 de junio de 2006. LA LEY 5055/2006.
- 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 y divorcio.
- Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia.

RESUMEN

DONACIONES PROPTER NUPTIAS

Las donaciones propter nuptias producen sus efectos desde la celebración del matrimonio, pueden realizarse entre cónyuges (incluso siendo menores, pues la donación se considera contenido de las capitulaciones) e incluso por terceros. La imputabilidad de la causa de separación o divorcio tiene todavía relevancia al permitir al donante revocar la donación aun cuando ya no existe por Ley 15/2005 la separación causal.

ABSTRACT

DONATION PROPTER NUPTIAS

A donation propter nuptias, or donation by reason of marriage, is effective as of the conclusion of the marriage ceremony. Such a donation may be given from one spouse to another (including even under-age spouses, because this sort of settlement is regarded as part of the marriage articles) and may even be given by a third party. Although since Act 15/2005 became law no legal cause need be claimed in petitions for separation, responsibility for the cause of separation or divorce is still a point of importance, because it allows the giver of a donation propter nuptias to revoke his or her gift.

1.3. Derechos reales

ANÁLISIS DE LOS CARACTERES DEL ASIENTO DE CANCELACIÓN REGISTRAL DESDE LA TEORÍA GENERAL DE LOS ASIENTOS

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Antonio de Nebrija

SUMARIO: I. RELACIÓN ENTRE LA CANCELACIÓN REGISTRAL Y EL ASIENTO DE CANCELACIÓN.—II. CARACTERES DEL ASIENTO DE CANCELACIÓN: 1. NEGATIVO. 2. ¿ACCESORIO? 3. DEFINITIVO. 4. FORMAL. 5. INSTRUMENTO DE COORDINACIÓN ENTRE EL REGISTRO Y LA REALIDAD.—III. CONCLUSIONES.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. RELACIÓN ENTRE LA CANCELACIÓN Y EL ASIENTO DE CANCELACIÓN

Los asientos registrales son la constatación formal de las modificaciones jurídico-reales que se inscriben en el Registro de la Propiedad. La diversidad de asientos registrales existentes se debe a sus distintas funciones y caracteres; pues, cada uno de ellos está llamado a cumplir una específica y concreta función, de una determinada forma, que es lo que le diferencia de los demás.

Pero, todos ellos son asientos registrales, y por tanto, destinados a ser la forma o la vía de expresión o constatación de un determinado derecho oponible en el Registro. De este modo, y aunque tengan sus propias peculiaridades, todos pueden estudiarse desde una óptica o perspectiva general, que constituye la teoría general de los asientos.

Vamos a abordar el examen del concreto asiento de cancelación desde esta perspectiva, analizándolo por tanto, conforme a los caracteres que todo asiento registral puede tener y conforme a las categorías que entre ellos se pueden establecer; precisamente teniendo en cuenta esos caracteres: principal o accesorio, definitivo o temporal, positivo o negativo, formal o aformal.

Y por supuesto, atendiendo a su función o misión como asiento, que en este asiento concreto no es otra que cancelar; ser vehículo de una cancelación.

La cancelación puede ser considerada como aquella operación destinada a extinguir, borrar o anular algo, y en términos estrictamente jurídicos, es la operación que extingue una determinada relación jurídica. Desde esta perspectiva, se está considerando a la cancelación como función extintiva; y, según este concepto, la cancelación podría ser, por ejemplo, un pago, o una renuncia, o cualquier otro acto que pusiera fin a una relación.

Este concepto de cancelación (como mera función extintiva) no agota el significado estricto del asiento de cancelación del Registro. La cancelación debe ser considerada, también, como asiento del Registro de la Propiedad destinado a extinguir otro anterior: el asiento cancelado —cancelación registral, en palabras

de DE LA RICA MARITORENA— (1). Es, precisamente, este segundo aspecto de la cancelación —su aspecto formal, como asiento— el que se va a convertir en el objeto de este estudio.

No se puede olvidar el aspecto material de la cancelación que va inseparablemente unido al formal. Por lo tanto, aunque se analice la cancelación como asiento registral, es imprescindible recordar su aspecto funcional. La función extintiva que desempeña es tan importante que en orden a ella se consolida como auténtico vehículo de la publicidad registral: es el asiento registral destinado a dejar sin efecto otro anterior, pero, sin limitarse a ser una mera negación del mismo, sino que tiene personalidad independiente, originada, precisamente, por esta eficacia. De este modo, se sitúa a la altura de la inscripción, y se le pueden aplicar los mismos principios registrales que a esta, siendo, ambos, exponentes de primera categoría de la publicidad registral.

Muchos han sido los autores que se han aventurado a dar un concepto del asiento de cancelación. En una primera época se podría decir que el denominador común a todos ellos fue el considerarlo como aquel asiento registral que extingue un asiento anterior. Siguiendo esta línea se puede citar a COSSÍO Y CORRAL, GONZÁLEZ ORDÓÑEZ, CASSO Y ROMERO, CANO TELLO, DÍAZ GONZÁLEZ y ROCA SASTRE (2). Luego, en una primera época, la función extintiva de la cancelación fue lo verdaderamente relevante.

La opinión doctrinal de todos estos autores va a resultar matizada ya que, a partir de entonces, no se va a poner el acento tanto en el carácter extintivo de la cancelación, sino en la pérdida de eficacia que supone para el asiento cancelado que, sin efectos, sigue existiendo. Este cambio se debe a las nuevas ideas introducidas por Díez Picazo, para quien el asiento de cancelación es aquel que va a tener por único y exclusivo objeto «dejar sin efecto y publicar la pérdida de vigencia de un asiento anterior» (3). Asimismo, LACRUZ BERDEJO considera que «en ocasiones, el asiento (de cancelación) está dedicado exclusivamente a una negación del anterior contenido del Registro: a dar cuenta de que algo o todo de

(1) Cfr. DE LA RICA MARITORENA, R., «La cancelación registral», *RCDI*, 1974, pág. 1288: «por la cancelación registral lo que se extingue es un estado jurídico-registral al dejar sin efecto el asiento del Registro que lo expresaba».

(2) Cfr. COSSÍO Y CORRAL, A., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Ed. Civitas, Madrid, 1968, pág. 299; lo define como «el asiento accesorio y definitivo por el que se extingue un asiento anterior; y a consecuencia del cual se presume extinguido el derecho a que se refiere el asiento cancelado». GONZÁLEZ ORDÓÑEZ, J. M., *Apuntes de Derecho Hipotecario*, Centro de Estudios y Oposiciones, Madrid, 1953, pág. 326: «para registrar el título extintivo de un derecho, la operación registral adecuada es extender un asiento de cancelación. Este asiento de cancelación extingue el anterior asiento de inscripción». CASSO Y ROMERO, I., *Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad*, Imprenta Vda. de Gallo Sáez, Madrid, 1946, pág. 489: «la cancelación, en cambio (está distinguiéndola de la extinción de derechos), es la anulación o extinción del asiento del Registro». CANO TELLO, C., *Iniciación al estudio del Derecho Hipotecario*, Ed. Civitas, Madrid, 1982, pág. 231: «la cancelación es un asiento que tiene por objeto la extinción de otro». DÍAZ GONZÁLEZ, C., *Iniciación a los estudios de Derecho Hipotecario*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, pág. 337: «la cancelación extingue el asiento. ROCA SASTRE, R. M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, tomo III, Ed. Bosch, Barcelona, 1979, pág. 59: «la cancelación es el asiento del Registro cuya función es extinguir formalmente otro asiento registral determinado».

(3) Díez Picazo, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Ed. Tecnos, Madrid, 1978, pág. 427.

ese contenido no debe ser tenido en cuenta en adelante» (4). En la misma línea, CHICO Y ORTIZ (5) sostiene que los asientos no se extinguen por la cancelación, sino que dejan de tener eficacia, pierden su vigencia por la extensión de uno nuevo, pero siguen existiendo como asientos pretéritos, que representan una realidad registral ya caduca en el Registro. Por lo tanto, lo característico del asiento de cancelación va a ser —siempre según estos autores— que anula la eficacia de otro asiento anterior al cual se refiere; lo deja sin efecto, pero no que lo extingue, sin más, pues sigue existiendo.

Desde un punto de vista formal, estoy de acuerdo con ellos; el asiento no desaparece físicamente, no se extingue de esta manera, solo se extingue en cuanto que deja de producir efectos. Pero, hay que decir que un asiento que no produce ninguno de sus efectos por estar cancelado, equivale a estar muerto; y, por lo tanto, a quedar extinguido. Por todo ello, aunque se entiende la postura de los que defienden que el asiento de cancelación tiene como consecuencia el cese de la eficacia del asiento, creemos que también es perfectamente comprensible la de aquellos que consideran que su consecuencia es la extinción del mismo, al menos materialmente. Pues una cosa va a implicar la otra.

ROCA SASTRE (6) califica de manera muy gráfica al asiento de cancelación, diciendo que es la certificación de la muerte de un asiento. Lo verdaderamente relevante del asiento de cancelación es, entonces, que se trata del medio idóneo para constatar la extinción o ineficacia de un asiento al producirse, normalmente, la extinción del derecho que publicaba. Luego, de estas primeras aproximaciones al concepto de asiento de cancelación, debe trascender la idea de que dicho asiento tiene por finalidad poner fin a algo, certificar la extinción de algo que ya no existe. Se trata, entonces, de aquel asiento registral con vocación de certificación extintiva.

El asiento de cancelación es una aplicación concreta de la cancelación, que comparte con ella la función extintiva, pero va más allá, certificándola.

II. CARACTERES DEL ASIENTO DE CANCELACIÓN

En cualquier caso, se trata de un asiento registral, y como tal debe ser analizado. Por eso, corresponde ahora tratar de perfilar sus características desde la teoría general de los asientos registrales, y aplicando a este concreto asiento, sus caracteres y principios.

Los analizamos a continuación:

1. NEGATIVO

En primer lugar, y como consecuencia de lo explicado hasta ahora, se puede decir que el asiento de cancelación es un asiento negativo. Negativo en cuanto contradice un asiento anterior, pone fin a una situación anteriormente publi-

(4) LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. A., *Elementos de Derecho Civil*, III bis, *Derecho Inmobiliario Registral*, Ed. Bosch, Barcelona, 1984, pág. 238.

(5) CHICO Y ORTIZ, J. M., *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, tomo II, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1982, págs. 457-460.

(6) ROCA SASTRE, R. M., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, tomo III, (1979), *ob. cit.*, pág. 59.

cada por el Registro. Esta característica se pone de manifiesto rápidamente en el aspecto formal del propio asiento, ya que está redactado de forma negativa, utilizando expresiones como «queda cancelado». Y desde un punto de vista material, lo negativo de este asiento se manifiesta en que rechaza lo que el otro asiento positivo afirmaba y publicaba como cierto y vigente, privando de toda la eficacia registral —que dicho asiento otorgaba— a las relaciones jurídicas contenidas en él. Esta característica es opuesta totalmente a la del asiento de inscripción que, precisamente, es de signo contrario —positivo—, ya que dota de publicidad, eficacia, y a veces hasta existencia —en las inscripciones constitutivas—, a las relaciones y situaciones registrales que publica. Sin embargo, y como explica LACRUZ BERDEJO (7), no se puede considerar simplemente a la cancelación como una inscripción de sentido negativo. La cancelación tiene un campo de aplicación mucho más reducido que la inscripción, ya que, al contrario que esta, no recoge las transferencias de dominio, y, además, la aplicación de determinados principios registrales en el mismo difiere en cierto modo al de inscripción.

El carácter negativo de la cancelación se debe, como se acaba de explicar, a la negación de efectos de un determinado asiento del Registro. Sin embargo, de manera mediata, también se puede hablar de un asiento con eficacia positiva, ya que la cancelación produce como efecto «rebote» la reviviscencia del asiento anterior que había sido sustituido por el que ahora se cancela. Luego, y aunque sea en un segundo plano, y siempre con relación a sus efectos, también se puede hablar de cierto aspecto positivo del asiento de cancelación.

Conviene, por último, añadir que esta característica negativa conlleva la preexistencia de un asiento —y por lo tanto de una determinada situación registral publicada—, al cual pone término el asiento de cancelación. Por consiguiente, nunca se podrá cancelar lo que previamente no exista en el Registro. El asiento de cancelación hace siempre referencia a un asiento anterior; y esto no es más que una consecuencia de su carácter accesorio.

2. ¿ACCESORIO?

Son asientos accesorios aquellos cuya existencia o razón de ser depende de otros a los que se refieren, modifican o desarrollan. Parece, entonces, que no tienen autonomía propia, sino que están subordinados a aquellos que denominamos principales, que se caracterizan por tener plena eficacia e independencia por sí solos, así como, función propia dentro del campo de la publicidad.

La doctrina, tradicional y mayoritariamente (8), se ha inclinado por considerar al asiento de cancelación como un asiento accesorio dependiente de aquel al que se refiere y extingue. Se hace patente la necesidad de la previa existencia de

(7) LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. A., *Elementos de Derecho Civil*, III bis, *Derecho Inmobiliario Registral*, ob. cit., pág. 239.

(8) Cfr., en este sentido: COSSIO Y CORRAL, A., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, ob. cit., pág. 299; GONZÁLEZ ORDÓÑEZ, J. M., *Apuntes de Derecho Hipotecario*, ob. cit., pág. 327; CANO TELLO, C., *Manual de Derecho Hipotecario*, ob. cit., pág. 250; ROCA SASTRE, R. M., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, tomo III, ob. cit., pág. 133; SERRANO ALONSO, E., *Conceptos fundamentales de Derecho Hipotecario*, Ed. Forum, Oviedo, 1993, pág. 111; MORENO-LUQUE CASARIEGO, C., *Derecho Inmobiliario Registral*, Ed. La Ley, Madrid, 1988, pág. 302; DE LA RICA MARITORENA, R., «La cancelación registral», ob. cit., pág. 1291.

otro asiento para dotar de sentido al cancelatorio, ya que si no hay un asiento que cancelar, es inútil uno de cancelación con carácter negatorio de otro, tal y como se explicó en el punto anterior.

Sin embargo, ZUMALACÁRREGUI (9) introduce nuevas ideas respecto al carácter accesorio del asiento de cancelación, pues, para él, la cancelación es claramente un asiento principal. Su teoría se basa en la correcta definición de la accesoriedad. Si se considera que un asiento es accesorio por el mero hecho de que preexista necesariamente otro a él mismo, la cancelación sería accesorio, pero, también, la inscripción segunda en un folio registral. Por el contrario, cuando la preexistencia es condición necesaria pero no suficiente, las conclusiones son distintas. Este autor lo explica con un ejemplo: supongamos un asiento de inmatriculación de una finca. Pasa el tiempo y se inscribe con la inscripción número 2 la enajenación del usufructo vitalicio de esa finca. Posteriormente el usufructuario renuncia a su derecho y se practica la cancelación del mismo con el número 3. ZUMALACÁRREGUI dice que sí se admite la accesoriedad de la cancelación del número 3 respecto de la inscripción con el número 2, porque a ella se refiere y de ella depende, también se debería aceptar la accesoriedad de la número 2 respecto de la número 1, porque también a ella se refiere y debe su sentido y existencia. Si se niega la accesoriedad de esa última, por la misma regla de tres, hay que negar la de la cancelación respecto de la inscripción. Luego, se comprueba la necesidad de que toda cancelación presuponga una inscripción anterior, pero no por eso se concluye que sea accesorio respecto de aquella; no es suficiente, ya que la cancelación tiene por sí sola una gran fuerza y eficacia, hasta tal punto que aniquila, borra, extingue esa inscripción de la que supuestamente depende. A la vista de esta situación, el autor citado rechaza la accesoriedad de la cancelación respecto al asiento anterior, ya que no es posible que un accesorio pueda destruir lo principal.

Sin embargo, en contra de esta tesis, se puede decir que la inscripción como asiento principal que es, sí que puede abrir folio registral, y ser la primera inscripción —inmatriculación—, sin ni siquiera necesitar otra. Mientras que la cancelación jamás podrá constituir una primera inscripción, precisamente, porque, siempre y de manera absoluta, va a necesitar un asiento anterior al que poner fin, y del que va a depender. Luego, su carácter accesorio parece evidente.

CHICO Y ORTIZ (10) va a recoger en cierto modo la doctrina de ZUMALACÁRREGUI, matizándola. Está de acuerdo con él en que si se acepta la cancelación como accesorio de la inscripción primera, del mismo modo habría que proclamar la accesoriedad de la inscripción de transferencia de algún derecho inscrito respecto de la primera. Esto es así por aplicación estricta del principio de tracto sucesivo que exige que cada nueva inscripción se base en la anterior, es decir, que esta sea presupuesto de la siguiente. Sin embargo, se puede repetir aquí lo que se objetó anteriormente. Una cosa es el presupuesto formal necesario para inscribir, que tanto cancelación como inscripción deben cumplir; y otra muy distinta que su existencia y función registral dependan también de un asiento anterior. Desde esta perspectiva, solo la cancelación es un asiento accesorio, ya que únicamente ella necesita para justificar su significado y función otro asiento anterior. La inscripción, por el contrario, puede existir sin otra anterior, lo que ocurre en

(9) ZUMALACÁRREGUI, T., «Meditaciones en torno a la cancelación», en *RCDI*, 1967, págs. 779 y sigs.

(10) Cfr. CHICO Y ORTIZ, J. M., *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, ob. cit., pág. 459.

el caso de una inmatriculación, y aún en el caso de inscripciones segundas, lo son desde el punto de vista formal, ya que siempre cumplen su función por sí mismas, proclamando una nueva titularidad o un nuevo derecho real, cosa imposible de pensar en la cancelación, cuyo cometido es borrar, desregistrar, algo ya publicado por el Registro.

Por último, hay que tener en cuenta a VÁZQUEZ CAMPO (11), que introduce una distinción de conceptos interesantes a la hora de determinar o no la accesoriadad del asiento de cancelación. Diferencia la cancelación como operación, que es un modo principal y negativo de hacer constar la extinción de un determinado estado jurídico registral, del asiento de cancelación, propiamente dicho. Este autor considera que la cancelación es principal por su modo de actuar. Lo cual significa que sus efectos y consecuencias son tan importantes que la hacen merecedora de dicho calificativo. De este modo, coincide con DE LA RICA MARITORENA (12), pues, también cree que el asiento de cancelación es principal por su propia enjundia, por su importancia intrínseca. Sin embargo, el asiento de cancelación, aunque por su forma sea también principal, es un asiento accesorio, pues, definitivamente, necesita de otro asiento anterior para justificar su existencia y desempeñar su función.

Esta idea se encuentra entre la doctrina posterior. LACRUZ BERDEJO (13) considera al asiento cancelatorio como accesorio, porque siempre necesita un asiento anterior preexistente al que dejar sin efecto. Asimismo, DIEZ PICAZO (14), aunque no se pronuncia expresamente sobre la accesoriadad del asiento de cancelación, lo define como aquel que «deja sin efecto y publica la pérdida de vigencia de un asiento anterior», de donde también se deduce la necesidad de un asiento previo al que dejar sin eficacia. PAU PEDRÓN (15) tampoco centra su atención en esta característica, pero al igual que DIEZ PICAZO y LACRUZ, deja traslucir el carácter accesorio de la cancelación, ya que, para él, el asiento de cancelación se define en referencia a otro anterior; al cual extingue; por lo tanto también será dependiente de ese asiento anterior al que pone fin. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (16), sin embargo, solo pone el énfasis en el carácter negativo de la cancelación, sin mencionar su accesoriadad o no. Pero si el carácter negativo del asiento cancelatorio implica contradecir un asiento anterior, quiere decir que el asiento de cancelación no encuentra su sentido sin el asiento que previamente cancela. Se puede observar que la doctrina más reciente destaca otros rasgos del asiento de cancelación que son, a su juicio, más significativos, como los efectos de la cancelación; sin embargo la accesoriadad del asiento está latente en sus afirmaciones, pues no se puede entender sus efectos —extinguir un asiento anterior—, si no se trata de un asiento accesorio.

(11) Cfr. VÁZQUEZ CAMPO, A., «La cancelación y la técnica hipotecaria española», en *RCDI*, 1930, págs. 690 y 691.

(12) Cfr. RICA MARITORENA, R., «La cancelación registral», *ob. cit.*, pág. 1291.

(13) Cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, Zaragoza, 1957, pág. 334: «la inscripción de contenido negativo presupone, por su propio concepto, derechos inscritos: no se puede cancelar lo que todavía no existe registralmente. Por eso una cancelación no puede ser nunca una primera inscripción. Presupone además, un contenido positivo al cual dejar sin valor».

(14) Cfr. DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, *ob. cit.*, 1995, pág. 512.

(15) Cfr. PAU PEDRÓN, A., *Curso de práctica registral*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1995, pág. 47. Dice que el asiento de cancelación «extingue un asiento anterior».

(16) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1986, pág. 551.

El carácter accesorio o secundario del asiento de cancelación se deduce de la RDGRN de 11 de agosto de 1863, en la que se establece que es necesario para inscribir la cancelación de una hipoteca, registrar previamente la inscripción de dominio de las fincas cuyo gravamen se cancela; porque, efectivamente, el asiento de cancelación siempre va a exigir como presupuesto la existencia de un asiento anterior positivo al que dejar sin efecto (17).

3. DEFINITIVO

El asiento de cancelación, como aquel que pone fin a la vigencia de una determinada relación jurídico-registral que ya no quedará amparada por la protección del Registro, es irreversible. Esta extinción no puede ser condicional, ni estar pendiente de algún acontecimiento, ni puede tener marcha atrás una vez que se ha producido correctamente.

El carácter definitivo del asiento de cancelación, se contrapone a la provisionalidad típica de las anotaciones preventivas, que permanecen en el Registro de manera temporal, hasta que se resuelva la situación que publican; sin embargo, es nota común a las inscripciones.

Al afirmar que la cancelación es un asiento definitivo, se está negando su carácter condicional, temporal o transitorio. Como dice ROCA SASTRE, «la muerte no admite grados»; o se ha extinguido el asiento, con la correspondiente inscripción del asiento de cancelación que así lo certifica, o no se ha extinguido, y, por lo tanto, no puede practicarse la cancelación. Lo que sí puede existir es la extinción condicional de los derechos publicados. Es decir, a veces la extinción de un derecho queda sometida a una condición que, en caso de cumplirse, produce la extinción definitiva del derecho. Si esto ocurre, el asiento idóneo para tal situación sería una inscripción condicional, pero no uno de cancelación condicional, ya que por su propia naturaleza y por los efectos tan absolutos que produce, sería poco factible. Lo cancelado queda extinguido definitivamente.

La jurisprudencia registral, mediante las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, ha confirmado este punto en repetidas ocasiones. Así, por ejemplo, se encuentra la Resolución de 27 de diciembre de 1945, en la que la DGRN, en su tercer considerando, manifiesta: «una cancelación condicional de la última inscripción de dominio, que no debió hacerse, porque en buenos principios hipotecarios no parecen admisibles cancelaciones sujetas a limitación o condicionamiento, ya que los asientos de esta clase por su carácter absoluto, por su finalidad y por sus efectos, que no son otros que tachar, borrar o dejar hipotecariamente sin vida los derechos inscritos, no consienten la simultaneidad de la extinción y la existencia». En la misma doctrina incide la RDGRN de 4 de abril de 1960: «considerando, por tanto, que no se trata de practicar una cancelación “provisional” de la inscripción de dominio, que no sería admisible, puesto que, como tiene declarado la Resolución de 27 de diciembre de 1945, por su carácter absoluto, finalidad y efectos, los asientos de cancelación no consienten la sumisión a limitaciones o condicionamientos, ni se avienen a la simultaneidad de extinción y existencia, sino lo que se pretende es ejecutar una sentencia firme, y para ello se debe rectificar el Registro mediante las cancelaciones ordenadas». Asimismo, la

(17) PRADA ÁLVAREZ BONILLA, P., «Notas para una teoría general de la extinción de asientos registrales», en *RCDI*, 1973, pág. 822.

RDGRN de 12 de noviembre de 1990 establece claramente como características de la cancelación el ser un asiento definitivo y no condicional: «en el presente caso en que la sentencia no es firme, el órgano judicial que lleva a cabo la ejecución provisional no es el competente, por lo dicho, para ordenar asientos, como la cancelación de las inscripciones de hipoteca, que presuponen pronunciamientos definitivos sobre derechos en litigio» y «de otra parte, tampoco la situación jurídica que manifiestan los títulos presentados, que como litigiosa es de carácter provisional, guarda congruencia, conforme a nuestro ordenamiento registral, con el asiento pretendido, el de cancelación, que por su naturaleza tiene una significación incondicionalmente negativa con la consiguiente trascendencia en el ascenso incondicionado de los gravámenes de rango inferior». Tras la lectura de estas resoluciones no queda duda del carácter definitivo de la cancelación, ya que pone fin a la existencia tabular de determinadas situaciones registrales, y el fin nunca puede ser relativo; o se acaba —y por tanto se cancela—, o no se acaba y nunca procederá la cancelación.

Además, conviene señalar respecto de esta característica, su estrecha relación con el hecho de que los asientos registrales, y, por supuesto, entre ellos el de cancelación, están bajo la salvaguardia de los Tribunales, y por lo tanto lo que publican se tiene por cierto y auténtico, sin que quepa dudar de su veracidad ni que tengan una existencia precaria. Por eso, el asiento de cancelación es, también, definitivo, ya que lo que él publica es lo que realmente ocurre en la realidad; no admite alteraciones sin razón, y para modificarlo habrá que acudir a los Tribunales, puesto que son los encargados de proteger estos asientos y garantizar su veracidad.

4. FORMAL

Esta característica es común a todos los asientos registrales, debido a que todos ellos —inscripción, anotación preventiva y nota marginal— deben observar unas determinadas formalidades. Al mismo tiempo, sus requisitos formales sirven para diferenciar el asiento de cancelación de lo que al inicio de este capítulo se denominaba cancelación como función extintiva, y de otras figuras afines a la cancelación en determinados aspectos, como pueden ser la transferencia de dominio o la rectificación.

El asiento de cancelación es un asiento que se extiende en el Libro de Inscripciones, en el folio registral correspondiente a cada finca, y que queda indicado con la misma numeración que las inscripciones o anotaciones, siguiendo el orden numérico o alfabético común a ellas. Es decir, si la primera inscripción de dominio de una finca lleva el número 1, y la siguiente es una cancelación, esta llevará el número 2; si, por el contrario, se cancela una anotación cuyo índice es la letra A, su cancelación llevará la letra B. Por consiguiente, formalmente y dentro del campo de un folio registral, se extienden igual que una inscripción o anotación. Quizás por ello en algunas ocasiones se ha equiparado a las cancelaciones con inscripciones de signo negativo (18).

Los requisitos formales generales del asiento cancelatorio vienen especificados en los artículos 103 LH, 193, 194 y 195 RH. Todo ello sin perjuicio de

(18) Quiero poner de relieve, que lo que se ha descrito es la forma general de practicar una cancelación en sentido estricto. No obstante, es conveniente señalar que la cancelación —en sentido amplio, como función extintiva— puede, en determinadas ocasiones, llevarse a cabo mediante una nota marginal. Véase, a este respecto, los artículos 23 y 98 LH, y 188 y 189 RH.

las normas generales relativas a las inscripciones registrales contenidas en los artículos 2 y 9 LH, y 51 y 52 RH. A estas reglas de carácter general hay que añadir todas aquellas dispersas por el Cuerpo legal y reglamentario que regulan las especialidades formales de determinadas cancelaciones —como, por ejemplo, cancelaciones especiales de hipotecas, cancelación de condición resolutoria, cancelación de nota marginal, etc.—.

Al igual que con el resto de los asientos registrales, el Registrador debe ser riguroso en el examen de los títulos que se presentan para solicitar la práctica de la cancelación. Por ello, el artículo 18 LH establece, de manera general, que los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de los documentos y la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras que se presentan al Registro. Este artículo encuentra su réplica en el 99 LH, referido expresamente a la cancelación. Asimismo, el artículo 100 LH somete, también, bajo la responsabilidad de los Registradores la calificación sobre la competencia de los jueces que ordenen las cancelaciones. El Registrador deberá examinar y calificar la idoneidad de los títulos presentados a la cancelación para su correcta registración, será el único responsable de la cancelación practicada, y si esta fuese errónea, solo a él se le puede exigir responsabilidad. Debido a que la cancelación hace que lo que antes aparecía publicado pierda toda su eficacia, y que esta nueva situación registral publicada por el asiento de cancelación quede bajo la salvaguardia de los Tribunales, las consecuencias de una cancelación no debida pueden ser muy graves; de ahí que los Registradores lleven a cabo su calificación de manera prudente y minuciosa, pero al igual que ocurre con la práctica de cualquier otro asiento registral. Corroborando esta idea existe un número elevado de resoluciones de la DGRN dictadas en recursos contra la calificación negativa de los Registradores de inscribir determinadas cancelaciones por no cumplir los requisitos formales necesarios, o no observarse el procedimiento adecuado para cancelar. Sirvan como ejemplo las siguientes: RDGRN de 28 de febrero de 1977, relativa a la inscripción de un mandamiento judicial ordenando la cancelación de determinadas inscripciones, que no puede llevarse a cabo por no cumplirse las formalidades necesarias de: concreción de los asientos que se deben cancelar, no haberse seguido el procedimiento adecuado y faltar «uno de los fundamentales elementos para poder calificar y conocer el Registrador si los titulares registrales habían sido citados y fueron parte en el procedimiento». RDGRN de 25 de enero de 1988: «los asientos están bajo la salvaguardia de los Tribunales y de ahí que para su cancelación sea necesario, como regla general, el consentimiento del titular afectado, en su defecto y aun cuando proceda aquella, una resolución judicial cancelatoria dictada en el oportuno procedimiento declarativo ordinario», es decir, cumplir los procedimientos o formas de cancelar establecidas en la Ley Hipotecaria. Por último, la RDGRN de 15 de marzo de 1994, confirma la salvaguardia de los asientos registrales por los Tribunales, por lo que es necesario seguir el procedimiento adecuado para cancelar. A lo largo de la jurisprudencia registral encontramos muchas otras resoluciones que de manera reiterada insisten en la obligada necesidad de observar las formalidades legales en el procedimiento cancelatorio (19).

(19) Véase, en este sentido, las siguientes Resoluciones: RDGRN de 20 de octubre de 1875, por la que se rechaza la cancelación solicitada al no cumplir el título presentado todos los requisitos exigidos, pues falta la fe de conocimiento del otorgante del mismo; RDGRN de 10 de diciembre de 1889 asegura que el requisito de que conste el consentimiento de la persona a cuyo favor está extendida la inscripción que se pretende cancelar, se ha cumplido,

5. INSTRUMENTO DE COORDINACIÓN ENTRE EL REGISTRO Y LA REALIDAD

Esta característica le viene dada por su función. El asiento de cancelación tiene, entre otras, la importante misión de hacer coincidir lo que publica el Registro con lo que realmente sucede en la realidad extra-registral.

La descoordinación Registro-realidad se produce muchas veces en nuestro sistema hipotecario debido, fundamentalmente, a que la inscripción no es, por regla general, ni constitutiva ni obligatoria. Esto quiere decir que los cambios jurídico-reales que se producen en la realidad del tráfico no siempre aparecen reflejados en el Registro; civilmente y en la realidad existen y producen sus efectos, pero, para el Registro y los terceros protegidos por él, es como si no se hubieran producido dichos cambios. De esta forma, es fácil de entender que pueda darse el caso de cierta titularidad real que se extinga en la realidad, pero cuyos titulares no han asumido la carga de solicitar su extinción en el Registro. Es entonces cuando se produce la descoordinación Registro-realidad. Mientras en la realidad esa situación ya no existe, y los particulares actúan conforme a ello, en el Registro persiste dicha situación y produce sus respectivos efectos para los terceros. Esto puede dar lugar a graves conflictos de difícil resolución.

y que el hecho de no insertarse en la cláusula de suscripción de copia los números que tienen los pliegos en que esta aparece extendida, no es falta que impida la cancelación solicitada; RDGRN de 31 de marzo de 1885, en la que se establece que no pueden cancelarse unos censos, en virtud de escritura pública otorgada por personas que no son las mismas a cuyo favor aparecen mencionados dichos censos; no se cumple, por tanto, los requisitos del 82 LH; RDGRN de 31 de marzo de 1896, determina que no es procedente practicar la cancelación ordenada, porque no se cumplen los requisitos o trámites establecidos en el Real Decreto de 3 de enero de 1876, sobre la expedición de documentos judiciales que sirven de título a dicha cancelación; RDGRN de 16 de junio de 1898, manifiesta que no puede dejarse sin efecto una cancelación correctamente practicada en virtud de causa y título válidos, mientras no exista alguna de las causas de los artículos 79, 98 y 99 LH, y previos los trámites y requisitos establecidos en el artículo 82 LH; RDGRN de 26 de enero de 1900 insiste en la necesidad de cancelar una inscripción cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 82 LH, no pudiendo extenderse dicha cancelación si falta alguno de ellos —escritura pública con consentimiento o resolución judicial firme—; 27 de abril de 1907, en la que se indica la procedencia de extender una cancelación de censos, por cumplirse lo establecido en el artículo 82 LH; RDGRN de 28 de enero de 1916, manifiesta la posibilidad de practicarse la cancelación hecha por mandamiento judicial, pues se cumplen los requisitos necesarios, ya que consta que fueron demandados, en el pleito correspondiente, las personas a cuyo nombre aparecían extendidas las inscripciones que se cancelan; RDGRN de 12 de febrero de 1916, esta resolución determina la necesidad de que la cancelación se practique en virtud de uno u otro título público, según el acto que la ocasionó, no bastando que se trate de un título público cualquiera; RDGRN de 18 de julio de 1926, que exige la necesidad de que en el mandamiento de cancelación consten los asientos determinados que deben cancelarse; RDGRN de 25 de marzo de 1930, declara que han de cumplirse necesariamente los requisitos establecidos para la correcta práctica de una cancelación: título adecuado, acreditación del pago del impuesto correspondiente y cumplimiento del tracto sucesivo; RDGRN de 22 de febrero de 1941, determina que para cancelar menciones es necesario que se preste el consentimiento por la persona favorecida y con los documentos y legalidades exigidas; RDGRN de 16 de julio de 1943, ratifica la necesidad de observar los requisitos establecidos en el artículo 82 LH para cancelar menciones; RDGRN de 12 de noviembre de 1990, exige la presentación de una sentencia firme ordenando la cancelación, tal y como establece el artículo 82 LH, no siendo válida la cancelación ordenada en una sentencia no firme.

La cancelación refleja toda su importancia al ser el único asiento capaz de hacer que vuelva a coincidir el Registro con la realidad, así lo manifiesta la RDGRN de 18 de diciembre de 1962 cuando dice que la discordancia entre el Registro y la realidad debe corregirse mediante la cancelación correspondiente, a fin de que se guarde el paralelismo necesario entre ambas realidades. Esto se consigue borrando y cancelando del Registro aquella situación caduca o extinguida en la realidad. Precisamente, por esta importante función del asiento de cancelación, es necesario que sea un asiento de aplicación restrictiva.

El hecho de que el asiento de cancelación modifique lo que dice el Registro para ponerlo de acuerdo con la realidad extra-registral, hace que el Registrador extreme sus precauciones al practicarlo; ya que partiendo de la máxima de que lo que publica el Registro se tiene como cierto, es costoso para el Registrador practicar un asiento nuevo que «desdica» otro anterior. Solo lo hará cuando sea absolutamente claro que se ha producido dicha modificación y cuando cumpla estrictamente las formalidades exigidas.

Si el Registrador es extremadamente escrupuloso a la hora de practicar un asiento de cancelación, se pueden producir situaciones, que, si no son injustas, sí pueden caer en una paradoja evidente. Esto puede ocurrir cuando el Registrador se limite a ver y analizar, únicamente, lo que aparece en el Registro, y olvida lo que ocurre en la realidad extra-registral, dotando al Registro de lo que he creído conveniente denominar «cierta prepotencia» con respecto al resto de las realidades jurídicas. El riesgo que supone esta actitud para la seguridad del tráfico es patente y los perjuicios que se pueden ocasionar llevando esta postura a sus extremos pueden ser importantes. Por eso, desde estas líneas, hay que insistir en la necesidad de cumplir los requisitos formales de la cancelación y de practicarla con absoluta legalidad, pero, del mismo modo, hay que rechazar las posiciones exageradas de practicar la cancelación solamente sino queda otro remedio, o no practicarla, bajo pretexto de faltar determinados requisitos, a lo mejor no tan importantes. Como ejemplo de este tipo de actuaciones encontramos las RRDGRN de 5 de abril (20) y 7 de noviembre de 1990 (21).

Sin embargo, y a pesar de que hay situaciones particulares —como las descritas— en las que el examen riguroso del Registrador puede ocasionar situaciones

(20) En esta resolución se discute sobre la cancelación o no de una anotación preventiva de embargo posterior a la condición resolutoria a la que está sometida la propiedad de la finca. La regla general, en estos casos, es que, cumplida la condición resolutoria, se resuelve el primer contrato de transferencia de dominio, y, por lo tanto, las cargas posteriores que pesaran sobre él. Según esto, la anotación preventiva debería haberse cancelado al cumplirse esta condición. Sin embargo, la DGRN determina no cancelarla porque la condición se resolvió voluntaria y anticipadamente por las partes, sin esperar al plazo señalado en el Registro. Solo la extinción producida en los términos registralmente constatados podrá dar lugar a la cancelación. Como consecuencia de esta decisión el nuevo titular registral de la finca ve gravado su dominio con un embargo en el que no intervino —debido a la eficacia real del mismo— y cuyas consecuencias pueden afectarle más allá de lo que le corresponde.

(21) En esta resolución, la DGRN rechazaba la cancelación de una anotación preventiva de embargo y de una hipoteca, posteriores a la fecha de retroacción de la quiebra declarada a una entidad. Como norma general, todos los actos realizados con posterioridad a esta fecha debían tenerse por nulos; por lo tanto, según esto, el embargo y la hipoteca serían nulos y podrían cancelarse directamente. Sin embargo, la DGRN resuelve en sentido contrario al exigir que para cancelar deben cumplirse estrictamente los requisitos señalados en la LH, y aquí no se han respetado. Es obvio que el cumplimiento exagerado de los requisitos formales de la cancelación en este supuesto ocasiona perjuicios notables para el, entonces, quebrado.

controvertidas, si consideramos a los asientos registrales —y por supuesto entre ellos al de cancelación—, como medios para conseguir el fin constitucional de la seguridad jurídica, es lógico que se practiquen en el Registro tras un minucioso examen de los títulos presentados. Si no se cumplen las circunstancias requeridas de validez, el Registrador no practicará el asiento; porque si lo hiciera, estaría introduciendo inseguridad jurídica y desprotección para todos aquellos que contraten fiándose del contenido del Registro. Porque, para ellos, no hay más verdad jurídico-real que la que consta en el mismo.

III. CONCLUSIONES

A la vista de estas consideraciones previas en las que se han descrito los rasgos más característicos de un asiento de cancelación, desde la teoría general de los asientos registrales, y precisamente para tratar de diferenciarlo de los otros asientos, creemos que ahora sí se está en condiciones de tratar de dar una definición mas ajustada del mismo:

1. De este modo, y como primera conclusión: el asiento de cancelación es aquel asiento registral, de carácter negativo, cuya finalidad es provocar la extinción de un asiento anterior, dejándolo sin efecto, de una manera definitiva, con el fin de hacer coincidir lo que publica el Registro con la realidad extra-registral, de donde se presume que el derecho cancelado ya se ha extinguido previamente.
2. El asiento de cancelación coincide con la cancelación en la función extintiva, pero es mas específica que esta al ser el medio o vehículo necesario para constatar o certificar una extinción o pérdida de vigencia determinada.
3. Es un asiento accesorio, porque necesita de otro asiento al que dejar sin efecto, pero como cancelación, su función extintiva es tan importante que no puede sin mas, considerarse como un asiento de segunda categoría.
4. Esta importante misión extintiva sirve para coordinar el Registro y la realidad extrarregistral, siendo un modo de rectificación registral, y convirtiéndose así en algo estrictamente necesario para el cumplimiento del principio de legitimación registral y la presunción de exactitud, en todo caso, y también como vehículo de la publicidad registral.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- CANO TELLO, C.: *Iniciación al estudio del Derecho Hipotecario*, Ed. Civitas, Madrid, 1982.
- *Manual de Derecho Hipotecario*, Ed. Civitas, Madrid, 1992.
- CASSO Y ROMERO, I.: *Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad*, Imprenta Vda. de Gallo Sáez, Madrid, 1946.
- CHICO Y ORTIZ, J. M.: *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, tomo II, Ed. Marcial Pons, Madrid, 198.
- COSSIO Y CORRAL, A.: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Ed. Civitas, Madrid, 1968.
- DE LA RICA MARITORENA, R.: «La cancelación registral», en *RCDI*, 1974, págs. 1287-1317.
- DÍAZ GONZÁLEZ, C.: *Iniciación a los estudios de Derecho Hipotecario*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967.

- DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Ed. Tecnos, Madrid, 1978.
- GONZÁLEZ ORDÓÑEZ, J. M.: *Apuntes de Derecho Hipotecario*, Centro de Estudios y Oposiciones, Madrid, 1953.
- HERNÁNDEZ GIL, F.: *Introducción al Derecho Hipotecario*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, pág. 119.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. A.: *Elementos de Derecho Civil*, III bis, *Derecho Inmobiliario Registral*, Ed. Bosch, Barcelona, 1984.
- *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, Zaragoza, 1957.
- MORENO-LUQUE CASARIEGO, C., y otros: *Derecho Inmobiliario Registral*, Ed. La Ley, Madrid, 1988.
- PAU PEDRÓN, A.: *Curso de práctica registral*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1995.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1986.
- PRADA ÁLVAREZ BONILLA, P.: «Notas para una teoría general de la extinción de asientos registrales», en *RCDI*, 1973, págs. 811-855.
- ROCA SASTRE, R. M., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho Hipotecario*, tomo III, Ed. Bosch, Barcelona, 1979 y 1995.
- SERRANO ALONSO, E.: *Conceptos fundamentales de Derecho Hipotecario*, Ed. Forum, Oviedo, 1993.
- VÁZQUEZ CAMPO, A.: «La cancelación y la técnica hipotecaria española», en *RCDI*, 1930, págs. 690-698.
- ZUMALACÁRREGUI, T.: «Meditaciones en torno a la cancelación», en *RCDI*, 1967, págs. 779-793.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

RRDGRN de 11 de agosto de 1863; 20 de octubre de 1875; 31 de marzo de 1885; 10 de diciembre de 1889; 31 de marzo de 1896, 16 de junio de 1898, 26 de enero de 1900, 27 de abril de 1907, 28 de enero de 1916, 12 de febrero de 1916, 18 de julio de 1926, 25 de marzo de 1930, 22 de febrero de 1941, 16 de julio de 1943, 27 de diciembre de 1945, 4 de abril de 1960, 18 de diciembre de 1962, 28 de febrero de 1977, 25 de enero de 1988, 5 de abril de 1990, 12 de noviembre de 1990, 7 de noviembre de 1990, 12 de noviembre de 1990 y 15 de marzo de 1994.

RESUMEN

CANCELACIÓN ASIENTOS REGISTRALES

En este trabajo se analiza el asiento de cancelación registral. En concreto se examinan las distintas características del mismo, partiendo de la teoría general de los asientos registrales, con la finalidad de poder dar, posteriormente, una

ABSTRACT

CANCELLATION REGISTRATION ENTRIES

This paper looks at registration cancellation entries. It begins with the different characteristics of cancellation entries, based on general theory, and moves on from there to a definition or outline of the concept of such entries as they are

definición o concepto de dicho asiento que se ajuste a la realidad. De igual modo, poniendo de relieve sus especiales caracteres será más fácil comprender su verdadera función y finalidad, que no es otra que dejar sin efecto un asiento anterior y concreto al que se refiere, siendo vehículo de la publicidad registral.

in reality. The special features of cancellation entries are examined as well, to make it easier to grasp the true function and purpose of entries of this sort, which is to render a particular previous entry null and void. Registration cancellation entries are vehicles for disclosing registration information.

1.4. Sucesiones

LA FIRMA HABITUAL Y USUAL EN LOS TESTAMENTOS OLÓGRAFOS: CUESTIONES SOBRE LA FIRMA HABITUAL O DE «MANO PROPIA» COMO REQUISITO DE VALIDEZ

por

MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ
Profesora Contratada Doctora
del Departamento de Derecho Civil de la UNED

SUMARIO: I. ANTECEDENTES Y NOTAS INTRODUCTORIAS SOBRE EL TESTAMENTO OLÓGRAFO Y SU RÉGIMEN JURÍDICO COMÚN: 1. LA RELEVANCIA EN LA PRÁCTICA FORENSE DEL TESTAMENTO OLÓGRAFO: PLANTEAMIENTO GENERAL. 2. DE LAS ENMIENDAS Y ADICIONES CONSIGNADAS EN LA EDICIÓN OFICIAL DEL CÓDIGO CIVIL Y LA RESTRICCIÓN DE HACER TESTAMENTO A LOS MAYORES DE EDAD, A LA SUPRESIÓN DEL REQUISITO DEL PAPEL SELLADO EN EL AÑO 1904. 3. EL TESTAMENTO OLÓGRAFO COMO DISPOSICIÓN ENTERAMENTE MANUSCRITA: NOTAS ESENCIALES Y REQUISITOS O PRESUPUESTOS NECESARIOS DE VALIDEZ Y EFICACIA.—II. LA FIRMA HABITUAL O USUAL COMO FIRMA QUE SE USA EN EL MOMENTO PRESENTE: EL REQUISITO DE LA FIRMA COMO PRESUPUESTO *AD SOLEMNITATEM* DEL TESTAMENTO OLÓGRAFO: 1. ALGUNOS PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES RECIENTES SOBRE LA AUTOGRAFÍA, SU AUTENTICIDAD Y EL PROBLEMA DE LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA TESTIFICAL Y PERICIAL PRIVADA: LA HUELLA DIGITAL Y LA FIRMA ELECTRÓNICA NO SIRVE A LOS EFECTOS DE IDENTIFICAR AL AUTOR Y SU *ANIMUS TESTANDI*. 2. EL OTORGAMIENTO DE HASTA DIECISIETE TESTAMENTOS ABIERTOS Y LA REDACCIÓN DE UN TESTAMENTO OLÓGRAFO POR UNA PERSONA DE NOVENTA Y SEIS AÑOS DE EDAD: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 5 DE MAYO DE 2011. 3. CONTROVERSIAS Y PRUEBA EN TRÁMITE JUDICIAL DE LA AUTENTICIDAD DE LA FIRMA: LA ALEGACIÓN, PRÁCTICA Y VALORACIÓN DE DICTAMEN PERICIAL, INTERROGATORIO DE TESTIGOS Y OTROS DOCUMENTOS PRIVADOS, ES COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL JUZGADOR DE INSTANCIA. 4. EL TESTAMENTO OLÓGRAFO Y LAS MEMORIAS TESTAMENTARIAS COMO TESTAMENTO COMPLEMENTARIO: NOTAS DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIA SOBRE EL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS RELATIVOS A SU PROTOCOLIZACIÓN.—III. LAS NUEVAS CODIFICACIONES FORALES Y LA INCLUSIÓN DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA SOBRE EL TESTAMENTO OLÓGRAFO U HOLÓGRAFO: APUNTES SOBRE LOS CÓDIGOS ARAGONÉS Y CATALÁN: 1. EL CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN: LA CAPACIDAD PARA DISPONER *MORTIS CAUSA* EN TESTAMENTO OLÓGRAFO MANCOMUNADO EXIGE LA CONCURRENCIA DE LA MAYORÍA DE EDAD EN AMBOS TESTADORES. 2. EL LIBRO CUARTO DEL CÓDIGO CIVIL DE

CATALUÑA, RELATIVO A LAS SUCESIONES Y LAS DISPOSICIONES RELATIVAS AL TESTAMENTO HOLÓGRAFO: 2.1. *Nulidad de documento autógrafo por falta de cumplimiento de los requisitos del testamento ológrafo e ineficacia como codicilo: la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 7 de enero de 1993.* 2.2. *Otros pronunciamientos que abordan la autenticidad del testamento y la necesaria convicción judicial de su autoría mediante la práctica de los medios de prueba que así lo evidencien.*—IV. LA ENTERA AUTOGRAFÍA Y FIRMA HABITUAL EN EL TESTAMENTO OLÓGRAFO COMO REQUISITOS INTRÍNSECOS Y ESENCIALES: NUEVAS TECNOLOGÍAS Y FIRMA ELECTRÓNICA. ¿RE-FORMULACIÓN DE LAS FÓRMULAS TESTAMENTARIAS CLÁSICAS?—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. ANTECEDENTES Y NOTAS INTRODUCTORIAS SOBRE EL TESTAMENTO OLÓGRAFO Y SU RÉGIMEN JURÍDICO COMÚN

1. LA RELEVANCIA EN LA PRÁCTICA FORENSE DEL TESTAMENTO OLÓGRAFO: PLANTEAMIENTO GENERAL

La actualidad y vigencia del testamento ológrafo es innegable, y así se pone de manifiesto en las constantes resoluciones judiciales de las que trae causa, suscitadas por las controversias entre los beneficiarios de dichas disposiciones *mortis causa* y quienes se creían beneficiarios de bienes y derechos del causante. De modo que los particulares recurren a esta sencilla fórmula testamentaria, si bien, en ocasiones, la ausencia de asesoramiento técnico puede provocar la ineficacia de alguno de los puntos relativos no tanto de contenido y distribución de bienes, cuanto la esencialidad de los requisitos del testamento ológrafo y, con ello, la nulidad radical de dicho documento. Eso sí, caso de que el documento controvertido fuese realmente imputable al causante o, incluso siendo auténtico, recogiese la voluntad del testador y con él, hubiese perseguido ordenar bienes y patrimonios para después de su muerte.

En resumidas cuentas, el testamento ológrafo es aquel enteramente escrito por el testador y se trata de una de las formas testamentarias más sencillas, por cuanto no han de concursar verdaderas formalidades en el acto de su otorgamiento. Sin embargo, la aparente sencillez no es sinónimo de absoluta libertad, por lo que su documentación habrá de respetar ciertas prescripciones legales, en cuya ausencia la voluntad *mortis causa* no surtirá efectos jurídicos. En este sentido, el Código Civil español, en su artículo 688, reclama el concurso de los siguientes presupuestos: completa autografía del testador, firma y expresión del año, mes y día (1).

Dada la exclusiva competencia del juzgador de instancia para la valoración de la prueba, el testamento ológrafo no suele ser el hecho controvertido que suscita

(1) CÁRDENAS miraba con auténtico recelo esta posibilidad testamentaria y su negativa visión decía: «consideramos una novedad peligrosa la admisión del testamento ológrafo (...); en un país como el nuestro, donde el arte de imitar la escritura ajena ha llegado al mas alto grado de perfección no podría menos de abrir ancho campo á las falsificaciones semejante modo de testar. Cada testamento ológrafo pudiera dar motivo á un pelito (...) luego el testamento ológrafo no tiene un fin necesario: se usará por mas económico y no por mas secreto (...) lo falsificará el pariente descontento ó el amigo desatendido, y los herederos instituidos en ellos correrán el peligro de verse injustamente despojados...» (*El Derecho Moderno. Revista de Jurisprudencia y Administración*, tomo XI, Madrid, 1851, pág. 285).

el recurso de casación; sin embargo, su protagonismo en primera instancia o apelación es creciente, a la vista de su necesaria protocolización y su presencia en procedimientos ordinarios, a lo que se añade su presencia en el ámbito del derecho privado internacional.

De lo dicho se sigue que el testamento ológrafo haya sido calificado como una de las «vedettes» del Derecho Sucesorio Internacional, y señalados sus perfiles como «fuente inagotable y tema de cuestiones controvertidas, teniendo en cuenta que son cuestiones sucesorias de forma no reguladas por el artículo 9.8 del Código Civil todas aquellas cuestiones que se refieren al modo de exteriorizar o manifestar la voluntad de los sujetos que intervienen en la sucesión» (2).

2. DE LAS ENMIENDAS Y ADICIONES CONSIGNADAS EN LA EDICIÓN OFICIAL DEL CÓDIGO CIVIL Y LA RESTRICCIÓN DE HACER TESTAMENTO A LOS MAYORES DE EDAD, A LA SUPRESIÓN DEL REQUISITO DEL PAPEL SELLADO EN EL AÑO 1904

La actual y vigente regulación sustantiva del testamento ológrafo —desarrollada en los arts. 688 a 693 del CC español (3)— encuentra su fundamento institucional en el 676 y 678, en tanto en cuanto el primero de ellos lo caracteriza como testamento común y, el segundo, impone como nota esencial de estas disposiciones testamentarias, la autografía total del documento privado de últimas voluntades (4).

La redacción de los preceptos que se acaban de mencionar, ha sido objeto de alguna modificación, teniendo en cuenta que, sobre el texto original, la Base 15 preceptuaba que «el tratado de las sucesiones se ajustará en sus principios capitales a los acuerdos que la Comisión general de codificación reunida en pleno con asistencia de los señores vocales correspondientes y de los señores Senadores y Diputados, adoptó en las reuniones celebradas en noviembre de 1882, y con arreglo a ellos se mantendrá en su esencia la legislación vigente sobre los testamentos en general, su forma y solemnidades, sus diferentes clases de abierto, cerrado, militar, marítimo y hecho en país extranjero, añadiendo el ológrafo...» (5).

En particular, la inicial publicación del Código Civil no exigía la mayoría de edad, sino que omitía cualquier referencia a la vigente excepción de la capacidad

(2) CARRASCOSA GONZÁLEZ, «El testamento ológrafo y el Derecho Internacional Privado», en *Revista de la Facultad de CCSJ de Elche*, I, 3, 2008, pág. 185.

(3) Sistemáticamente, sabido es, la Sección cuarta *Del testamento ológrafo*, está integrada en el Libro III, *De los diferentes modos de adquirir la propiedad*, Título III, *De las sucesiones*, Capítulo I, *De los testamentos*.

(4) En este sentido y por cuanto afecta al artículo 678, téngase presente que en él se declara: «se llama ológrafo el testamento cuando el testador lo escribe por sí mismo en la forma y con los requisitos que se determinan en el artículo 688». Precepto que concreta los presupuestos siguientes: «El testamento ológrafo solo podrá otorgarse por personas mayores de edad. Para que sea válido este testamento deberá estar escrito todo él y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue. Si contuviere palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, las salvará el testador bajo su firma. Los extranjeros podrán otorgar testamento ológrafo en su propio idioma». Finalmente, el artículo 676 que abre la sección tercera *De la forma de los testamentos* especifica que «el testamento puede ser común o especial. El común puede ser ológrafo, abierto o cerrado».

(5) Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, por la que se autoriza al Gobierno para publicar un Código Civil, con arreglo a las condiciones y bases establecidas en la misma (Gaceta de Madrid, de 22 de mayo de 1888).

general para testar (6). En justa consecuencia con este tenor literal, podría haber dispuesto de esta fórmula testamentaria cualquier persona mayor de catorce años con capacidad natural para ello (7).

Sin embargo, poco duró esta capacidad general de los mayores de catorce años para hacer válido testamento ológrafo, pues la Real Orden de 29 de julio de 1889 vetó esta posibilidad y elevó la mayoría de edad como requisito de capacidad (8). En este sentido, declaraba dicha Real Orden, del Ministerio de Gracia y Justicia, como fundamento de las adiciones y enmiendas consignadas en la nueva edición del Código Civil que «algunas pequeñas variaciones ha introducido también la Sección en el capítulo de los testamentos, examinadas todas a determinar las condiciones necesarias para asegurar su autenticidad y alejar el peligro de las falsedades. Con esta mira, y aceptando indicaciones hechas en las Cortes, ha restringido la facultad de hacer testamento ológrafo, concediéndolo tan solo a los mayores de edad, aunque baste la de catorce años para testar en otra forma» (9).

Por su parte, la Ley de 21 de julio de 1904, eliminó el requisito del papel sellado al año de su otorgamiento, que ofrecía la ventaja de dar certeza a la fecha de su elaboración (10), dando la redacción todavía vigente del 688 (11).

Por fin, la última reforma afectó al párrafo primero del artículo 692, redactado por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

3. EL TESTAMENTO OLÓGRAFO COMO DISPOSICIÓN ENTERAMENTE MANUSCRITA: NOTAS ESENCIALES Y REQUISITOS O PRESUPUESTOS NECESARIOS DE VALIDEZ Y EFICACIA

De lo que se acaba de decir y a la vista de los criterios clasificatorios prevenidos por el mencionado 676, el testamento que nos ocupa es una disposición *mortis causa*, de naturaleza común, al lado de los abiertos y cerrados. A mayor abundamiento, una de las más reconocidas autoridades en la materia, la profesora TORRES GARCÍA incorpora a su identificación como testamento con forma escrita y común, dos notas esenciales más: «privada, ya que solamente es el testador el

(6) Decía el artículo 688, según la publicación de la Gaceta de Madrid, número 316, de 11 de noviembre de 1888, pág. 455: «El testamento ológrafo, para ser válido, deberá hacer en papel del sello correspondiente al año de su otorgamiento, estar escrito todo y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue. Si contiene palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, las salvará el testador antes de poner su firma».

(7) Artículo 663. Están incapacitados para testar: 1.º Los menores de catorce años de uno y otro sexo. 2.º El que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio».

(8) En la sexta Partida, Título I, ley VII, autoriza al padre de familia a redactar un testamento escrito.

(9) Gaceta de Madrid, de 30 de julio de 1889, núm. 211, pág. 334.

(10) Este requisito del papel sellado que tenía la ventaja de garantizar la autenticidad de la fecha; su supresión responde a que había territorios donde no se utilizaba este papel timbrado estatal (vid. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de Sucesiones*, I, Barcelona, 1995, 2.ª ed., pág. 165, nota 318).

(11) También modificó el 732: «Los españoles podrán testar fuera del territorio nacional, sujetándose á las formas establecidas por las leyes del país en que se hallen. También podrán testar en alta mar durante su navegación en un buque extranjero, con sujeción á las leyes de la Nación á que el buque pertenezca. Podrán asimismo hacer testamento ológrafo, con arreglo al artículo 688, aun en los países cuyas leyes no admitan dicho testamento» (Gaceta de Madrid, núm. 206, de 24 de julio de 1904, pág. 280).

que interviene en la escritura del documento testamentario (...) y secreta, tanto en su existencia como en su contenido» (12).

En consecuencia y dada la redacción del artículo 688, los caracteres ordinarios del testamento ológrafo se pueden enumerar de la forma siguiente:

- a) Se trata de una disposición testamentaria;
- b) se trata de un acto personalísimo;
- c) se trata de un acto unilateral y unipersonal;
- d) se trata de un acto formal.

La plena eficacia como disposición *mortis causa* del testamento ológrafo, reclama la concurrencia simultánea de todos sus presupuestos, en principio referida al momento de su otorgamiento y no en el que produzca efectos, según la doctrina jurisprudencial aplicable (13).

Estos criterios, clasificados según criterios subjetivos, objetivos, formales, rituales y temporales, son:

1. De carácter subjetivo: como excepción al régimen ordinario, para evacuar válidamente el testamento ológrafo resulta necesario ostentar la mayoría de edad, al tiempo que ha de concursar la intención de disponer *mortis causa* (14).
2. De carácter objetivo: puede contemplar la institución de heredero, mandas o legados, así como otra disposición *mortis causa*.
3. De carácter formal: se requiere la autografía completa del testador, con incorporación del año, mes y día del otorgamiento, así como la firma del testador (15).

(12) Vid. TORRES GARCÍA, «Comentario de los artículos 657 a 693», en *Comentarios al Código Civil*, Tomo IX, vol. 1 A, Edersa, Madrid, 1990; «Comentario a la sección cuarta *Del testamento ológrafo* del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1732 a 1752.

(13) Vid., sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de junio de 1914.

(14) Así lo ratifica ALBALADEJO GARCÍA, «Comentario del artículo 672», en *Comentarios al Código Civil*, Tomo IX, vol. 1 A, Edersa, Madrid, 1990. Por otra parte, nada impide que el testador las redacte siendo menor de edad y después ratifique lo allí reflejado.

(15) En el Auto de la Audiencia Provincial de Oviedo, de 9 de febrero de 2011, desestimatorio del recurso interpuesto contra la denegación de admisión a trámite de una solicitud de protocolización de testamento ológrafo «por haberse intentado ya en una ocasión anterior, que finalizó por Auto de esta misma Sala, de fecha 23 de diciembre de 2008, que confirmó el del Juzgado número 1 de Grado, de 9 de septiembre del mismo año por la que se denegaba esa protocolización. El motivo de esa decisión era que no se encontraba debidamente cumplimentada la observancia del requisito de la fecha, exigido en el artículo 688 del Código Civil. Como quiera que el problema sigue siendo el mismo (como año de otorgamiento se indica el número 200), es lógico el acuerdo adoptado en el sentido de inadmitir un expediente en el que se reitera la misma solicitud ya formulada y resuelta». Al tiempo y sobre la denegación de protocolización, «alega la recurrente que las resoluciones dictadas en esta clase de expedientes carecen del efecto de cosa juzgada, lo que es cierto (véanse, en este sentido, sentencias del TS de 9 de mayo de 1961, 17 de noviembre de 1966, 16 de junio de 1988 ó 18 de junio de 1994). Pero ello no significa que pueda reproducirse indefinidamente la misma pretensión cuando ya se ha decidido sobre la misma, desestimándola por un defecto formal que continúa en la actualidad. Es más, el propio artículo 693 del Código, que la apelante cita como infringido, señala claramente cuál es la vía a seguir al indicar que, cualquiera que sea la resolución, se llevará a efecto, quedando a salvo el derecho de los interesados para ejercitarla en el juicio que corresponda,

4. De carácter ritual: para que despliegue eficacia como disposición *mortis causa*, se requiere su adveración o comprobación judicial de la identidad de la letra y firma del causante, así como la protocolización posterior a la adveración (16), en los registros notariales (17), en tiempo y forma (18).

que no es otro que el declarativo ordinario. Es ahí donde la parte podrá plantear la tesis que mantiene acerca de la certeza y validez de la fecha del testamento, en un cauce que permite ampliar medios de prueba y contradicción, sin que a ello sea óbice que en la actualidad, según dice, no exista oposición alguna, pues sí habrá interesados en la herencia del fallecido, quienes, llamados a los autos, podrán adoptar la postura que estimen más conveniente.

(16) Artículo 689. El testamento ológrafo deberá protocolizarse, presentándolo con este objeto al Juez de primera instancia del último domicilio del testador, o al del lugar en que este hubiese fallecido, dentro de cinco años, contados desde el día del fallecimiento. Sin este requisito no será válido. Artículo 690. La persona en cuyo poder se halle depositado dicho testamento deberá presentarlo al Juzgado luego que tenga noticia de la muerte del testador, y, no verificándolo dentro de los diez días siguientes, será responsable de los daños y perjuicios que se causen por la dilación. También podrá presentarlo cualquiera que tenga interés en el testamento como heredero, legatario, albacea o en cualquier otro concepto. Artículo 691. Presentado el testamento ológrafo, y acreditado el fallecimiento del testador, el Juez lo abrirá si estuviere en pliego cerrado, rubricará con el actuario todas las hojas y comprobará su identidad por medio de tres testigos que conozcan la letra y firma del testador, y declaren que no abrigan duda racional de hallarse el testamento escrito y firmado de mano propia del mismo. A falta de testigos idóneos, o si dudan los examinados, y siempre que el Juez lo estime conveniente, podrá emplearse con dicho objeto el cotejo pericial de letras. Artículo 692. Para la práctica de las diligencias expresadas en el artículo anterior serán citados, con la brevedad posible, el cónyuge sobreviviente, si lo hubiere, los descendientes y los ascendientes del testador, y, en defecto de unos y otros, los hermanos. Si estas personas no residieren dentro del partido, o se ignorare su existencia, o siendo menores o incapacitados carecieren de representación legítima, se hará la citación al Ministerio fiscal. Los citados podrán presenciar la práctica de dichas diligencias y hacer en el acto, de palabra, las observaciones oportunas sobre la autenticidad del testamento. Artículo 693. Si el Juez estima justificada la identidad del testamento, acordará que se protocolice, con las diligencias practicadas, en los registros del Notario correspondiente, por el cual se darán a los interesados las copias o testimonios que procedan. En otro caso, denegará la protocolización. Cualquiera que sea la resolución del Juez, se llevará a efecto, no obstante oposición, quedando a salvo el derecho de los interesados para ejercitarlo en el juicio que corresponda.

(17) Vid. Reglamento del Notariado, Decreto de 2 de junio de 1944: Artículo 3. En el Registro General se tomará razón: *b)* De los testamentos ológrafos, si los otorgantes lo desean y lo hacen constar por medio de acta notarial, en que se expresen la fecha y lugar de su otorgamiento y las demás circunstancias personales expresadas en el artículo siguiente. *c)* De la protocolización de los testamentos ológrafos (...). Artículo 20. El Agente diplomático o consular en cuyo poder hubiese depositado su testamento ológrafo o cerrado un español, lo remitirá al Ministerio de Asuntos Exteriores, cuando fallezca el testador, con el certificado de defunción, para los fines expresados en el artículo 736 del Código Civil.

(18) El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 11 de mayo de 2011, sostiene sobre la caducidad, «es un plazo procesal de procedibilidad, que por su no ejercicio, por transcurrido el plazo preclusivo sin actividad alguna por parte del titular del derecho, se producirá su extinción automática, radical y definitiva. De Castro nos enseña que el derecho o facultad que se extingue por la caducidad, puede decirse que más que morir es que no ha llegado a nacer. La jurisprudencia ha reiterado el efecto extintivo de la caducidad en muchas sentencias ya viejas pero cuya doctrina aún es vigente, que indican, que por el transcurso del plazo de cinco años para la protocolización del testamento ológrafo constituye un plazo de caducidad, su transcurso provoca la «cesación del valor jurídico del testamento, con efecto radical y automático (vid. STS de 27 de abril de 1940); la caducidad es una acción netamente civil que provoca la definitiva pérdida de los derechos para su titular por el no

5. De carácter temporal: puede ser redactado antes o después de otro testamento (19).
6. De carácter singular o plural: el otorgante puede redactar cuantos testamentos de esta naturaleza, o de otra, tenga por conveniente siempre que se observen los requisitos de obligado cumplimiento.

Las divergencias judiciales sobre el testamento ológrafo se dirigen, singularmente, a poner en tela de juicio tanto la capacidad del testador, como la auténtica autoría del manuscrito y, en particular, que la firma plasmada en el documento sea la del causante, pudiéndose acudir a la protocolización del testamento según los trámites previstos en el Código Civil o, acudir, directamente a la vía ordinaria para resolver las controversias que se puedan plantear (20).

ejercicio en el plazo establecido en la ley (STS de 6 de noviembre de 1962); cuando la ley otorga un plazo determinado para el ejercicio de una acción se está ante la presencia de un plazo de caducidad, pasado el cual el derecho deja de existir (vid. STS de 18 de octubre de 1963); en el mismo sentido están las sentencias de 17 de febrero de 1979, 22 de septiembre de 1983 y 26 de diciembre de 1970, etc.».

(19) En la sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de junio de 2011, en la que se estima por infracción procesal el recurso interpuesto, el supuesto de hecho ventila las consecuencias de un testamento que «fue complementado por otro ológrafo, debidamente protocolizado, por el que el testador dispuso lo siguiente: “Es mi voluntad que en el apartado tercero de dicho testamento, referente a la manera de cómo se ha de heredar, disfrutar y conservar y transmitir el quinto de mi propiedad en la Dehesa de Guadalerzas, denominado D, se entienda aplicado en igual forma el Quinto Colindante, también mío, conocido con el nombre de D. Habrán pues, de formar estos dos Quintos una sola finca, que heredará en primer término, a mi muerte, mi hermana doña Carolina y al fallecimiento de esta, las personas que sucesivamente llamo a la herencia en dicho apartado tercero, con la prohibición de enajenar, limitaciones en el aprovechamiento y demás restricciones que allí consigno solo para la Solana, y ahora, como queda dicho, hago extensivas al D”».

(20) El auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 11 de mayo de 2010, desestimatorio de un recurso de apelación concreta lo siguiente: «a la protocolización del testamento ológrafo, se destinan los artículos 690, 691, 692 y 693 del Código Civil y 1956 a 1979 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, preceptos ubicados dentro del libro tercero (jurisdicción voluntaria) de la ley procesal que continúan vigentes en base a lo dispuesto en la excepción primera del apartado 1 de la Disposición Derogatoria única de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Se indica, en el párrafo segundo del artículo 693 del Código Civil y en el artículo 1974 de la ley ritualaria, que aun cuando, en el procedimiento de jurisdicción voluntaria se hubiere acordado la protocolización del testamento ológrafo, este podrá ser impugnado en un juicio declarativo. Debiendo tenerse en cuenta que, tal y como se dice en la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, número 368/1996 de 14 de mayo de 1996 (RJ Ar. 3910): “si bien no es posible reclamar en juicio supuestos derechos con base en un documento que la parte reclamante considera que es un testamento ológrafo, si previamente no ha obtenido la protocolización del mismo en la forma que determinan los artículos 689 y siguientes del Código Civil. Ello no obsta para que se pueda obtener la declaración judicial de que un determinado documento es válido y eficaz como testamento ológrafo, lo cual puede pretenderse directamente a través de un juicio declarativo ordinario, sin haber tenido que obtener previamente la protocolización del mismo, como así lo tiene proclamado esta Sala en sentencias de 31 de enero de 1911 y 28 de enero de 1914, la primera de las cuales declara lo siguiente: ...siendo así que esas mismas solemnidades, en lo que tengan de fundamental para hacer constar la voluntad de un testador y su forma legal de expresión, pueden y deben acreditarse, bien en el expediente de jurisdicción voluntaria previsto en el Título 6.º, Libro 3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien en el correspondiente juicio contradictorio..., y agregando la segunda que ...no puede admitirse,

Sobre la autografía total y la sustitución de la caligrafía por la escritura mecánica, por los razonamientos alegados conviene traer razón de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala de lo Civil y Penal), de 31 de octubre de 2008, en tanto describe cómo «la parte recurrente hace ímprobos esfuerzos para tratar de llevar a esta Sala al convencimiento de que la autografía no es un requisito esencial del testamento ológrafo, llegando a afirmar que otra solución sería “magnificar la forma a ultranza... abrazar un formalismo tan exagerado y trasnochado que se contradice con los principios de nuestro Derecho Foral al respecto”. En la referida línea argumentativa aduce que la exigencia de la autografía como requisito esencial del testamento ológrafo contradice el artículo 3 del Código Civil, en alusión a que hoy en día la forma normal de escribir es mediante ordenador, habiendo caído en desuso la autografía; de modo que la realidad social, así expuesta, exige una interpretación acorde con ella. El razonamiento no puede ser compartido. Es evidente que esta forma testamentaria presenta algunos inconvenientes, quizás el más destacado sea el de que la falta de asesoramiento técnico-jurídico acerca de sus requisitos esenciales puede producir su nulidad. Pero no podemos dejar de resaltar las indudables ventajas que tiene, concretadas en su sencillez y rapidez, al permitir que una persona pueda expresar su voluntad testamentaria de forma inmediata, en atención a las circunstancias concurrentes, surgidas a veces de forma imprevista y grave. Por ello no es cierto que la realidad social imponga la solución que propone el recurso».

Sigue la sentencia, fundando sus argumentos en la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo en materia de autografía total del testamento ológrafo y, en especial, de la esencialidad de este requisito caracterizado, como ya se ha visto, de esencial: «Que los requisitos exigidos por el artículo 688 del Código Civil para la existencia en derecho del testamento ológrafo, y entre ellos muy particularmente el de la autografía total, son esenciales al acto o lo corporizan como categoría jurídica a falta de intervención de funcionario público, es una declaración jurisprudencial constante. Es elocuente al respecto la sentencia de la Sala 1.ª del TS, de fecha 3 de abril de 1945, en cuyo considerando primero se dice: “Que la jurisprudencia de esta Sala, velando por aquellas garantías de seguridad y certeza que deben rodear a toda disposición testamentaria, aunque esta adopte la forma sencilla y simplificada del testamento ológrafo, ha sancionado como tesis general, la de que en el otorgamiento de esta clase de negocios jurídicos tienen el carácter de esenciales todas las formalidades prevenidas en el artículo 688 del Código Civil, siendo indispensable su concurrencia para la validez del acto (sentencia de 13 de mayo de 1942, que recoge y sintetiza la orientación de muchos fallos anteriores), y con referencia especial al requisito de

como se pretende en el recurso, que la no existencia de esa protocolización les prive de su carácter ni obste para que en el procedimiento de juicio ordinario, como se ha hecho en este caso, pueda sostener su validez o solicitar la declaración de nulidad, porque en cuanto a lo primero, así lo reconoció este Tribunal, entre otras, en su sentencia de 31 de enero de 1911, declarando la eficacia de disposición testamentaria que no estaba protocolizada... Pues el juicio declarativo ordinario, con la plenitud de conocimiento que comporta, ofrece mayores garantías de acierto que un acto de jurisdicción voluntaria, cual el que regulan los artículos 689 y siguientes del Código Civil, siempre que no haya transcurrido el plazo de caducidad que establece el primero de los citados preceptos y, además, en dicho juicio ordinario se dé posibilidad de ser oídos a todos los parientes del testador que relaciona el artículo 692 de dicho Código (el cónyuge sobreviviente, si lo hubiere, los descendientes y los ascendientes y, en defecto de unos y otros, los hermanos)”».

la fecha tiene establecido con gran reiteración y sin admitir salvedad o excepción ninguna, que el testamento ológrafo que no contiene indicación exacta del año, mes y día en que fue escrito, carece de una condición esencial para su validez (sentencias de 29 de septiembre de 1900, 12 de julio de 1905, 5 de diciembre de 1927 y 13 de mayo de 1942)". Tal tesis interpretativa ha sido seguida, como decimos, sin modificaciones, hasta la fecha actual, pudiendo citarse entre otras las SSTs de 19-12-56; 24-2-61; 14-2-81 y 18-6-94. Cabe añadir que también ha habido unanimidad en la doctrina científica al configurar como requisito esencial de esta forma testamentaria el de la autografía total por parte del testador, precisamente para poder tener la plena certeza de que el documento recoge su voluntad testamentaria».

Y es que conviene recordar que: «existen, en efecto, negocios rígidamente formales cuya validez se subordina al cumplimiento no solo de un forma, sino de una determinada forma de cubrir esa forma. El ejemplo más claro es el del testamento ológrafo (...). Respecto a este, hay que concluir cabalmente que ni la interpretación más progresista y correctora del tenor legal puede llegar a identificar —ni siquiera equiparar— la olografía con el texto electrónico o la firma del testador con la digital. Y ello no es solo porque tal hipótesis no se encuentre incluida en la *ratio legis*, sino porque contradiría el propio concepto del negocio. También es cierto que la noción de firma electrónica nació y se ha desarrollado para facilitar el comercio electrónico, es decir, el tráfico *inter vivos*, y no los negocios *mortis causa*» (21).

Con todo, nada impide que el legislador autorice o equipare firma autógrafa y firma electrónica u otro procedimiento de similares características, y que la etimología (gr. holos = todo, entero + grafo = escribir) acoja, adicionalmente a la acepción de autógrafo o de puño y letra, la de la «autografía» por medios electrónicos que garanticen la autoría del testador. Y si ejemplos ha dado el poder legislativo contemporáneo sobre la necesaria adaptación de los diccionarios a las nuevas formulaciones de instituciones familiares (v.gr., matrimonio), más nos ha proporcionado la evolución histórica sobre la conservación nominal de la denominación institucional de una figura cuyo contenido y perfiles han sido radicalmente alterados desde sus orígenes y antecedentes jurídicos.

II. LA FIRMA HABITUAL O USUAL COMO FIRMA QUE SE USA EN EL MOMENTO PRESENTE: EL REQUISITO DE LA FIRMA COMO PRESUPUESTO AD SOLEMNITATEM DEL TESTAMENTO OLÓGRAFO

1. ALGUNOS PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES RECIENTES SOBRE LA AUTOGRAFÍA, SU AUTENTICIDAD Y EL PROBLEMA DE LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA TESTIFICAL Y PERICIAL PRIVADA: LA HUELLA DIGITAL Y LA FIRMA ELECTRÓNICA NO SIRVE A LOS EFECTOS DE IDENTIFICAR AL AUTOR Y SU ANIMUS TESTANDI

La práctica de la prueba puede llevar, lógicamente, a la conclusión de que la firma plasmada en el documento controvertido es de la auténtica autoría del causante, caso de que en la testifical nadie rechace categóricamente su autenticidad, ni el dictamen pericial sostenga idéntica negación.

(21) TORRES LANA, «Forma del negocio y nuevas tecnologías», en *RDP*, 2004, págs. 489 a 522.

En aquel sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 18 de marzo de 2011, estima el recurso interpuesto y ordena la protocolización del testamento sosteniendo en sus razonamientos jurídicos lo siguiente: «Señala el artículo 688 del Código Civil que para que sea válido el testamento ológrafo deberá estar escrito todo él y firmado por el testador. La sentencia recurrida no tiene por acreditado, de acuerdo con las pruebas aportadas, que tanto la firma, como el cuerpo de escritura, sean de puño y letra del testador. En las presentes actuaciones se ha practicado prueba testifical, en la cual los testigos doña Modesta y doña Remedios manifiestan que creen que la letra y firma, que consta en el mismo, están realizadas por el señor Juan Manuel. Y don Genaro, quien confirmó que con toda seguridad el documento que se pretende testamento ológrafo está realizado por el señor Juan Manuel. En el cuestionado informe pericial elaborado por doña Casilda, debe tenerse en cuenta que lo que considera es que no puede ser categórico en la conclusión, mientras no se disponga de escrituras coetáneas a dicho testamento ológrafo, así como por el tiempo transcurrido, pues de las que se ha dispuesto son de hace algunos años. Pero no se puede ignorar el párrafo que precede a esta conclusión en la que consta: “En virtud del abrumador número de concordancias encontradas entre los textos indubitados y el testamento ológrafo dubitado, en comparación con las discrepancias halladas entre ellos, se tendría que llegar a la conclusión que el documento dubitado ha sido hecho por don Juan Manuel”. Todos estos datos llevan a la Sala a una conclusión diferente a la de la Juzgadora de Instancia, pues los testigos sostienen la veracidad de la autoría del testamento, y la única diferencia entre ellos es que uno la sostiene con rotundidad frente a los otros dos, que se limitan a creer que efectivamente se corresponde con la de don Juan Manuel. Ninguno de ellos ni duda, ni niega la autenticidad de dicha autoría. El dictamen habla de abrumadoras concordancias, frente a débiles divergencias que le llevarían a confirmar la autoría, que no sostiene categóricamente, pero de la que en ningún momento duda o rechaza a la de don Juan Manuel. Y las razones en las que justifica tal falta de contundencia en su conclusión de autoría, es el tiempo transcurrido, y el no haber dispuesto de textos coetáneos a la fecha de emisión del citado posible testamento ológrafo. Ante estos datos y testimonios en los que no se detectan dudas, sobre la autoría de lo manuscrito, y solo falta de contundencia en la definitiva afirmación, la Sala llega a la conclusión de su real autoría por don Juan Manuel».

Como advierte LACRUZ BERDEJO, la clase de firma se trata de la manera de firmar que: «no deja dudas sobre la intención del firmante, y que, a la vez, puede calificarse como firma del testador», y siendo la que use normalmente «debe bastar cualquiera que sea firma suya e indiscutiblemente haya sido trazada con el ánimo de hacer definitivo y operante lo escrito» (22).

La sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 12 de marzo de 2010 (23), que desestima el recurso de apelación interpuesto por el demandante que instaba la nulidad del testamento ológrafo, recoge las siguientes afirmaciones: «La sentencia dictada en la precedente instancia ha sido recurrida por el actor, don José Antonio, que pretende su revocación y la estimación de la demanda por él interpuesta. Como alegaciones en las que sustenta esa pre-

(22) *Elementos de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 1988, reimpresión de 1992, pág. 249.

(23) Idéntica suerte correría el recurso de casación desestimado por Auto del Tribunal Supremo, de 7 de junio de 2011, analizado más adelante.

tensión pone de manifiesto, con carácter previo, las acciones por él ejercitadas (una, principal, de nulidad de testamento ológrafo, por no ser auténtico, y otra, subsidiaria, de nulidad de las disposiciones de ese testamento primera —por incerteza del legado referido al asilo de ancianos de La Laguna— y segunda —por recaer sobre el legado relativo a la finca 1 ó 2 una sustitución fideicomisaria de carácter condicional—), haciendo una síntesis de la indicada sentencia; de otro lado, aduce error en la valoración de la prueba llevada a cabo por la juzgadora de la instancia, entendiéndolo por el contrario dicho apelante, que de la valoración conjunta que él efectúa ha quedado en realidad acreditado que ni la firma ni la letra del expresado testamento son de don Abel, sin que menos aún pueda atribuirse a este su contenido, señalando los extremos de los que discrepa de la fundamentación jurídica de la sentencia apelada, y analizando en concreto, de forma extensa y detallada, las pruebas que estima avalan su postura con relación a esas cuestiones, reseñando asimismo de la jurisprudencia que considera aplicable (...) si bien esos tres peritos coinciden en su conclusión final en sentido negativo, es decir, que esa firma no había sido manuscrita por dicho señor; habiendo ratificado tales informes en el acto de la vista oral del juicio, con exposición extensa y detallada de las razones de ello y con indicación de los motivos de su discrepancia con el informe emitido por la primeramente indicada señora Manuela, también esta ratificó el informe que, con todas las garantías legales y de común acuerdo entre las partes intervinientes, emitió en el expediente de jurisdicción voluntaria de protocolización de testamento ológrafo (traído a los autos como prueba documental), el cual contiene tanto un análisis de la firma como de la escritura, sin obviar el hecho de que la escritura indubitada aportada no era contemporánea a la realización del testamento, y expuso de la misma forma sus argumentos, rebatiendo las críticas realizadas por aquellos peritos a dicho informe, salvando además uno de los errores advertidos por estos (el relativo a la referencia a las jambas de algunas letras), además de señalar que tomó en consideración otras circunstancias concurrentes tales como, por ejemplo, la emotividad y características de la fecha que figura en el testamento (primero de noviembre de 1984), así como el deterioro que experimenta la firma con la edad y con determinadas enfermedades».

Con todo, resulta más sencillo contrastar la autoría de la firma que la del cuerpo del texto, y si esto se evidencia en algún pronunciamiento, qué duda cabe que con el uso de las nuevas tecnologías, cada vez es menos corriente recurrir a la escritura manual.

En cuanto a la autenticidad de la firma y de la caligrafía del cuerpo del testamento, en el supuesto de una persona mayor que no tenía por costumbre escribir, declara la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 6 de febrero de 2009, desestimatoria del recurso interpuesto por el demandante, dice: «Señala el artículo 688 del Código Civil que para que sea válido el testamento ológrafo deberá estar escrito todo él y firmado por el testador. La sentencia recurrida tiene por acreditado de acuerdo con las pruebas aportadas, que tanto la firma como el cuerpo de escritura fue puesta de puño y letra de la testadora, impugnando el recurrente el pronunciamiento referido a que el cuerpo de escritura hubiera sido realizado por la señora Julia. Tal y como consta de lo actuado, si bien ninguna de las partes pone en duda que la testadora supiera escribir, hay que convenir que no tenía por costumbre la escritura, pues no ha sido posible para ninguna de las partes aportar ningún escrito que sirviera de cuerpo de escritura indubitado para realizar la pericial. De manera que solo se ha podido llevar a cabo la de la firma de cuya autenticidad no duda la recurrente.

Por lo tanto, no existiendo ese escrito que sirviera de indubitado, debe estarse a las pruebas aportadas a las actuaciones, teniendo especial relevancia al efecto el hecho de que se abrieran diligencias penales contra la hoy demandada y contra las personas que figuran como testigos en el testamento, en virtud de la querrela interpuesta contra ellos por el hoy recurrente, de las que resulta que la firma que consta en el testamento fue puesta por la testadora y sin que constara que el testamento fuera escrito por ninguna de esas personas, debiendo tener en cuenta que tal y como consta, los tres testigos declararon que el testamento fue escrito de puño y letra por la testadora y firmándolo después, al tiempo que reconocían como propia la firma respectivamente de cada uno de ellos que consta en el citado testamento».

Por su parte, la Audiencia Provincial de Pamplona, en su sentencia de 14 de abril de 2008, declaraba que: «El testamento ológrafo debe estar escrito todo él de puño y letra del testador, tal y como se desprende del artículo 688 del Código Civil. Esta es la finalidad que la autoría de la escritura está llamada a cumplir, pues ha de manifestar la existencia de *animus testandi* y ha de servir para identificar a su autor con el testador. El propio precepto puntualiza que la autografía del documento ha de ser total, al decir que todo él ha de estar escrito. Sin embargo, esta exigencia se debe complementar por la necesidad de precisar cómo debe ser esta escritura y qué régimen jurídico se aplica si en el documento testamentario aparecen palabras tachadas, enmendadas o entre renglones». Trae a colación jurisprudencia menor como la sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, de 10 de mayo de 2005, «en la que indica que un documento mecanografiado, precisamente por carecer de la condición de manuscrito, no puede subsumirse dentro del concepto del testamento ológrafo. Y también la dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 27 de diciembre de 2003, en la que se pone de manifiesto que para que el documento merezca la consideración de testamento ológrafo deviene indispensable que se trate de un manuscrito, formalidad, al igual que las restantes, de carácter esencial».

Continúa la Resolución con los siguientes argumentos: «a mayor abundamiento, y ahora por lo que respecta a la cuestión referida a la firma, el Tribunal Supremo ha señalado también que la firma ha de ser, en esta clase de testamentos, necesariamente manuscrita, siendo que la firma por otros medios diferentes de los autógrafos, o la huella digital, no sirven tampoco para colmar este requisito (STS de 10 de noviembre de 1973). Nótese que la firma identifica, junto con el texto manuscrito, al firmante como autor, no solo del escrito testamentario sino también de la declaración de voluntad».

2. EL OTORGAMIENTO DE HASTA DIECISIETE TESTAMENTOS ABIERTOS Y LA REDACCIÓN DE UN TESTAMENTO OLÓGRAFO POR UNA PERSONA DE NOVENTA Y SEIS AÑOS DE EDAD: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 5 DE MAYO DE 2011

La sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de mayo de 2011, dictada siendo Ponente O'CALLAGHAN MUÑOZ, declara que los «hechos básicos que, como *quaestio facti*, son la base de la *quaestio iuris* que en este proceso se plantea son, en síntesis, los siguientes: Doña Matilde había otorgado, en vida, hasta diecisiete testamentos abiertos ante distintos notarios, en algunas ocasiones varios en el mismo año. A la edad de noventa y seis años, el 17 de septiembre de 2003, otorgó un testamento ológrafo cuyo texto literal es: “lego las dos casas de Bestrespreso a Justo en la calle número 1 y número 0 (sigue la firma). 17.9.2003”. Posteriormente, el

17 de junio de 2004 fallece. En fecha 14 de febrero de 2005, la Juez de Primera Instancia número tres de Getxo (Vizcaya) dicta auto, declarando “justificada la identidad del testamento” y “acordándose que se protocolice”; lo cual se llevó a cabo efectivamente ante notario en fecha 14 de abril de 2005».

En cuanto al primero de los requisitos referidos a la capacidad de la testadora, dice la Resolución del Tribunal Supremo que: «La sentencia del Juzgado de Primera Instancia número tres de Gexto, confirmada en apelación, resalta la presunción de capacidad de toda persona, como ser humano con capacidad jurídica y, como tal presunción, capacidad de obrar; recoge la amplia aplicación jurisprudencial respecto a tal principio, analiza con sumo detalle la prueba practicada y llega a la conclusión de que “en modo alguno ha quedado demostrado que en el preciso momento de otorgar testamento ológrafo la señora Matilde se encontrase incapacitada para tal fin, por no estar en su cabal juicio”. Y la sentencia de la Audiencia Provincial, objeto de este recurso, declara rotundamente: “a la vista del resultado de toda la actividad probatoria realizada en la instancia, entendemos, compartiendo así el criterio del juzgador de instancia, que de dicho resultado, no puede entenderse destruida la presunción *iuris tantum* de capacidad legalmente establecida”. Es decir, el fondo de esta cuestión, que es una clara cuestión de hecho, es que la testadora tenía capacidad natural, “cabal juicio” para testar y esta Sala no constituye una tercera instancia que pueda revisar la prueba practicada (sentencias de 15 de junio de 2009, 30 de septiembre de 2009 y 25 de junio de 2010, entre otras muchas anteriores) sino que ejerce el control de la aplicación correcta de la ley, sin entrar en la cuestión fáctica, que corresponde al Tribunal *a quo* sin que el recurso pueda hacer supuesto de la cuestión (sentencias de 2 de julio de 2009 y 13 de octubre de 2010, entre otras muchas). Lo cual alcanza más a la casación que a la infracción procesal, que en los presentes recursos se ha planteado en este último».

Resulta desestimado también el recurso de casación formulado al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de los artículos 687 y 688 del Código Civil al aceptar la sentencia de instancia la validez del testamento ológrafo de la causante, cuya firma no es la habitual. Declara, en este sentido, que «las sentencias de instancia han rechazado esta alegación porque los requisitos que exige para el testamento ológrafo el artículo 688 (autografía, firma, fecha y sin enmiendas) no incluye la habitualidad de la firma y se ha declarado la autenticidad de la misma. Lo cual es cierto y también es cierto que la doctrina y la jurisprudencia siempre se han referido a la firma “habitual” o “usual”, pero nunca lo han hecho en el sentido de que la misma debe ser idéntica a las anteriores sino que no sea una distinta, sin nada que ver con la que utiliza normalmente. Como habitual debe entenderse la que usa en el momento actual, la habitual en el momento presente, en función de la persona y de sus circunstancias (por ejemplo, la edad), sin poder obviar que la firma evoluciona a través del tiempo y no siempre es idéntica en circunstancias distintas. En el caso presente, debe tenerse por habitual la firma de la causante, a la vista de todas las aportadas en documentos anteriores, a los autos que, por cierto, tampoco son idénticas entre sí. En todo caso, la firma que obra en el testamento ológrafo de autos cumple su función de requisito *ad solemnitatem* del testamento ológrafo y la general de asunción del contenido de lo expresado en el texto desde el momento en que se ha declarado su autenticidad y autoría. Y también es de destacar que igualmente doctrina y jurisprudencia (desde la sentencia de 8 de junio de 1918) han considerado siempre un concepto amplio de la firma,

sin especiales requisitos formales que irían contra la realidad social e incluso irían más allá de lo que exige el Código Civil».

3. CONTROVERSIAS Y PRUEBA EN TRÁMITE JUDICIAL DE LA AUTENTICIDAD DE LA FIRMA: LA ALEGACIÓN, PRÁCTICA Y VALORACIÓN DE DICTAMEN PERICIAL, INTERROGATORIO DE TESTIGOS Y OTROS DOCUMENTOS PRIVADOS, ES COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL JUZGADOR DE INSTANCIA

El problema de la acreditación de la firma auténtica y habitual se evidencia en la praxis de juzgados y tribunales, repleta de dificultades y contradicciones sobre la realización de las pruebas alegadas, como las periciales privadas. Evidencias sobre posibles manipulaciones y abusos acerca de las que ESRICHE, en 1838, ponía sobre aviso, toda vez que, a su juicio, «la prueba de este testamento no puede hacerse sino comparando la letra y firma del testador con la letra y firmas hechas por él en otros papeles reconocidos por suyos; pero como hay muchas personas que saben imitar con la mayor perfección cualquier letra y firma de mano extraña, no puede quedar duda de que es poco seguro este género de prueba, y mui peligrosa por consiguiente esta manera de consignar sus últimas disposiciones» (24).

Estas controversias sobre la autenticidad de la firma, pueden dirimirse mediante la práctica de la pericial privada y, en presencia de dictámenes totalmente contradictorios, se podrá practicar una pericial caligráfica dirimente para poder resolver el fondo del asunto (25).

En dicho sentido, el auto de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, de 31 de enero de 2011, dice que «en el sexto motivo del recurso se alega la inexistencia de *fumus boni iuris* sobre la autenticidad del testamento ológrafo; que uno de los dos peritajes presentado por el demandante no fue ratificado; existencia de flagrantes inconsistencias y contradicciones en que incurrir dichos peritajes, con papel con membrete del Abogado; no prevención del artículo 335.2 LEC; el prestigio profesional de los peritos nombrados por la demandada, que presentan críticas a los peritajes presentados por la actora; o tienen en cuenta la diferencia de edad y estado de salud entre la fecha en que se suscribieron los documentos indubitados y el testamento que nos ocupa (cincuenta y tres y ochenta y siete años); no reflejan las coincidencias con los documentos debitados; los peritos de la actora no dispusieron de fotografías de alta resolución; y que el Juzgado de Atenas permitió acceder a los peritos de la demandada al testamento original. Sobre el particular ratificamos la acertada valoración del juzgador de instancia, resaltando que la actora aporta dos dictámenes de peritos calígrafos que llegan a la conclusión de que la firma del testamento ológrafo no es auténtica explicando pormenorizadamente los motivos en los que fundan dicha conclusión y los documentos de los que han partido para realizar su pericia, uno de ellos lo ha ratificado en el acto de la vista de las medidas cautelares, y el otro no. Por el contrario, los codemandados aportan dos dictámenes periciales en sentido contrario al anterior, que ha sido ratificado por sus autores en el acto de la aludida vista. Ante tal rotunda

(24) *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense*, Valencia, 1838, pág. 656 (se ha conservado la grafía original).

(25) Por su parte, «la falta de firma del testador, aunque conste que en algún tiempo esa firma hubiese existido, lo hace inválido, pues de la redacción del precepto legal y del tiempo en que el verbo se emplea se deduce que el documento ha de reunir todas las solemnidades en el momento de presentarse a protocolización» (STS de 5 de junio de 1925).

contraposición, la Sala estima que este no es el momento procesal adecuado para determinar cuál de los dos grupos de dictámenes debe prevalecer sobre el otro o efectuar una valoración de prevalencia de unos sobre otros, por cuanto se estima que la simple presentación de dos dictámenes coincidentes que concluyen en la falta de autenticidad de una firma de un testamento ológrafo es suficiente a los limitados efectos de las medidas cautelares solicitada para apreciar la existencia de un *fumus boni iuris*, reiteramos sin prejuzgar lo que, en definitiva, pueda resolverse en la sentencia que en su día se dicte sobre el fondo del asunto, y, en su caso, con la práctica de alguna pericial caligráfica dirimente» (26).

En el auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Penal), de 23 de mayo de 2011, desestima el recurso sobre la denegación del sobreseimiento de las actuaciones penales sobre uno de los encausados, y sus razonamientos jurídicos sostienen que «el apelante como abogado fue quien asesoró que el testamento abierto podía ser revocado por otro ológrafo y la forma de hacerse este. Como testigos que reconocían la escritura del causante han figurado la hija de la beneficiaria y un conocido (antiguo cliente) del señor Aníbal. Pese a sus alegaciones, es de dudosa credibilidad la explicación que dan de las razones por las que conocían la letra del fallecido: notas para la compra, en un caso, que normalmente se tiran, y poemas, que no se sabe si se conservan, en el otro caso».

En este punto ha de reiterarse que la casación no es una tercera instancia, por lo que los recursos que pretendan una nueva valoración de la prueba practicada en instancia, serán desestimados en su totalidad al no proceder dicha valoración de la prueba. En este sentido, el auto del Tribunal Supremo, de 7 de junio de 2011, dictado siendo Ponente Xiol Ríos versa sobre un asunto en que se pretendía la nulidad de un testamento ológrafo fundándose, entre otras circunstancias, en la falsedad de la firma de la disposición testamentaria. Interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, resulta que dichos recursos tienen por objeto una sentencia que puso término a un juicio ordinario, en el que se ejercitaba como acción principal la de nulidad de testamento ológrafo y como acción subsidiaria la de nulidad de la disposición primera del testamento impugnado.

La resolución desestima totalmente las pretensiones, con expresa imposición de las costas al recurrente, toda vez que los motivos «sobre la errónea valoración de la prueba, y en consecuencia a la revisión probatoria, carecen de fundamento por cuanto el recurrente pretende una total revisión probatoria de lo actuado, tanto en relación con la acción principal ejercitada de nulidad del testamento ológrafo, en relación con la alegada, y no probada, falsedad de la firma, como subsidiariamente, en relación con la incerteza del legatario del legado efectuado

(26) En el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 28 de abril de 2011, seguidos sobre medidas cautelares previas, también es objeto de controversia la validez de la firma que acompaña a una donación modal que no reúne los requisitos exigidos para el testamento ológrafo, así «en esta segunda instancia, el apelante ha aportado como documento una copia de un informe pericial caligráfico aportado con la contestación a la demanda principal, en el que se concluye que la firma que aparece en el documento número 4 de la demanda no es de puño y letra de doña Milagrosa. No habiéndose practicado prueba pericial caligráfica con la contradicción exigible y no habiendo tenido oportunidad la parte apelada de contradecir el contenido del aportado como mero documento mediante, en su caso, otro informe pericial, no podemos dudar, en este incidente cautelar, de que la firma que consta en dicho documento ha sido estampada por doña Milagrosa, sin perjuicio de lo que pueda resultar acreditado en el procedimiento principal».

por el hermano del ahora recurrente al asilo de ancianos de la localidad de La Laguna. Pues bien, el motivado y exhaustivo Fundamento de Derecho Segundo de la sentencia recurrida, el cual confirma íntegramente los Fundamentos de Derecho de la sentencia dictada en Primera Instancia, tras la valoración detallada tanto de los distintos informes periciales como de las declaraciones testificales, concluye tajantemente sobre la validez del testamento ológrafo impugnado y de la firma estampada en este. Asimismo, en dicho Fundamento de Derecho concluye igualmente que ha resultado totalmente probado el hecho relativo a la certeza respecto de la entidad legataria en la disposición segunda como beneficiaria; consecuencia de todo lo anterior, es la desestimación tanto de la acción principal como de la subsidiaria. Por todo ello, debe negarse la pretensión de la recurrente de convertir el recurso extraordinario por infracción procesal en una tercera instancia que permita una nueva valoración de toda la prueba practicada en el proceso, razones por las cuales, en definitiva, no le será factible al recurrente, en los casos de valoración conjunta de la prueba, desarticularla para ofrecer sus propias conclusiones o deducciones, tal y como ha reiterado la jurisprudencia de esta Sala, finalidad este última que es la pretendida por el recurrente a través del recurso que estamos examinando, de suerte que lo que realmente se pretende es proponer una nueva valoración de las pruebas según su propio análisis, distinto del de la sentencia recurrida, el cual, nada tiene de ilógico, absurdo, arbitrario o irracional, si se respeta la valoración conjunta de la prueba efectuada por la resolución que es objeto del presente recurso».

4. EL TESTAMENTO OLÓGRAFO Y LAS MEMORIAS TESTAMENTARIAS COMO TESTAMENTO COMPLEMENTARIO: NOTAS DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIA SOBRE EL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS RELATIVOS A SU PROTOCOLIZACIÓN

Ya hemos tenido ocasión de plantear la naturaleza de las memorias como testamento *per relationem* (27), si bien este argumento puede servir tanto para que quienes califican a estas disposiciones como testamento ológrafo complementario de otro (28) exijan idénticos requisitos que dicho testamento de puño y letra, referidos a su adveración y protocolización, como para lo contrario (29).

Lo cierto es que no tanto para evitar disputas, como para obviar las que no arrojan luz sobre la institución que se estudia, lo más certero es concluir que «las

(27) Vid. MORETÓN SANZ, «Memorias y cédulas testamentarias: revisión jurisprudencial sobre el testamento ológrafo y sus requisitos características según el Derecho Común, Foral catalán y navarro», en *RCDI*, 724, 2011, págs. 1128 y sigs.

(28) Vid. ROCA SASTRE, *op. y loc. cit.*

(29) Discutidos son, como decimos, los aspectos referidos a la necesidad o no de la protocolización. En el sentido contrario a que resulte esta un requisito de las memorias, se pronuncian DIEZ-PICAZO y GULLÓN bajo la general intitulación del testamento *per relationem*: las memorias testamentarias: «es admisible que la voluntad testamentaria no quede expresada en la declaración. El testador puede remitirse a otro instrumento donde conste. (...) En esta última exigencia [los requisitos del testamento ológrafo] se ha asentado la afirmación jurisprudencia de que las memorias han de protocolizarse como el testamento ológrafo (sentencias e 29 de septiembre de 1956 y 9 de febrero de 1966). Sin embargo, las memorias no son en sí mismas un testamento, sino que forman parte del testamento que a ellas remite: son su complemento, no tienen sustantividad propia e independiente como un testamento; reciben su fuerza jurídica del que a ellas se remite» (*Sistema de Derecho Civil, IV. Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2006, 9.ª ed., pág. 353).

memorias válidas como testamento ológrafo exigen como este su protocolización conforme a la LEC» (30).

En todo caso HERNÁNDEZ GIL, recapitulando la doctrina más clásica en la materia y con ella, se pronuncia afirmativamente sobre la necesidad de dicha protocolización como requisito por el que habrá de pasarse si se pretende lograr la plena eficacia de las memorias: «en igual sentido que la sentencia de 27 de abril de 1940. La protocolización es, pues, un requisito por lo menos del mismo valor que los demás y está comprendida en el reenvío que hace el artículo 672; podría incluso llamarse la atención sobre la coincidencia literal de la palabra “requisito” en el artículo 672 y 689» (31).

Lo cierto es que, si previa a la aprobación del texto sustantivo, las dos codificaciones procesales reclamaban la mencionada protocolización, difícil resulta rebatir el argumento antes expuesto. De este modo, lo más ajustado al sentido del artículo 672 del Código Civil es la verificación de aquel presupuesto procesal, en el entendido de que es necesaria su materialización por quienes pretendan hacer valer las prescripciones contenidas en la cédula testamentaria en cuestión.

En síntesis, el cumplimiento de los requisitos del testamento ológrafo hace válida a la cédula testamentaria, si bien para que desplieguen sus efectos materiales habrá de completarse el trámite de la adveración y protocolización.

La nueva codificación sucesoria catalana, concordante con sus más inmediatos precedentes, obvia la adveración y protocolización como requisito formal de las memorias. Así y en cuanto a las Disposiciones aplicables a codicilos y memorias, el artículo 124 concretaba: «se aplicarán a los codicilos y a las memorias testamentarias las disposiciones de los testamentos». La mejor doctrina interpretó en su momento la innecesariedad de cumplimiento de los requisitos de forma toda vez que cuando dicho artículo decretaba la aplicación de los requisitos de las disposiciones testamentarias, «debe entenderse que no se refiere a la forma, sino a la capacidad e interpretación» (32).

Por fin y en tanto no se materialice un nuevo cuerpo legislativo de jurisdicción voluntaria, y vigente como sigue en la materia la antigua LEC de 1881, el precepto básico a estos efectos es el artículo 1969: «El que tenga en su poder alguna memoria testamentaria, deberá presentarla al Juez competente en cuanto sepa la defunción del otorgante, pidiendo su protocolización y manifestando la causa de que obre en su poder. Con el escrito presentará documento en que acredite dicho fallecimiento, y exhibirá copia fehaciente del testamento, en que se indiquen su existencia y las señales que debe reunir para ser considerada como legítima».

(30) ESPÍN CÁNOVAS, «Comentario al artículo 672 del Código Civil», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ, SALVADOR CODERCH (Dir.), *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1691.

(31) HERNÁNDEZ GIL, «Las memorias testamentarias y el testamento ológrafo», en *Obras completas*, 4, Madrid, 1989, pág. 799.

(32) ROCA SASTRE, *Derecho de Sucesiones*, I, Barcelona, 1995, 2.ª ed., pág. 233.

III. LAS NUEVAS CODIFICACIONES FORALES Y LA INCLUSIÓN DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA SOBRE EL TESTAMENTO OLÓGRAFO U HOLÓGRAFO: APUNTES SOBRE LOS CÓDIGOS ARAGONÉS Y CATALÁN

1. EL CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN: LA CAPACIDAD PARA DISPONER *MORTIS CAUSA* EN TESTAMENTO OLÓGRAFO MANCOMUNADO EXIGE LA CONCURRENCIA DE LA MAYORÍA DE EDAD EN AMBOS TESTADORES

Como advierte la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, en ciertos aspectos ha sido conveniente la actualización o la puntualización de algunos extremos sobre los que existía controversia. Así, en el Título III, De la sucesión testamentaria, se destaca la inclusión de «unas disposiciones generales condicionadas, en buena medida, por el reflejo que necesariamente proyecta sobre ellas la figura del testamento mancomunado. Sin atender a esta modalidad testamentaria, que es en la práctica con mucho la más común, no puede normarse convenientemente en nuestro Derecho ni la capacidad, ni las formas ni la interpretación de los testamentos. Merece señalarse el precepto que indica los requisitos de forma del testamento mancomunado ológrafo, exigiendo los que han parecido mínimos imprescindibles para posibilitar en la realidad el otorgamiento de estos testamentos, sin mengua de la seriedad y libertad de la voluntad de ambos testadores. Por lo demás, se han introducido previsiones sobre número y capacidad de los testigos testamentarios para cuando sea necesaria su intervención, manteniendo la regla de principio contraria a esta necesidad vigente desde 1985».

En particular, y de forma coincidente con el Código común, excepciona la capacidad de otorgamiento de esta modalidad testamentaria. Así, el artículo 408 en su punto primero sobre la capacidad para disponer *mortis causa* dispone que: «pueden testar todas las personas físicas que, al tiempo de otorgar el testamento, sean mayores de catorce años y no carezcan de capacidad natural». A renglón seguido, este precepto en su punto segundo, excepciona la capacidad de testamentifacción general, elevando el requisito de la edad de los catorce a los dieciocho, reclamando para el válido otorgamiento de esta disposición la mayoría de edad legal (33).

Finalmente, el artículo 408 también determina que: «la falta de capacidad de testar, general o para una forma concreta de testamento, en uno de los testadores impide otorgar el testamento mancomunadamente».

En buena lógica con las disposiciones sobre la testamentifacción activa, exigible a ambos testadores en los supuestos de testamentos mancomunados ológrafos, el artículo 411 señala que: «1. El testamento ológrafo mancomunado basta que esté escrito todo él por uno de los testadores, con expresión del año, mes y día, y que el otro declare también por escrito de su puño y letra, antes de las firmas de ambos, que valga igualmente como testamento suyo y firme en todas sus hojas y al pie del mismo. 2. A la muerte del primero de los testadores que fallezca, se adverbirá y protocolizará el testamento mancomunado ológrafo con la necesaria participación del otro otorgante que sobreviviese» (34).

(33) «Pueden otorgar testamento ológrafo quienes sean mayores de edad».

(34) Podemos señalar dos preceptos más en la materia, referidos uno al idioma del testamento donde la norma de reenvío remite a la legislación en materia de lenguas en el

2. EL LIBRO CUARTO DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA, RELATIVO A LAS SUCESIONES Y LAS DISPOSICIONES RELATIVAS AL TESTAMENTO HOLÓGRAFO

La Ley 10/2008, de 10 de julio, que aprueba el libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, declara en su Preámbulo (35), respecto a las formas testamentarias, como novedad más relevante: «aunque con una trascendencia práctica muy limitada, es la decisión de suprimir el testamento ordinario ante párroco. De esta forma, los tipos de testamentos que pueden otorgarse en aplicación del derecho catalán se reducen a dos: el notarial, en las modalidades de testamento abierto y testamento cerrado, y el hológrafo. Se mantiene vigente, por tanto, la prohibición de los testamentos otorgados exclusivamente ante testigos, sin perjuicio de los casos en que se les pueda reconocer validez de acuerdo con las normas del derecho internacional privado».

En cuanto a las normas sobre ineficacia de testamentos y disposiciones testamentarias, previstas en el capítulo II del título II, han sido objeto de «una nueva sistematización y reformulación, más de acuerdo con los principios de la dogmática jurídica moderna. El capítulo comienza con un precepto en el que se expone el conjunto de las causas de nulidad de los testamentos. Este precepto atribuye rango legal a la doctrina jurisprudencial, particularmente relevante en los testamentos hológrafos, que evita su nulidad cuando falta la expresión de la fecha y del lugar, siempre y cuando estos datos puedan acreditarse de alguna otra forma. Se fija un plazo general de caducidad de cuatro años para las acciones de nulidad, que se unifica con los plazos de otras acciones de impugnación también sujetas a caducidad, como la de preterición errónea. Se establece, en sustitución de los párrafos segundo y tercero del artículo 128 del Código de Sucesiones, una regla que impide el ejercicio de la acción de nulidad a las personas que, conociendo la posible causa de nulidad, admiten la validez de la disposición testamentaria, la ejecutan voluntariamente o renuncian al ejercicio de la acción» (36).

territorio foral, y la otra sobre la inutilización del testamento ológrafo, donde la ausencia de firma que ratifique las enmiendas, provocará la ineficacia del testamento. Así el artículo «412.1. Los testamentos notariales podrán redactarse en cualquiera de las lenguas o modalidades lingüísticas de Aragón que los testadores elijan. Si el autorizante o, en su caso, los testigos o demás personas intervinientes en el otorgamiento no conocieran la lengua o modalidad lingüística elegida, el testamento se otorgará en presencia y con intervención de un intérprete, no necesariamente oficial, designado por los testadores y aceptado por el autorizante, quien deberá firmar el documento. 2. Igualmente, los testamentos cerrados y los ológrafos podrán otorgarse en cualquier lengua o modalidad lingüística de Aragón». Por su parte, el artículo 436 «inutilización del testamento ológrafo. El testamento ológrafo se presume revocado si aparece rasgado o inutilizado, o aparecen borradas, raspadas o enmendadas sin salvar las firmas».

(35) Según su publicación en el *BOE* 198, de 7 de agosto de 2008, que es la que usamos y también publicada en el Diario Oficial de Cataluña, número 5.175, de 17 de julio de 2008.

(36) La sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de marzo de 1957, desestima el recurso y declara sobre su contenido que: «desconoce el recurrente que por obra de una evolución interpretativa que en el momento actual ya está consumada, es aplicable en territorio catalán, sin restricción alguna, el artículo 668 del Código Civil, y está consagrada la vigencia del testamento ológrafo por un lento y progresivo proceso de adaptación que recogió, sin fuerza general vinculante la jurisprudencia local y que después ha tenido expresión perfecta en las sentencias de este Tribunal, de 31 de marzo de 1917 y de 26 de junio de 1929, y más recientemente en la de 22 de junio de 1948, que después de referirse a las fases de este interesante proceso evolutivo y a los motivos determinantes de la evolución, declara una

En cuanto a la regulación específica, se encuentra en la sección tercera: *El testamento hológrafo*. Artículo 421-17. Requisitos de validez. 1. Solo pueden otorgar testamento hológrafo las personas mayores de edad y los menores emancipados. 2. Para que el testamento hológrafo sea válido es preciso: a) Que esté escrito y firmado de manera autógrafa por el testador con la indicación del lugar y la fecha del otorgamiento. Si contiene palabras tachadas, enmendadas, añadidas o entre líneas, el otorgante debe salvarlos con su firma. b) Que se presente ante el juez o el funcionario competente a fin de que sea averado y se ordene su protocolización. Artículo 421-18. Adveración. 1. El juez o el funcionario competente para averdar el testamento debe comprobar su autenticidad de acuerdo con la ley. 2. Si resulta que el testamento es auténtico, debe acordarse su protocolización notarial, con testimonio de la resolución dictada. En caso contrario, debe denegarse la protocolización. 3. La resolución dictada en el expediente de adveración debe cumplirse aunque se haya formulado oposición. En este caso, los interesados pueden hacer valer sus derechos en el juicio correspondiente. Artículo 421-19. Caducidad del testamento. 1. Los testamentos hológrafos caducan si no se presentan para que sean averados en el plazo de cuatro años contados desde la muerte del testador y no se protocolizan en el plazo de seis meses contados desde la resolución del expediente. 2. Si durante los plazos fijados por el apartado 1 se interpone una demanda sobre la validez del testamento, este debe protocolizarse en el plazo de seis meses contados desde el momento en que la resolución judicial deviene firme.

Por lo que se refiere a la conversión del testamento nulo o ineficaz, el artículo 422-6, en su punto segundo dice: «El testamento cerrado que es nulo por defecto de forma vale como testamento hológrafo si cumple los requisitos del mismo».

La última de las disposiciones específicas en la materia está comprendida en el artículo 422-10, sobre la Revocación material del testamento hológrafo: «1. El testamento y el codicilo hológrafos y las memorias testamentarias se presumen revocados si aparecen rasgados o inutilizados, o si las firmas que los autorizan aparecen borradas, raspadas o enmendadas sin salvar, salvo que se pruebe que estos hechos han ocurrido sin el conocimiento o la voluntad del testador o han sido llevados a cabo por el testador en estado de enfermedad mental. 2. Si en el texto de los testamentos y codicilos hológrafos o de las memorias testamentarias aparece solo alguna enmienda o algún cambio, se presume que el testador ha querido modificar o revocar el testamento en esta parte, de acuerdo con los requisitos establecidos por el artículo 421-17, salvo la prueba a que se refiere el apartado 1».

vez más el testamento ológrafo forma válida de testar en los territorios de Derecho Foral sin restricción de lugar, ni de contenido, ni más requisitos formales que los recogidos por el Código Civil para ese testamento». Y en cuanto a la cronología de la redacción de las memorias y el testamento sigue en los siguientes términos: «identificadas las memorias testamentarias con el testamento ológrafo por obra de lo dispuesto en el artículo 672 del Código Civil, cuanto se ha dicho en relación con aquel, es aplicable en Cataluña a esta clase de disposiciones, y en segundo que si por el contrario, se reputase que la llamada memoria testamentaria, tiene más semejanza con el codicilo romano, entonces su validez conforme a la legislación aplicable, ni exigiría ninguna solemnidad de forma, cuando está confirmada por el testamento, ni requeriría para su validez la obligada sucesión cronológica de que el recurrente parte para mantener su tesis adversa a la validez».

2.1. *Nulidad de documento autógrafo por falta de cumplimiento de los requisitos del testamento ológrafo e ineficacia como codicilo: La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 7 de enero de 1993*

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia catalán, de 7 de enero de 1993, ventila el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Tarragona, consecuencia de los autos de juicio declarativo de menor cuantía seguidos sobre nulidad de testamento ológrafo, cuyo recurso fue interpuesto por D. X. En primera instancia, no solo se desestima la totalidad de las pretensiones del demandante, sino que se aprecia la reconvenional y se declara nulo el documento presentado como testamento ológrafo por el demandante. Tampoco prospera el recurso de apelación interpuesto del demandante, corriendo igual fortuna la casación interpuesta.

El antecedente más clarificador para el recto conocimiento del asunto es el siguiente: «El día 14 de enero de 1988 falleció doña ... meses más tarde, D. X, hombre de confianza de la señora y actor en la demanda inicial de la presente litis, halló un documento manuscrito compuesto de un solo folio, rotulado “*El meu testament*” (*sic*) que contiene diversas disposiciones de última voluntad. A su pie aparece la mención “11-5-1983”, así como la firma de la señora y de dos testigos. El documento presenta extensas tachaduras, entrerrenglonados y añadidos, ninguno de los cuales aparece salvado».

Se estima la alegada nulidad de dicho documento y, en cuanto a su pretendido valor como testamento ológrafo y sobre el alcance de la inobservancia de sus requisitos, recuerda la resolución que «la doctrina puede dividirse en dos grupos: el de quienes postulan la nulidad íntegra del testamento ológrafo que contiene palabras borradas, enmendadas o entrerrenglonadas, sin salvar por el redactor del documento bajo su firma; y el de los que estiman que la omisión de este requisito solo afecta a las palabras tachadas, añadidas o enmendadas; que deben tenerse por no puestas en opinión de un subgrupo mayoritario, aunque hay quien opina —MUCIUS SCAEVOLA— que lo que no vale es no la enmienda o tachadura, sino lo enmendado o tachado. La jurisprudencia parte de la afirmación capital de que aunque la disposición testamentaria adopte la forma sencilla y simplificada del testamento ológrafo, en el otorgamiento de esta clase de negocios jurídicos tienen el carácter de esenciales todas las formalidades prevenidas en el artículo 688 del Código Civil, siendo indispensable su concurrencia para la validez del acto (SSTS de 13 de mayo de 1942 y 3 de abril de 1945). La última de las sentencias indicadas (de la que fue ponente don José CASTÁN) cuida de puntualizar —como ya hizo la sentencia de 29 de noviembre de 1916— que las pequeñas enmiendas no salvadas que no afecten, alteren o varíen de modo sustancial la voluntad del testador no afectan a la validez del testamento, “lo que deja fuera de la excepcional doctrina aludida aquellos casos, bien distintos, en los que las palabras no salvadas bajo la firma del testador, al recaer sobre algún objeto o elemento principal de las disposiciones testamentarias —la firma del testador, la fecha del testamento, el nombre del heredero o del legatario, la cosa o cantidad objeto de la institución o del legado, etc.— hacen dudoso el contenido de dicha disposición o la concurrencia de los requisitos sustanciales que han de acompañar a la forma autógrafa del testamento”. En el mismo sentido, la sentencia de 25 de octubre de 1947».

Asevera la sentencia que «la doctrina jurisprudencial puede resumirse diciendo que el testamento, aunque revista forma ológrafa, es un negocio jurídico solemne y la falta de alguno de los requisitos del artículo 688 del Código Civil afecta a su validez. Excepcionalmente, no anulan totalmente el testamento peque-

ñas enmiendas no salvadas que no afecten a elementos básicos de la disposición. Digamos también que es “reiterada la doctrina de este mismo Tribunal de que es de la exclusiva competencia de la Sala sentenciadora el determinar como cuestiones de hecho si en el otorgamiento de los testamentos se han observado las formalidades establecidas en cada caso por la ley” (STS de 20 de diciembre de 1913)».

Se declara, por tanto, la invalidez formal del manuscrito también como codicilo, pues si bien es cierto que las disposiciones codicilares pueden quedar a cargo de los herederos abintestato, para ello es preciso que exista un codicilo verdadero y, el documento autógrafo controvertido no es válido ni como testamento ni como codicilo. Y por ausencia radical de la observancia de las solemnidades impuestas al testamento ológrafo, se ratifica al asimismo su nulidad (37).

2.2. *Otros pronunciamientos que abordan la autenticidad del testamento y la necesaria convicción judicial de su autoría mediante la práctica de los medios de prueba que así lo evidencien*

El Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala Civil y Penal), de 17 de marzo de 2011, estimatorio del recurso de queja contra la interlocutoria desestimatoria del recurso de reposición interpuesto «contra la interlocutoria que deniega la preparación de un recurso de casación contra la sentencia de 29 de noviembre de 2010, sobre la concreta vulneración de la doctrina jurisprudencial por la Audiencia, en relación con la infracción legal invocada, que es lo que se configura legalmente como caso de interés casacional (interlocutòries, entre les més recents, de 30 de març i 6 d’abril de 2004, recursos 93/2004 i 81/2004)». En l’escrit de preparació del recurs la part recurrent cita com a infringits els articles 120 i 121 el Codi de Successions aprovat per Llei 40/1991, de 30 de setembre, i al·lega que la Sentència bjecte de recurs vulnera la doctrina que es desprèn de dues sentències del Tribunal Suprem, que es relacionen per les dates, el contingut de les quals exposa succintament (consideren que els requisits del testament hològraf són essencials...) i d’una Sentència del TSJC de 7 de gener de 1994 que té el mateix sentit (far emabstracció de la cita de sentències de les audiències, ja que no s’invoca que hi hagi teix contr adictòriesentre elles). Contràriament al que entén la interlocutòria de l’Audiència, i sempre a l’únic efecte d’admetre el recurs, la jurisprudència que es cita, concretament la STS de 3 d’abril de 1945, que n’esmenta altres d’anteriors, estableix que les decisions de les sentències del TS, ‘...con referencia especial al requisito de la fecha tienen establecido con gran reiteración y sin admitir salvedad o excepción ninguna, que el testamento ológrafo que no contiene indicación exacta del año mes y día en que fue escrito, carece

(37) La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala Civil y Penal), de 10 de febrero de 2011, estimatoria del recurso de casación y extraordinario por infracción procesal declara que «Por el contrario en el derecho de Castilla, y por la imposibilidad de conocer a tiempo la voluntad del testador respecto de su funeral y sufragios las memorias testamentarias eran muy utilizadas, llegándose a generalizar su uso durante la segunda mitad del siglo XIX de tal forma que dieron lugar a múltiples litigios y discusiones al constituir verdaderos testamentos aformales. De este modo se hizo patente a los juristas la necesidad de delimitar el ámbito y finalidad de las memorias al punto que se creó una opinión contraria a su propia existencia que cristalizó en su supresión en el Código Civil de 1889 donde se reconocía únicamente el testamento ológrafo al que se asimilaron las memorias en el artículo 672».

de un a condición esencial para su validez', per la qual cosa és suficient llegir la Sentència dictada per comprovar que tot el debat va girar sobre la possibilitat de validesa d'un testament hològraf en què només s'expressava amb claredat l'any, ja que únicament hi constaven dues xifres. És clar, doncs, que la jurisprudència es mentada té relació amb les qüestions que s'han debatut en aquesta litigi, en referir-se a la naturalesa dels requisits que s'exigeixen per a la validesa del testament hològraf, matèria que coincideix amb la que s'ha analitzat en la Sentència objecte de recurs, la qual estableix que es pot determinar un element de la data-concretament el mes en què es va emetre el testament hològraf a través d'elements extrínsecs. L'escrit de preparació indica que, tot i que s'esmenta com a vulnerada una norma del dret civil de Catalunya, s'entén que la jurisprudència contradictòria aportada, fins i tot d'àmbit estatal, pot resultar aplicable, atès que l'article 688 del Código Civil, de la mateixa manera que l'article 120 del CS, exigeix, a més, que l'escrit estigui signat de pròpia mà pel testador, que hi consti el dia, el mes i l'any. Una anàlisi més exhaustiva de l'existència o no de la vulneració de la jurisprudència que s'addueix com a fonament del recurs de cassació faria equivalent la interlocutòria d'admissió o inadmissió a la sentència definitiva de cassació».

Por su parte, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 4 de marzo de 2011, compendia el asunto relativo a la protocolización de testamento ológrafo en los siguientes términos: «La cuestión que se plantea a la sala es muy sencilla. El documento aportado como testamento puede valer como tal o como codicilo. Pero en ambos casos se exige que esté escrito y firmado, de forma autógrafa, por la persona a quien se atribuye el acto de última voluntad, conforme a lo dispuesto en los artículos 120 y 122 del Código de Sucesiones de 1991, aplicable dada la fecha en que se otorgó el testamento y falleció la causante (Disposición Transitoria primera de la Ley 10/2008, de 10 de julio). Pero en este caso se ha practicado una prueba pericial caligráfica que ha dado como resultado el de no ser de la causante la firma que obra en el documento que se quiere protocolizar. Solo confirman la autenticidad de letra y firma tres testigos, aunque uno de ellos, don Carlos José, tiene interés en el asunto, pues aunque esté separado de la hermana de la causante, sus hijos aparecen con ciertos beneficios en el documento. Siendo ello así, para estimar el recurso la sala habría de considerar auténtico el testamento en virtud de dichos testimonios y de su propia observación, pero contra el dictamen del único experto en la materia que ha intervenido en el procedimiento. Se nos pide, por tanto, que afirmemos la autenticidad contra el criterio del perito calígrafo. No podemos acceder a ello de ninguna manera, porque carecemos de conocimientos al efecto y porque tampoco el testimonio coincidente de dos personas, desinteresadas pero no expertas, puede prevalecer sobre el criterio del perito. Como decía el artículo 121 del Código de Sucesiones, la protocolización debe acordarse solo cuando los jueces consideren justificada la autenticidad del testamento, de modo que la duda lo impide».

IV. LA ENTERA AUTOGRAFÍA Y FIRMA HABITUAL EN EL TESTAMENTO OLÓGRAFO COMO REQUISITOS INTRÍSECOS Y ESENCIALES: NUEVAS TECNOLOGÍAS Y FIRMA ELECTRÓNICA ¿REFORMULACIÓN DE LAS FÓRMULAS TESTAMENTARIAS CLÁSICAS?

Pese a lo afirmado hasta ahora acerca de la preceptiva concurrencia de los requisitos sobre el testamento ológrafo, nada impide que el legislador autorice o

equipare firma autográfica y firma electrónica u otro procedimiento de similares características, y que la etimología (gr. holos = todo, entero + grafo = escribir) acoja además de la acepción de autógrafo o de puño y letra, la de la «autografía» por algún medio electrónico que garantice la autoría del disponente. Y, si ejemplos ha dado el poder legislativo contemporáneo sobre la necesaria adaptación de los diccionarios a las nuevas formulaciones de instituciones familiares (v.gr., matrimonio), a mayor abundamiento nos los proporciona la evolución histórica y la conservación nominal de la denominación institucional de distintas figuras cuyo contenido y perfil ha sido, radicalmente, desdibujado de lo que fueran sus orígenes y antecedentes jurídicos.

De lo dicho se sigue que si los pronósticos electrónicos y legislativos aventurados se materializasen, habrá de serlo con las debidas garantías ya que solo con ellas se podrán superar recelos y suspicacias por lo que se refiere a la aplicación de las nuevas tecnologías en el ámbito sucesorio. Con todo, es dudoso que en el testamento ológrafo quepa la posibilidad de la mera sustitución de la firma habitual del disponente con el uso de la firma electrónica.

La razón y pretensión de las formalidades y requisitos *ad solemnitatem* que rodean al testamento ológrafo, no suponen el retorno a rigideces más propias de otras épocas y sistemas jurídicos, antes bien, tienen como objetivo último la protección del contenido del testamento y la voluntad del disponente. Es decir, las normas testamentarias persiguen la observancia fiel de la intención del testador, siempre y cuando dicha voluntad, efectivamente, exista. En este sentido, únicamente la firma habitual del testador cumple con las finalidades referidas a la perfección de su declaración de voluntad y la constatación de la autoría del negocio.

V. BIBLIOGRAFÍA

Además de la citada a nota a pie de página:

- ALBALADEJO GARCÍA: «Comentario del artículo 672», en *Comentarios al Código Civil*, Tomo IX, vol. 1 A, Edersa, Madrid, 1990.
- ÁLVAREZ LATA: «Comentarios a la Sección 2.ª De los testamentos en general. Artículos 667 a 675», en *Comentarios al Código Civil*. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), Aranzadi-Thompson, Madrid, 2009, 3.ª ed., págs. 830 a 837.
- ANGOITIA GOROSTIAGA: «Sentencia de 19 de diciembre de 2006: Testamento ológrafo epistolar revocatorio de previo testamento notarial», en *CCJC*, 75, 2007, págs. 1279 a 1292.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ: «El testamento ológrafo y el Derecho Internacional Privado», en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Miguel Hernández*, 3, 2008, págs. 183 a 201.
- DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*, IV. *Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2006, 9.ª ed.
- DOMÍNGUEZ LUELMO: «10 de febrero de 1994. Testamento ológrafo. Nulidad por falta de exactitud de la fecha; diferencias entre fecha falsa y erróneamente transcrita. Presunción de capacidad del testador mientras no se acredite fehacientemente la incapacidad. Principio de congruencia. Prueba pericial practicada para mejor proveer. Indefensión. Utilización del Derecho Comparado como criterio de interpretación de las normas de Derecho interno», en *CCJC*, 15, 1994, págs. 537 a 548.

- ESPÍN CÁNOVAS, «Comentario al artículo 672 del Código Civil», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ y SALVADOR CODERCH (Dirs.): *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1690 a 1692.
- GARCÍA RUBIO: «Testamento ológrafo», en *CCJC*, 23, 1990, págs. 619 a 630.
- GIL RODRÍGUEZ: «Sentencia de 4 de noviembre de 2009: Testamento otorgado en peligro de muerte. Voluntad del finado de que valiera como testamento la que previamente manifestó a la oficial de la notaría. Invalidez. Testamento *per relationem*. El documento informático no constituye testamento ológrafo y la voluntad expresada *in articulo mortis* no alcanza a manifestar el contenido de una voluntad testamentaria», en *CCJC*, 83, 2010, págs. 1185 a 1202.
- GÓMEZ DE LA SERNA y Manuel MONTALBÁN: *Elementos del Derecho Civil y Penal de España*, tomo segundo, Madrid, 1865, 7.ª ed.
- HERNÁNDEZ GIL: «Las memorias testamentarias y el testamento ológrafo», *Obras completas*, 4, Madrid, 1989, págs. 789 a 800.
- JIMÉNEZ PARÍS: «La escritura en el testamento ológrafo: particular referencia al Derecho francés», en *Revista Jurídica del Notariado*, 67, 2008, págs. 207 a 296.
- LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA: *Elementos de Derecho Civil*, V, *Derecho de Sucesiones*, Bosch editor, Barcelona, 1988, reimpresión de 1992.
- LASARTE ÁLVAREZ: *Principios de Derecho Civil*, VII, *Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2009, 6.ª ed.
- LÓPEZ RENDO: «Algunas consideraciones sobre el testamento ológrafo: de Roma al Código Civil español», en *Revista Jurídica del Notariado*, 69, 2009, págs. 173 a 224.
- MARTÍNEZ ESPÍN: «Comentarios a la Sección 3.ª De la forma de los testamentos. Artículos 676 a 687 y Comentarios a la Sección 4.ª Del testamento ológrafo. Artículos 688 a 693», en *Comentarios al Código Civil*. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), Aranzadi-Thompson, Madrid, 2009, 3.ª ed., págs. 838 a 856.
- PAGLIANTINI: «Il potere del testatore sull'olografo: per una rivisitazione dell'articolo 684 CC», en *Rassegna di diritto civile*, 4, 2007, págs. 1007 a 1051.
- ROCA-SASTRE MUNCUNILL: *Derecho de Sucesiones*, I, Barcelona, 1995, 2.ª ed.
- ROMERO COLOMA: *El testamento ológrafo: estudio doctrinal y jurisprudencial*, Madrid, 2006.
- SAN SEGUNDO MANUEL: «El testamento ológrafo. Exigencias de carácter formal. La importancia del medio utilizado como soporte material del testamento ológrafo y su relación con la intención de testar», en *RCDI*, 705, pág. 411 y sigs.
- TORRES GARCÍA: *El testamento ológrafo*, Madrid, 1977.
- TORRES LANA: «Forma del negocio y nuevas tecnologías», en *RDP*, 2004, págs. 489 a 522.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 9 de junio de 2011.
- ATS de 7 de junio de 2011.
- STS de 5 de mayo de 2011.
- STS de 25 de marzo de 1957.
- STS de 5 de junio de 1925.
- STS de 30 de junio de 1914.
- ATSup de Cataluña (Sala Civil y Penal), de 17 de marzo de 2011.
- TSUp de Cataluña (Sala Civil y Penal), de 10 de febrero de 2011.

STSup de Cataluña, de 7 de enero de 1993.
STSup de Navarra (Sala de lo Civil y Penal), de 31 de octubre de 2008.
AAP de Barcelona, de 4 de marzo de 2011.
AAP de Madrid (Sección Penal), de 23 de mayo de 2011.
AAP de Madrid, de 11 de mayo de 2011.
AAP de Madrid, de 5 de mayo de 2010.
AAP de Madrid, de 28 de abril de 2011.
AAP de Madrid, de 18 de marzo de 2011.
SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 12 de marzo de 2010.
SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 6 de febrero de 2009.
AAP de Oviedo, de 9 de febrero de 2011.
AAP de Palma de Mallorca, de 31 de enero de 2011.
SAP de Pamplona, de 14 de abril de 2008.

RESUMEN

TESTAMENTO OLÓGRAFO FIRMA HABITUAL

El testamento ológrafo es aquel enteramente escrito por el testador. En definitiva, se trata de una de las formas testamentarias más sencillas, por cuanto no han de concursar verdaderas formalidades en el acto de su otorgamiento. Con todo, esta aparente sencillez no es sinónimo de absoluta libertad, de suerte que su documentación habrá de respetar ciertas prescripciones legales, en cuya ausencia la voluntad mortis causa no surtirá efectos jurídicos. En este sentido, el Código Civil español, en su artículo 688, reclama el concurso de los siguientes presupuestos: completa autografía del testador, firma y expresión del año, mes y día. En estas líneas tendremos ocasión de revisar las particularidades que rodean al requisito de la firma ya que, según doctrina y jurisprudencia, únicamente la firma habitual del testador cumple con las finalidades referidas a la perfección de su declaración de voluntad y la constatación de la autoría del negocio.

ABSTRACT

HOLOGRAPHIC WILL CUSTOMARY SIGNATURE

A holographic will is a will written entirely by the testator. In short, it is one of the simplest forms of recording testamentary dispositions, because no true formalities need be involved in its execution. Even so, this apparent simplicity is not synonymous with absolute freedom. The document must respect certain legal prescriptions, in whose absence the will will have no legal effect. Article 688 of the Spanish Civil Code calls for the following points to be present: The will must be fully hand-written by the testator and bear the testator's signature and statement of the year, month and day. This paper will review the special features surrounding the signature requirement. According to accepted legal thought and case law, the testator's declaration of his or her last will can be concluded and the authorship of the act can be recorded only through the testator's customary signature.

1.5. Obligaciones y Contratos

LA OPCIÓN DE COMPRA EN EL TRÁFICO INMOBILIARIO: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL Y EFECTOS REGISTRALES

por

ROSANA PÉREZ GURREA

Abogada

Doctorando en Derecho

SUMARIO: I. EL CONTRATO DE OPCIÓN DE COMPRA: 1. PLANTEAMIENTO. 2. CONCEPTO Y REQUISITOS. 3. ELEMENTOS: A) *Elementos personales*. B) *Elementos reales*. C) *Elementos formales*.—II. LA OPCIÓN DE COMPRA EN GARANTÍA: 1. EL ACREEDOR EN LA POSICIÓN JURÍDICA DE OPTANTE. 2. EL DEUDOR EN LA POSICIÓN JURÍDICA DE OPTANTE.—III. EL DERECHO DE OPCIÓN: 1. NATURALEZA JURÍDICA. 2. TRANSMISIBILIDAD DEL DERECHO DE OPCIÓN.—IV. ASPECTOS REGISTRALES: 1. REGULACIÓN EN EL RH. 2. NATURALEZA DE LA INSCRIPCIÓN. 3. REQUISITOS DE LA INSCRIPCIÓN. 4. EFECTOS. 5. EXTINCIÓN DEL DERECHO DE OPCIÓN INSCRITO.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. EL CONTRATO DE OPCIÓN DE COMPRA

1. PLANTEAMIENTO

La opción resulta *a priori* sencilla de entender en abstracto, pero resulta más difícil su aplicación práctica. Buena prueba de ello es la cantidad de pronunciamientos jurisprudenciales que existen en esta materia ante la gran variedad de cuestiones que suscita esta figura jurídica desde una perspectiva teórica y sobre todo, en su aplicación práctica.

Hay diversas manifestaciones del contrato de opción que dificultan la posibilidad de identificar unos elementos comunes que nos permita construir una doctrina del contrato de opción de forma unitaria. Estas diferentes manifestaciones responden a finalidades económicas y a funciones diversas y de entre todas ellas destaca por su frecuente uso y por su fuerte implantación en determinados sectores, sobre todo en el mercado inmobiliario y en el bursátil, la opción de compra que es objeto de estudio en este trabajo. En el análisis de esta figura jurídica vamos a partir del contrato de opción que constituye el soporte jurídico del derecho para posteriormente analizar el derecho de opción que concede a su titular la posibilidad de adquirir la cosa en el precio y las condiciones estipuladas en dicho contrato de opción.

La opción de compra es la única clase de opción que goza de reconocimiento como figura contractual sustantiva, es decir que tiene auténtica tipicidad social, ello unido a sus características especiales entre las que destaca la posibilidad de inscripción en el Registro de la Propiedad, la diferencian del resto de los contratos de opción.

En cuanto a su régimen jurídico, la opción carece de una regulación general en nuestro Derecho positivo, pero existen diferentes disposiciones normativas que tratan de regular los aspectos más problemáticos de la opción de compra

en los ámbitos en los que esta tiene mayor operatividad como el financiero (1) y el inmobiliario (2). La opción de compra cuenta con una regulación positiva en Derecho Foral, en las Leyes 460 y 461 del Fuero Nuevo de Navarra, y en el Capítulo VIII del Título VI del Libro quinto del Código Civil de Cataluña relativo a los derechos reales regulado por Ley 5/2006, de 10 de mayo.

Como señala la sentencia del TS, de 14 de marzo de 1991 (*RJA* 2802): «El contrato de opción de compra aparece en nuestro Derecho huérfano de regulación positiva, su contenido está vinculado a la libertad de pacto y sus elementos y naturaleza los ha especificado y regulado la doctrina jurisprudencial, correspondiendo a la Legislación Hipotecaria únicamente su específica función registral». Por su parte, la sentencia del TS, de 21 de marzo de 1998 (*RJA* 1405) dice: «La opción de compra, al carecer de propia disciplina normativa, salvo la referencia que efectúa el artículo 14 del RH, tiene su fuente de regulación en la voluntad de las partes, no autorizándose por tratarse de una relación obligacional, que su validez y cumplimiento pueda quedar al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1256 del Código Civil)».

2. CONCEPTO Y REQUISITOS

La opción de compra constituye un verdadero contrato en el cual se pacta el derecho de opción a favor de uno de los contratantes, el optante se obliga a ejercitar su derecho conforme a unas determinadas condiciones y el concedente, por su parte, se obliga a mantener su oferta durante el tiempo pactado y, por lo tanto a mantener el consentimiento para la perfección de la compraventa durante ese tiempo.

DÍEZ PICAZO (3) define el contrato de opción como aquel «por el cual una de las partes, concedente de la opción, atribuye a la otra, beneficiaria de la opción, un derecho que permite a esta última decidir, dentro de un determinado periodo de tiempo y unilateralmente, la celebración de un determinado contrato».

Por su parte DE CASTRO considera que la denominación «contrato de opción» es reciente y obedece a la necesidad de evitar la aplicación a dicho contrato de la teoría que anteriormente se estimaba válida sobre el precontrato, según la cual el incumplimiento de la obligación de celebrar el contrato principal solo motivaría una acción de indemnización de daños y perjuicios (4).

La sentencia del TS de 1 de diciembre de 1992 (*RJA* 11899) señala que: «La opción de compra es un convenio por virtud del cual una parte concede a la otra, la facultad exclusiva de decidir sobre la celebración o no de otro contrato

(1) En la legislación mercantil y bursátil se regulan los distintos tipos de opciones financieras, entre las que podemos mencionar la opción *call* y opción *put*, *warrants*, contratos de futuro y los derechos de suscripción preferente de acciones entre otros.

(2) En el ámbito inmobiliario encontramos referencias a la opción de compra en el artículo 14 del RH, en el que se regula su normativa registral, en el artículo 13 de la LAU, relativo a los efectos de la resolución del derecho del arrendador como consecuencia del ejercicio de una opción de compra, y en el artículo 251 de la LEC, relativo a las reglas para la determinación de la cuantía de las demandas que tengan por objeto una opción de compra.

(3) DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, Madrid, 1996, pág. 217.

(4) DE CASTRO Y BRAVO, «La promesa de contrato: algunas notas para su estudio», en *Anuario de Derecho Civil*, 1950, págs. 1133 y sigs.

principal de compraventa, que habrá de realizarse en un plazo cierto y en unas determinadas condiciones, pudiendo ir acompañado del pago de una prima por parte del optante» (5).

La compraventa en el contrato de opción de compra está plenamente configurada, pero no ha sido perfeccionada, falta la concurrencia de consentimientos que la hagan nacer ya que no ha tenido lugar todavía el consentimiento del comprador, que se manifestará con el ejercicio de la opción. Este consentimiento del optante o comprador es simplemente retardado o pospuesto al término previsto (6). El concedente desde el momento de la perfección del contrato de opción de compra queda vinculado por su consentimiento a la compraventa, sin que pueda desistir o revocarlo. Como señala la sentencia del TS, de 17 de mayo de 1993: «Es doctrina de esta Sala que la opción de compra supone una compraventa concluida que no necesita actividad posterior de las partes para desarrollar las bases contractuales contenidas en el convenio, bastando la expresión de voluntad del optante para que el contrato quede firme, perfecto y en estado de ejecución obligatoria para el cedente, sin necesidad de más actos, lo que la diferencia del *pactum de contrahendo*, pues es con la aceptación cuando quedan definitivamente fijadas las recíprocas obligaciones que han de exigirse después con el nacimiento y perfección de la compraventa por obra del doble consentimiento que en el optante es simplemente retardado o pospuesto al término previsto (sentencias de 9 de febrero de 1985 y de 17 de noviembre de 1986), dependiendo la consumación del contrato de modo exclusivo de la decisión del optante, que realizada dentro del plazo establecido, constriñe al titular del derecho al cumplimiento, bastando que se opere esa manifestación de voluntad y que le sea notificada al optatario para que, sin necesidad de ninguna otra actividad, se tenga por consumada la opción».

En el mismo sentido la Resolución de la DGRN, de 19 de julio de 1991, dice: «La tendencia jurisprudencial, últimamente reseñada, acoge aquella concepción mayoritaria de la doctrina que en base a las necesidades prácticas del tráfico negocial entiende que al perfeccionarse el contrato de opción queda ya prestada la declaración negocial suficiente para que se produzca el efecto jurídico perseguido como eventualmente definitivo por las partes, de modo que no es necesaria una nueva declaración para que el camino negocial desemboque en el resultado final, si así lo decide quién está facultado para ello, aunque sea mediante declaración unilateral, y todo esto puede convenirse por los contratantes al amparo del artículo 1255 del Código Civil».

Los elementos principales del contrato de opción de compra son: la concesión al optante del derecho a decidir unilateralmente respecto a la realización de la compra, la determinación del objeto, el señalamiento del precio estipulado para la futura adquisición y la concreción de un plazo para el ejercicio de la misma, siendo por el contrario elemento accesorio el pago de la prima (STS de 1 de diciembre de 1992). Como vemos, los requisitos de este contrato han sido también configurados por la jurisprudencia del TS, la cual establece aparte de los requisitos generales a toda actividad contractual tres específicos: *a)* la aceptación expresa del optante (STS de 29 de marzo de 1993); *b)* la determinación del plazo durante el cual se pueda ejercitar el derecho de opción (STS de 18 de

(5) En el mismo sentido se pronuncian las SSTs de 15 y 29 de octubre de 1993, 16 de octubre de 1997, 5 de junio de 2003, 15 de junio de 2004 y 18 de mayo de 2005, entre otras.

(6) STS de 14 de febrero de 1997.

mayo de 1993); c) la determinación exacta del precio y del objeto, así como el de perfección (STS de 22 de septiembre de 1993) (7).

3. ELEMENTOS

A) *Elementos personales*

Las partes intervinientes en el contrato de opción de compra son el concedente de la opción, también llamado principal, y el titular del derecho de opción, también llamado optante. En cuanto a su capacidad, el optante en el momento de pactar el contrato de opción de compra, deberá tener la capacidad de contratar, sin que se requiera capacidad o legitimación específica para realizar una compraventa. No pueden contratar una opción de compra los que no pueden celebrar un contrato de compraventa porque están sujetos a una prohibición de comprar. No es admisible que puedan pactar una opción de compra, aquellas personas que por derecho tienen prohibida su adquisición por compraventa (arts. 221.3 y 1459 del CC). Como señala SANCIÑENA ASURMENDI (8): «En efecto, sería un fraude de ley, el que personas incursas en la situación que genera esta prohibición de contratar, pactaran una opción de compra para ejercitar una vez que hayan cesado en la misma».

El concedente, aunque en el momento de pactarse el contrato de opción de compra no existe todavía compraventa sino que solo tiene lugar la concesión del derecho de opción, queda vinculado a la futura venta, sin que pueda frustrarla ni realizar actos que impidan su efectividad. Por esta razón entiendo que es necesario que en el momento en el que se pacta la opción de compra, el concedente tenga ya la capacidad para vender el bien. Así entendido, el menor emancipado no puede por sí solo pactar una opción de compra en la posición de concedente sobre bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor, sino que necesitaría el complemento de capacidad prestado por sus padres o por el curador. Los padres y curadores pueden hasta que el menor adquiera la mayoría de edad, impugnar la opción de compra pactada por falta de capacidad y también pueden pedir la anulabilidad de la compraventa si el optante ejercita la opción antes de la mayoría de edad del concedente. Una vez que el menor alcanza la mayoría de edad tiene un plazo de cuatro años para impugnar la opción de compra y, en su caso la compraventa.

Los administradores, mandatarios y todos aquellos que actúan en representación de otro, necesitan tener en el momento de pactar la opción de compra poder para enajenar o que exista posterior ratificación expresa o tácita, bien respecto a la opción de compra o bien respecto a la compraventa ya perfeccionada por el ejercicio de la opción.

Expuestas estas normas, podemos hacer referencia al problema que se plantea cuando al constituir el derecho de opción de compra el optante es soltero y cuando va a ejercitar la opción de compra está casado y rige entre los cónyuges el

(7) En un sentido similar, la STS de 4 de diciembre de 1997, señala: «Como principio se puede decir que los requisitos esenciales para la existencia del contrato de opción, están constituidos principalmente por la aceptación del optante y por la determinación del plazo durante el cual puede ejercitarse la opción».

(8) SANCIÑENA ASURMENDI, C., *El contrato de opción de compra*, ed. Dykinson, Madrid, 2007, pág. 18.

régimen de gananciales o cualquier otro régimen de comunidad, ¿ha de concurrir su consorte al ejercicio de la opción de compra? La solución depende de la tesis que se sustente acerca de la naturaleza jurídica de este derecho. De acuerdo con la teoría clásica que diferencia netamente el precontrato del contrato, será el contrato definitivo el que clasificará la adquisición. Por lo tanto y supuesto que ese contrato se celebre después del matrimonio, lo adquirido será privativo o ganancial de acuerdo con los principios generales y en atención a la procedencia de los fondos empleados en la adquisición. Por el contrario, si el contrato de opción se configura como un convenio del que nace la facultad de exigir el cumplimiento de un único contrato ya concertado y cuya eficacia definitiva depende únicamente de que la opción se ejercite, se debe atribuir naturaleza privativa al bien adquirido merced a la opción si esta se estipuló antes de la vigencia de la sociedad ya que como dice la RDGRN de 7 de diciembre de 1978, «al perfeccionarse el contrato de opción queda prestada ya la declaración negocial suficiente para que se produzca el efecto jurídico perseguido como eventualmente definitivo».

También hay que señalar que en caso de constitución de un derecho de opción de compra a favor de varias personas ha de determinarse la forma en que pueden ejercitarlo, estableciendo bien la mancomunidad o bien señalando la cuota que corresponde a cada uno de ellos conforme a la regla general del artículo 54 del RH a efectos de inscripción en el Registro de la Propiedad.

B) *Elementos reales*

La opción en cuanto figura sustantiva como verdadero contrato, tiene unos elementos reales propios, no obstante como se concede el derecho a optar a una compraventa ya en el momento de pactarse el contrato de opción, debe configurarse plenamente la compraventa y concurrir los elementos esenciales de esta, por lo tanto, si el contrato de opción no contiene la cosa y el precio de la compraventa futura no existirá contrato por falta de objeto.

La cosa objeto de la futura compraventa debe cumplir en el momento de la opción de compra con los requisitos del objeto del contrato: ser determinada o determinable, posible y lícita (9) *ex* artículos 1271 a 1273 del Código Civil. La cosa tiene que estar determinada o ser determinable con posterioridad sin necesidad de un nuevo convenio. La concesión al optante del derecho a decidir unilateralmente la celebración de la compraventa le posibilita para elegir entre perfeccionar el contrato de compraventa ejercitando la opción o no ejercitarlo dentro del plazo de tiempo determinado renunciando a la compraventa. El concedente tiene durante este plazo la obligación de conservar la cosa y tenerla a su disposición para poder transmitirla cuando el optante ejercite el derecho de opción (10).

(9) La jurisprudencia aplica a la cosa objeto de la opción de compra las reglas de la cosa objeto de la compraventa. Así la STS, de 31 de diciembre de 1981, admite la opción de compra concedida sobre cosa ajena en aplicación de la doctrina general sobre la venta de cosa ajena. La STS, de 23 de noviembre de 1992, niega la existencia de la opción de compra pactada por alguno de los comuneros, pero sin el consentimiento unánime de todos.

(10) En este sentido, la STS de 28 de abril de 2000, señala: «Es característica propia de la opción de compra que el concedente o promitente se obligue a no vender a nadie la cosa prometida durante el plazo estipulado, ya que a lo que compromete aquel es a vender una cosa determinada al optante a recibir la declaración de voluntad de este, de suerte

Pueden ser objeto del derecho de opción de compra tanto bienes muebles como inmuebles y aunque el objeto de nuestra atención sea el derecho de opción de compra inmobiliaria hay que citar la Resolución de la DGRN, de 30 de julio de 1990, que se refiere a un derecho de opción sobre un buque, bien que se crea, fundamentalmente con carácter mobiliario, es decir, para poder trasladarse de un punto a otro sin detrimento de su esencia, pero que tiene la fingida consideración de inmueble a los efectos de la hipoteca. En relación con la opción de compra hipotecaria el principio hipotecario de especialidad exige la perfecta identificación del inmueble objeto del derecho para que pueda tener acceso al Registro de la Propiedad.

En cuanto al precio, considero que ha de hallarse expresa o básicamente reflejado en el contrato de opción, ya que al igual que el objeto constituye un elemento esencial del contrato. Es el criterio que sigue la jurisprudencia que niega la existencia de un contrato de opción de compra cuando se deja indeterminado el señalamiento del precio para la futura adquisición, ya que como elemento esencial no puede omitirse. Así la sentencia de 24 de enero de 1991 califica el contrato de «promesa de una opción de compra futura», porque se había diferido la fijación del precio sobre dos viviendas de protección oficial y los locales de negocio para un momento posterior «por el precio que se pacte en su momento», exigiendo por tanto, un nuevo convenio entre las partes (11).

Es también requisito esencial que se señale un plazo para el ejercicio del derecho de opción, ya que la propiedad no puede quedar vinculada indefinidamente a un derecho de adquisición. Este plazo opera como plazo dentro del cual debe ejercitarse el derecho de opción y al mismo tiempo, como plazo de extinción del propio derecho, de manera que una vez transcurrido, el derecho ya no puede ejercitarse y el contrato de opción se extingue. Considero que no es un plazo de prescripción sino de caducidad (SSTS de 14 de febrero de 1997 y de 15 de junio de 2004).

El contrato de opción de compra puede contener también como elemento accesorio la entrega de una prima o precio de la opción en aquellos casos en que las partes así lo hayan convenido expresamente. Representa, por tanto, una forma de compensación económica entre optante y concedente por el otorgamiento del derecho y la consecuente pérdida en la facultad dispositiva durante el tiempo de vigencia del negocio. Este elemento modifica las características de este contrato transformándolo en oneroso y bilateral. Como señala MEZQUITA DEL CACHO (12), se trata de «un elemento natural no esencial», ya que su existencia o no, es irrelevante para la constitución del contrato de opción», no afecta sustancialmente ni a la estructura del negocio ni al contenido del derecho. En este sentido, la sentencia de 4 de abril de 1987, dice que «es un elemento accesorio del mismo, y en ningún caso modificador de la naturaleza que le es propia», si bien hay que tener en cuenta que en el ámbito registral el artículo 14 del RH exige en cuanto

que el concedente se obliga a tener la cosa disponible durante el plazo estipulado por si el optante ejerciera su derecho dentro del mismo».

(11) La STS de 24 de enero de 1991 señala: «la inexistencia de la opción de compra que se pretende ejercitar, por carecer de uno de sus elementos indispensables, representando lo convenido a lo sumo, la promesa de celebración de una futura opción, hasta que las partes determinen el precio de la misma».

(12) MEZQUITA DEL CACHO, J. L., «El pacto de opción y el Derecho que origina», en *RCDI*, XXIV, 1951, pág. 91.

a los requisitos necesarios para la inscripción como posteriormente veremos que conste el precio estipulado para la adquisición de la finca.

C) *Elementos formales*

El título del optante queda integrado por: la escritura de contrato de opción de compra otorgada como es obvio por ambas partes, y por la escritura de ejercicio de la opción que opera la modificación jurídico-real. En relación con esta última escritura se plantea si cabe el ejercicio unilateral de la opción, es decir, sin ocasión de conceder un derecho de opción de compra, se puede pactar que la escritura pública de ejercicio de la opción pueda otorgarse unilateralmente por el optante, es decir, con su sola intervención y si ese pacto puede tener acceso al Registro, o si por el contrario dicho pacto no es válido aún vigente el principio de autonomía privada, o si, aun siendo válido no es inscribible en el Registro de la Propiedad. En este sentido la RDGRN, de 7 de diciembre de 1978, sanciona la validez de dicho pacto y su posibilidad de inscripción y considera que: «desde el punto de vista instrumental, y siempre que el dueño lo haya consentido al pactarse el contrato preliminar, el título definitivo del adquirente en virtud de una opción de compra ha quedado integrado por la escritura del contrato de opción otorgada por ambas partes y por la escritura de ejercicio de la opción otorgada unilateralmente por el optante, ya que una vez autorizadas ambas el valor traditorio de la escritura y lo convenido por las partes produce la *traditio* adecuada para investir de dominio al adquirente. En este mismo sentido se pronuncia la RDGRN, de 19 de julio de 1991, así como la de 7 de septiembre de 1982, que da por supuesta la posibilidad de tal pacto de ejercicio unilateral, si bien no habiéndose pactado, no cabe extender nota marginal acreditativa del ejercicio del derecho de opción por el optante, pero sí se puede practicar anotación de demanda en la que el optante pretende el otorgamiento de la escritura correspondiente cuando el propietario del bien se niegue a ello. Incluso es posible según la RDGRN de 29 de septiembre de 1987, que en la escritura de constitución del derecho de opción se prevea «que el ejercicio se lleve a cabo con la colaboración de un tercero al que en la escritura se le confieran al efecto, irrevocablemente poderes del dueño del bien sobre el que el derecho de opción recae».

II. LA OPCIÓN DE COMPRA EN GARANTÍA

La opción de compra en garantía debemos encuadrarla dentro de las nuevas figuras que han surgido últimamente de garantías atípicas, como la venta en garantía o *lease-back*, y que tiene su explicación en la inadecuación de las garantías tipificadas respecto de las nuevas necesidades que han surgido en el tráfico económico.

De una manera clara podemos decir que hay opción en función de garantía cuando acreedor y deudor pactan una opción de compra sobre un bien inmueble del deudor, en garantía del cumplimiento de una obligación principal, normalmente un préstamo. Con ello se consigue una doble finalidad: por un lado, se permite al acreedor la apropiación directa del inmueble en caso de incumplimiento del deudor, evitando así los procedimientos tradicionales de ejecución de garantías reales que son más costosos y, por otro lado, se crea una situación susceptible de inscripción, con eficacia *erga omnes* y por lo tanto, oponible frente a terceros.

La opción de compra como medio de garantía puede instrumentalizarse de dos formas:

1. El acreedor en la posición jurídica de optante. El deudor concede sobre un bien de su propiedad un derecho de opción de compra a favor de su acreedor, que le permitirá adquirirlo si el deudor incumple su obligación.
2. El deudor en la posición jurídica de optante. El bien inmueble sobre el que se articula la garantía, que es propiedad del deudor, se transmite al acreedor que pasa a ostentar su titularidad dominical, en este caso el deudor es el titular del derecho de opción, cuyo ejercicio le permitirá recuperar la propiedad del inmueble. Vamos a analizar estos dos supuestos:

1. EL ACREEDOR EN LA POSICIÓN JURÍDICA DE OPTANTE

En este caso el deudor constituye sobre un inmueble de su propiedad y a favor del acreedor, un derecho de opción de compra, cuyo ejercicio se supedita al cumplimiento por el primero de su obligación dentro del plazo señalado.

Podemos definirlo como hace LEÑA FERNÁNDEZ (13) como una opción de compra en la que el ejercicio del derecho de opción concedido al acreedor se condiciona a que el concedente-deudor no pague la deuda y sus intereses en el plazo pactado.

Coinciden en un mismo sujeto la titularidad de dos derechos, el de crédito y el de opción, lo que permite conectar la obligación garantizada y la opción de compra que le sirve de garantía; como gráficamente dice RODRÍGUEZ ROSADO (14), se trata de un acreedor reforzado por un derecho de opción.

Si el deudor no cumple sus obligaciones, el acreedor puede ejercitar la opción y adquirir la propiedad del bien, es decir, el acreedor puede apropiarse del bien sin desembolsar el precio de la compraventa, el cual se determina mediante el descuento de las cantidades ya satisfechas en las deudas, o puede compensarse con las cantidades que el deudor adeude al acreedor. Se faculta a este último para que pueda elegir entre apropiarse del bien dado en garantía ejercitando su derecho de opción, o reclamar la devolución del préstamo. Por lo tanto, la opción de compra funciona como una garantía atípica (15), que constituya un pacto comisorio autónomo prohibido en nuestro ordenamiento por los artículos 1859 y 1884 del Código Civil (16).

Considero que supeditar la opción al cumplimiento de la obligación garantizada implica la existencia de un pacto comisorio encubierto, ya que la opción de compra sometida a la condición suspensiva de que no se hayan satisfecho las obligaciones garantizadas, significa que si el deudor incumple con el pago de sus obligaciones dentro del plazo establecido, el acreedor puede ejercitar la

(13) LEÑA FERNÁNDEZ, «Algunas cuestiones prácticas en torno a la opción de compra», en *Homenaje al Profesor Jordano Barea*, Academia Sevillana del Notariado, IV, 1991, pág. 133.

(14) RODRÍGUEZ ROSADO, *Fiducia y pacto de retro en garantía*, Pons, Madrid, 1998, pág. 191.

(15) Vid. DURÁN RIVACOBA, R., «La prohibición del pacto comisorio en la jurisprudencia», en *Estudios sobre ejecución universal*, Oviedo, 1997, págs. 127 y sigs.

(16) En este sentido podemos citar las RDGRN de 10 de junio de 1986, 5 de mayo y 22 de septiembre de 1992.

opción de compra y, *a sensu contrario*, si el deudor satisface sus obligaciones, se incumple la condición y la opción de compra deviene ineficaz. La RDGRN, de 8 de abril de 1991, señala que: «es indudable que el pacto comisorio configurado como la apropiación por el acreedor de la finca objeto de la garantía por su libérrima voluntad ha sido siempre rechazado, por obvias razones morales, plasmadas en los ordenamientos jurídicos, al que el nuestro nunca ha sido ajeno, bien como pacto autónomo *ex* artículo 4.1 del Código Civil, bien como integrante de otro contrato de garantía, ya sea prenda, hipoteca o anticresis (arts. 1859 y 1884 del CC), rechazo que patentiza además en la reiterada jurisprudencia sobre la materia tanto del TS como de este Centro Directivo».

La conexión del precio de la opción de compra con las obligaciones garantizadas mediante un pacto de descuento en el precio de la opción de las cantidades satisfechas por el deudor, convierte la opción en un pacto comisorio encubierto. Así la RDGRN, de 5 de mayo de 1992, niega la inscripción de la opción de compra sobre dos fincas por ocultar un pacto comisorio en garantía de unas obligaciones hipotecarias, puesto «que la finalidad exclusiva de aquel derecho es la de posibilitar al acreedor insatisfecho la apropiación del bien en cuestión en pago de su crédito». La DGRN considera que existe un pacto comisorio encubierto en la opción de compra en garantía de obligaciones con una cláusula por la cual el precio de la compraventa se determina por vía de compensación con las deudas que el acreedor ostente contra el concedente, ya que a través de esta cláusula se conecta el precio de la opción con las obligaciones garantizadas, por lo que impide su inscripción, opinión que comparto. Por el contrario, el TS no reconoce el pacto comisorio encubierto por una opción de compra vinculada a un préstamo o deuda y estima que la opción de compra es válida y plenamente eficaz, aunque el acreedor optante adquiriera la cosa objeto de la opción sin desembolsar el precio de la compraventa por estar conectado a las obligaciones garantizadas o cuando se conviene que el ejercicio de la opción está sometido a la condición del impago de las deudas garantizadas (17).

2. EL DEUDOR EN LA POSICIÓN JURÍDICA DE OPTANTE

La segunda manera de articular la opción de compra en función de garantía consiste en que el deudor de la obligación garantizada ocupa la posición jurídica de optante, pero como el bien dado en garantía es propiedad del deudor, es necesario que previamente transmita su propiedad al acreedor. En este caso la opción acompaña a un previo contrato traslativo y su función es facilitar que el deudor recupere la propiedad que anteriormente transmitió en garantía, por lo que puede calificarse como una opción de recompra (18). En ocasiones puede pactarse que el optante deudor conserve la posesión del bien, lo que suele articularse a través de un contrato de arrendamiento (19).

El deudor al cumplir con su obligación dentro del plazo estipulado ejerce la opción de compra y recupera la cosa. La compraventa fiduciaria en garantía de obligaciones forma un negocio jurídico fiduciario en el cual se integra la opción

(17) SSTS de 15 de diciembre de 1967, de 3 de febrero de 1988, de 13 de mayo de 1988 y de 10 de octubre de 1990, entre otras.

(18) Vid. SSTS de 3 de junio de 1962, de 25 de abril de 1972, de 30 de noviembre de 1978, de 6 de abril de 1987, de 6 de abril de 1992 y de 21 de febrero de 2003.

(19) Es el caso contemplado en la STS de 21 de febrero de 2003.

de compra (20). «A la venta en garantía articulada como negocio fiduciario se le adiciona una opción de compra, que en cierta manera jurídica *la fides*, pues convierte en derecho del fiduciante la readquisición de la cosa transmitida, independizándolo de la voluntad del fiduciario e intentando mitigar el riesgo de que el fiduciante vulnere el pacto de fiducia» (21).

Como señala LLORENTE SAN SEGUNDO (22): «este supuesto no puede considerarse propiamente una opción de compra en garantía, ya que la opción es un mecanismo accesorio de la transmisión fiduciaria en garantía, cuya función es canalizar la recuperación del bien que se dio en garantía al acreedor, y no la de reforzar la posición del titular del derecho de crédito garantizado».

En definitiva, considero que la opción de compra integrada en el negocio fiduciario no constituye una verdadera opción de compra, sino que se integra en el conjunto negocial con base en la *causa fiduciae* (23).

III. EL DERECHO DE OPCIÓN

1. NATURALEZA JURÍDICA

El derecho de opción concede al optante la posibilidad de decidir unilateralmente dentro del plazo de tiempo estipulado entre ejercer la opción y por lo tanto, perfeccionar el contrato de compraventa o no ejercitarla. Entiendo que se trata de un derecho potestativo de adquisición que faculta a su titular para adquirir una cosa en el precio y condiciones estipuladas en dicho contrato de opción y, considero que se trata de un derecho potestativo ya que confiere a su titular de manera unilateral el poder o facultad de modificar una situación jurídica preexistente y crear una nueva relación jurídica como es la perfección de la compraventa (24).

(20) La STS de 6 de julio de 1992 integra la opción de compra en el negocio fiduciario: «La calificación que verifica la Sala de dicho contrato en cuanto que lo estipula como un negocio jurídico fiduciario *cum creditore*, perfectamente puede acoplarse a las líneas jurídicas delimitadoras del mismo, ya que consiste en un doble negocio o en la existencia de una primera transmisión en base a la confianza que inspira el adquirente fiduciario al transmitente fiduciante y cuyo adquirente quedará en poder de la cosa transmitida, corriendo dicha transferencia las eventualidades de lo que acontezca sobre la obligación principal garantizada, en el caso de autos, el posterior acto o contrato de opción, esto es, la obligación de retransmitirlo cuando efectivamente se cumplan a su vez los presupuestos condicionantes del derecho de opción, o sea, que por parte del vendedor se ejercite esa facultad para poder recuperar la cosa vendida, tras la satisfacción del débito garantizado, lo que se ajusta a la configuración jurisprudencial de dicho esquema negocial de la *fiducia non cum amico sed creditore*».

(21) SANCIÉNA ASURMENDI, C., *ob. cit.*, págs. 147 y 148.

(22) LLORENTE SAN SEGUNDO, I., *La opción de compra inmobiliaria en garantía*, ed. Aranzadi, Navarra, 2007, págs. 116 y 117.

(23) El pacto de opción constituye una verdadera opción de compra, cuando se desvincula y desconecta de las obligaciones garantizadas. La STS, de 5 de marzo de 1991, negó la existencia de un negocio fiduciario, a favor de una dación de pago seguida de una opción de compra. Declaró que «los dos contratos son diferentes, sin subliminal intención y causas conjuntas», como se deriva de la entrega de la diferencia del precio por parte de la entidad bancaria.

(24) Díez Pícazo considera que no existe la categoría de los derechos potestativos y es partidario de su abandono. Por ello, denomina el derecho de opción facultad de

Se ha discutido mucho sobre la naturaleza jurídica del derecho de opción, doctrinalmente se han mantenido distintas posturas:

1. La opción como derecho personal, defienden esta postura quienes siguiendo a COLIN y CAPITANT consideran que el derecho de opción se tiene frente al promitente y no sobre la cosa que este se ha comprometido a vender.
2. La opción como *ius ad rem* o vocación real, militan en este sector doctrinal DE CASTRO y ROCA SASTRE (25), quienes entienden que la opción es un derecho de carácter personal al que la posibilidad de inscripción le atribuye ciertos efectos reales.
3. La opción con naturaleza dependiente de la voluntad de las partes. Se adscriben a esta tesis PUIG PEÑA, CASTÁN y ESPÍN, los cuales, partiendo del carácter personal del derecho, atribuyen a las partes la posibilidad de configurarlo como real e inscribirlo en el Registro al amparo del sistema de *numerus apertus* que rige en nuestro ordenamiento jurídico (26).
4. La opción como derecho real (27). Esta postura se basa en entender que el titular de la opción no tiene derecho a exigir un comportamiento determinado al titular de la cosa, sino que tiene un derecho de adquisición preferente sobre la cosa y lo que concede la opción a su titular es la posibilidad de llegar a ser propietario de la cosa sobre la cual recae.

Jurisprudencialmente hay que señalar que la RDGRN, de 27 de marzo de 1947, distingue su posible configuración como simple compromiso o promesa de venta o como típico derecho de opción con carácter real.

La RDGRN, de 7 de diciembre de 1978, recoge la evolución en el criterio del TS desde: *a)* el carácter más restringido de las sentencias de 23 de marzo de 1945 y 4 de diciembre de 1953, que lo consideran como una modalidad de la promesa unilateral en la que no cabe más que la indemnización de daños; *b)* al más amplio de las sentencias de 10 de julio de 1946, 7 de febrero de 1966 y 28 de junio de 1974, que lo configuraban como un contrato en que es incuestionable la decidida voluntad de las partes de celebrar una auténtica compraventa, y en la que el incumplimiento no da lugar simplemente a la indemnización de daños

configuración y lo considera «una mera facultad derivada del contrato de opción que permite a quien la ostenta configurar en el futuro una relación jurídica a su favor». En la actualidad dicha categoría ha perdido especificidad, ya que se han englobado dentro de la misma posibilidades de actuación derivadas de la capacidad de obrar y, simples facultades jurídicas.

(25) ROCA estima que el derecho personal de opción personal inscrito continúa siendo tal derecho personal como si no se hubiera practicado su inscripción, pues esta no tiene la facultad de trastocar la naturaleza de los derechos, convirtiendo al personal en real, sino que mediante ella el derecho de opción se impone *erga omnes* en base a la denominada «cognoscibilidad legal», de suerte que a todo adquirente posterior a la inscripción del derecho personal de opción de compra le afectará o perjudicará la existencia de este derecho.

(26) La RDGRN, de 27 de marzo de 1947, al referirse al derecho de opción señala: «...figura esta que sin hallarse todavía regulada en nuestro régimen hipotecario y cuyo acceso al Registro ha sido ampliamente debatido, puede no obstante, ser admitida con un criterio progresivo al amparo de la doctrina del *numerus apertus*».

(27) Es el criterio que sigue la DGRN en Resoluciones de 27 de marzo de 1947, 7 de diciembre de 1978, 7 de septiembre de 1982 y 29 de enero de 1986, entre otras. La Compilación de Navarra, en su Ley 460, acoge esta posibilidad al determinar que «los derechos de opción... tendrán carácter real cuando así se establezca».

y perjuicios, sino que faculta a la otra parte para exigir el cumplimiento no solo de la promesa, sino del contrato definitivo.

La sentencia del TS, de 9 de junio de 1990, señala: «Con la inscripción y por efecto de la publicidad registral, el derecho de opción se impone *erga omnes*, de suerte que su existencia afectará o perjudicará a todo adquirente posterior a la inscripción del derecho de opción de compra, pero sin que tal, opere el cierre del Registro, por lo que el propietario de una finca concedente de un derecho de opción de compra, aun después de su inscripción en el Registro, puede enajenar o gravar la cosa ya que tal derecho no implica la prohibición de disponer o enajenar y si tan solo una facultad preferente de adquirir a favor del optante».

Por su parte, la sentencia del TS, de 24 de octubre de 1990, señala que: «El derecho de opción de naturaleza jurídica personal es un contrato principal, pues no puede sostenerse que se halle subordinado a la declaración de voluntad del optante, manifestándose conforme con los términos de la oferta, ni puede decirse que sea una mera cláusula de otro contrato».

Y la sentencia del TS, de 24 de marzo de 1992, dice: «Dicho derecho de opción se configura como derecho de naturaleza real con plenos efectos frente a terceros y plenamente inscribible por pacto expreso entre ambas partes».

En cuanto a sus EFECTOS, la STS de 3 de febrero de 1992, dice: «Dentro de los efectos de la opción está el que quede perfeccionado una vez que sea debidamente ejercitado el derecho y sometida a la regulación del contrato de compraventa entre los que hay que resaltar el artículo 1450 del Código Civil, que mantiene desde luego la perfección del contrato aunque ni la cosa ni el precio se hayan entregado». La STS, de 4 de febrero de 1994, señala que con el ejercicio de la opción queda perfeccionada la venta y, por tanto, al acordar el juez la efectividad de la compraventa, no sustituye el consentimiento de las partes, sino que se limita a ordenar la ejecución de un contrato ya perfecto». La STS, de 22 de noviembre de 1993, dice: «Una vez que el optante ejercita la opción de compra, dentro del plazo estipulado la comunica al optatario o concedente, la opción queda plenamente extinguida o consumada y, desde ese mismo momento y por ese único hecho nace y se perfecciona automáticamente el correspondiente contrato de compraventa».

2. TRANSMISIBILIDAD DEL DERECHO DE OPCIÓN

En esta cuestión podemos distinguir los siguientes casos:

- A) Que se haya previsto en el contrato de opción de compra que este derecho sea transmisible, en cuyo caso no se plantea problema, es lo que se llama opción mediatoria.
- B) Que no se haya pactado nada en cuanto a la transmisibilidad, en cuyo caso la doctrina está dividida y encontramos dos posturas extremas:
 - 1. La de quienes como ROCA SASTRE estima que este derecho es transmisible, salvo que se haya constituido con carácter personalísimo, basado en las condiciones personales de su titular. Este parece ser el criterio seguido por la sentencia del TS, de 12 de julio de 1956. En esta misma línea se puede sostener la transmisibilidad del derecho de opción conforme a la regla general del artículo 1112 del Código Civil, salvo que se trate de derechos personalísimos.

2. La otra postura contraria es mantenida por DÍEZ PICAZO y por PUIG BRUTAU, que piensan que para transmitir la opción es necesario el consentimiento del concedente, ya que a este no le es indiferente la persona que, en definitiva va a contratar con él. Quienes mantienen esta tesis parten de la consideración de la opción de compra como derecho *intuitu personae*.
 3. Una postura más matizada es la de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, quien afirma que como regla general del derecho de opción de compra no es transmisible sin el consentimiento del concedente, aunque puede suceder que interpretando el acto constitutivo con arreglo a la buena fe y a los usos, pueda uno inclinarse por su transmisibilidad cuando el concedente carece de interés legítimo en la inmutabilidad del titular. Esto sucedería si para el ejercicio de la opción el precio hubiera de pagarse al contado.
- C) Por último hay que contemplar el caso en que se haya pactado la intransmisibilidad del derecho de opción de compra por el optante; esto plantea problemas sobre todo si la opción de compra se ha constituido a título oneroso, pues se trataría de una prohibición de disponer en acto a título oneroso proscrita por el artículo 27 de la LH. Sin embargo y pese a tal precepto, parece que sería admisible el pacto de intransmisibilidad del derecho de opción de compra, pues con ello se estaría configurando como derecho personalísimo o en atención a la persona del optante.

Admitida la transmisibilidad del derecho de opción, esta transmisibilidad por parte del optante a favor de tercero conllevaría el mantenimiento de la prioridad registral derivada de la inscripción de la opción de forma que el tercer adquirente podrá ejercitar la opción con preferencia a los titulares de cargas que hayan inscrito su derecho con posterioridad a la inscripción de la opción sin perjuicio de la obligación de consignar el precio pagado al ejercitar la opción a favor de dichos acreedores posteriores. Ello en base al principio general de que la transmisión del crédito conlleva la de todos los derechos accesorios como hipoteca, fianza, prenda o privilegio, entre tales privilegios está la prioridad registral.

IV. ASPECTOS REGISTRALES

1. REGULACIÓN EN EL REGLAMENTO HIPOTECARIO

Esta materia se encuentra regulada en el artículo 14 del RH, el cual establece que: «Será inscribible el contrato de opción de compra o el pacto o estipulación expresa que lo determine en algún otro contrato inscribible, siempre que además de las circunstancias necesarias para la inscripción reúna las siguientes:

1. Convenio expreso de las partes para que se inscriba.
2. Precio estipulado para la adquisición de la finca y en su caso, el que se hubiera convenido para conceder la opción.
3. Plazo para el ejercicio de la opción que no podrá exceder de cuatro años.

En el arriendo con opción de compra la duración de la opción podrá alcanzar la totalidad del plazo de aquel, pero caducará necesariamente en caso de prórroga, tática o legal, del contrato de arrendamiento».

2. NATURALEZA DE LA INSCRIPCIÓN

Para LA RICA se trata de una inscripción constitutiva de la eficacia real del derecho de opción, es decir, dicha eficacia real solo nace mediante la inscripción, sin ella nos encontraríamos ante un mero derecho personal.

ROCA sin embargo, entiende que dicha inscripción no tiene naturaleza constitutiva, ya que la Ley no dice nada sobre ello y el valor constitutivo de las inscripciones no se presume, sino que ha de establecerlo la Ley.

En mi opinión y como consecuencia de que estamos ante un derecho personal que puede ser configurado por las partes como real al amparo del principio del *numerus apertus*, la inscripción no tiene naturaleza constitutiva, ya que son las partes y no ella quien ha otorgado a la opción su carácter de derecho real. Ahora bien hay que tener en cuenta, tal y como señala Juan Pablo RUANO (28), que el artículo 14 del RH añade otra posibilidad a esa naturaleza jurídica del derecho de opción: que las partes «convengan expresamente» la inscripción de un derecho de opción no configurado por ellas con carácter real. Es decir, entramos en la teoría de ROCA: el derecho personal de opción puede inscribirse para otorgarle eficacia *erga omnes*, pero ¿será constitutiva la inscripción en este caso? El mismo ROCA considera que no. Y sigue diciendo RUANO GARCÍA: «A nuestro juicio, estamos ante una débil línea de separación entre la voluntad de las partes y la norma: ¿es esta o aquella la que determina la eficacia *erga omnes* del derecho personal de opción? Para contestar esta pregunta formularemos otra: ¿Qué pasaría si a pesar de haber convenido las partes la inscripción del derecho de opción, este no llega a inscribirse? Evidentemente que la eficacia *erga omnes* no se producirá. Pero, ¿y si se inscribe sin dicho convenio? Jugará mientras no se impugne la inscripción, el artículo 1.3 de la LH pero existirá causa para ser atacada».

Por tanto, comparto totalmente la argumentación del autor mencionado, es la norma la que permite que las partes acuerden la inscripción de un derecho personal y en la voluntad de dichas partes es donde radica el origen o «porqué» de la eficacia *erga omnes* del mencionado derecho.

3. REQUISITOS DE LA INSCRIPCIÓN

Son los siguientes:

- A) El cumplimiento de las circunstancias generales necesarias para la inscripción, *ex* artículos 9 de la LH y 51 del RH.
- B) Convenio expreso entre las partes para que se inscriba, si bien hay que tener en cuenta que este requisito solo opera si se configura como derecho personal ya que si se configura como derecho real sería inscribible por sí mismo en base al artículo 2 de la LH.
- C) Precio estipulado para la adquisición de la finca que debe constar en todo caso y el precio convenido para conceder la opción que solo debe constar si la misma se constituye a título oneroso (29).

(28) RUANO GARCÍA, J. P., «Inscripción del derecho de opción. Aspecto sustantivo y aspecto registral (Examen especial de la opción de compra)», en *RCDI*, núm. 576, 1986, pág. 1478.

(29) Según STS, de 24 de enero de 1991, no cabe el pacto de que el ejercicio de la opción procederá por el precio que se pacte en su momento.

- D) Plazo para el ejercicio de la opción que no excederá de cuatro años, este requisito responde al principio de especialidad, ya que los terceros registrales no deben quedar indefinidamente pendientes de que se ejercite dicha opción. La RDGRN, de 7 de septiembre de 1982, califica este plazo como de caducidad. En el mismo sentido la RDGRN, de 30 de julio de 1990, señala que se trata de un plazo de caducidad del derecho y no del asiento, pues su finalidad es delimitar el tiempo en que puede ejercitarse el derecho. Añade la citada Resolución que mientras la cancelación de un asiento caducado se encuentra favorecida por el artículo 353.3 del RH, la cancelación de un asiento que recoge un derecho que pueda estar extinguido solo puede practicarse mediante la prueba debidamente documentada de la extinción producida al margen del Registro o por el procedimiento especial de liberación de cargas y gravámenes.

Como excepción a este plazo podemos citar que en el arrendamiento con opción de compra la opción puede alcanzar la totalidad del plazo de duración de aquel y la Ley 461 de la Compilación Navarra que señala que: «El derecho real de opción puede constituirse por tiempo determinado no superior a diez años. Para su inscripción en el Registro de la Propiedad el plazo máximo será de cuatro años, tácitamente prorrogable por otro periodo igual.

También hay que tener en cuenta que el plazo inicialmente estipulado del derecho de opción se puede prorrogar, como señaló la RDGRN, de 30 de septiembre de 1987, aunque el periodo originario y el de prórroga supere el límite de cuatro años, pues el artículo 14 del RH señala la duración máxima en el momento de su nacimiento, siempre teniendo en cuenta que se dejen a salvo los derechos de terceros adquirentes. Por lo tanto, no podrá hacerse valer frente a terceros que hayan registrado su derecho antes de la constancia registral de la prórroga si bien en cuanto a los posteriores el optante gozará de preferencia.

4. EFECTOS DE LA INSCRIPCIÓN

La inscripción de la opción de compra no produce cierre registral, aunque la opción esté inscrita no impide la enajenación del bien, si bien el beneficiario podrá ejercitar su acción y resolver el contrato celebrado entre concedente y tercero porque este no goza de los beneficios de la fe pública registral, cuyos efectos no le alcanzan. El derecho de opción de compra inscrita actúa contra todo propietario del inmueble afectado sea el primero que concedió la opción o sean los posteriores adquirentes del mismo pudiendo por tanto exigir el optante la venta de la finca afectada de cualquier persona que resulte ser dueño de ella al tiempo de ejercitarse la opción.

Para que puedan inscribirse en el Registro de la Propiedad a favor del optante las fincas objeto del derecho de opción ejercitado se requiere:

- A) El otorgamiento de la escritura de compra, bien con carácter bilateral entre optante y concedente o tercero adquirente de la finca o bien unilateralmente por el optante, ya que se trata de un pacto válido e inscribible según la RDGRN, de 7 de diciembre de 1978 y de 9 de julio de 1991, siempre que el dueño lo haya consentido al pactarse el contrato preliminar y previa consignación del importe total del precio, ya que se entiende que con la escritura del contrato de opción otorgada por con-

cedente y optante y la de ejercicio de la opción otorgada unilateralmente por el optante se produce *la traditio* necesaria para investir de dominio al adquirente.

- B) El ejercicio de la opción produce la extinción de todos los derechos o gravámenes constituidos e inscritos en el Registro de la Propiedad con posterioridad a aquel. Se trata de una cancelación automática en virtud de un título del que resulta el ejercicio de un derecho, sin que sea necesario mandamiento cancelatorio ni consentimiento de los titulares inscritos. Tal extinción se hace constar en el Registro en virtud de la escritura de compraventa aludida, pero para que proceda esta cancelación la DGRN (30) ha señalado que es necesario acreditar que se ha consignado el importe del precio por aplicación analógica del artículo 175.6 del RH. El requisito de la consignación será exigible solo para la cancelación de las cargas posteriores pero no para la inscripción a favor del optante y debe realizarse aunque el precio de la compra no baste para cubrir el valor de tales cargas.
- C) Que la efectividad del ejercicio de la opción se haga constar en el Registro por un asiento de inscripción a favor del optante como nuevo titular de la finca y no por nota marginal.

5. EXTINCIÓN DEL DERECHO DE OPCIÓN INSCRITO

Al derecho de opción le son aplicables las causas generales de extinción de los derechos. La extinción puede tener lugar:

- Por su ejercicio.
- Por transcurso del plazo establecido para su ejercicio, en cuyo caso se aplica el artículo 177.1 del RH: «Los asientos relativos a derechos que tuviesen un plazo de vigencia para su ejercicio convenido por las partes, se cancelarán por caducidad transcurridos cinco años desde su vencimiento, salvo caso de prórroga legal y siempre que no conste asiento alguno que indique haberse ejercitado el derecho, modificado el título o formulado reclamación judicial sobre su cumplimiento».
- Por renuncia por parte del optante. Se trata de un modo de extinguirse el derecho de opción por la exclusiva voluntad del optante. Sin embargo, el Registrador, antes de proceder a la cancelación del asiento correspondiente, deberá asegurarse del cumplimiento por parte de este de las obligaciones a su cargo, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 6.2 del Código Civil.
- Extinción del derecho de opción por incumplimiento de las condiciones impuestas al optante. Como señala la RDGRN, de 29 de diciembre de 1982: «Es preciso no olvidar la reiterada jurisprudencia de nuestro TS de que para el ejercicio de la acción resolutoria derivada del artículo 1124 del Código Civil o de la resolución prevista en el artículo 1504 del mismo

(30) Así la RDGRN, de 7 de diciembre de 1978, dice que puesto que el ejercicio de la opción va a provocar la cancelación de esos derechos sin el concurso de sus titulares, es necesario que estos puedan contar con el depósito del precio del inmueble para la satisfacción de sus créditos. En el mismo sentido se pronuncia la RDGRN, de 28 de septiembre de 1982 y de 10 de abril de 1987, entre otras.

cuerpo legal es necesario el exacto cumplimiento por parte del vendedor de sus obligaciones, así como una voluntad deliberadamente rebelde a dicho cumplimiento por parte del comprador».

V. BIBLIOGRAFÍA

- DE CASTRO Y BRAVO, F.: «La promesa de contrato: algunas notas para su estudio», en *Anuario de Derecho Civil*, 1950.
- DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, Madrid, 1996.
- DURÁN RIVACOBRA, R.: «La prohibición del pacto comisorio en la Jurisprudencia», en *Estudios sobre ejecución universal*, Oviedo, 1997.
- GOMÁ SALCEDO, J. E.: *Instituciones de Derecho Civil, Común y Foral*, Tomo II, ed. Bosch, 2005, págs. 303 a 309.
- LEÑA FERNÁNDEZ, R.: «Algunas cuestiones prácticas en torno a la opción de compra», en *Homenaje al Profesor Jordano Barea*, Academia Sevillana del Notariado, IV, 1991.
- LORENZO MERINO, F. J.: *La opción de compra en el Derecho español*, ed. Tórculo, Santiago de Compostela, 1992.
- LLORENTE SAN SEGUNDO, I.: *La opción de compra inmobiliaria en garantía*, ed. Aranzadi, Navarra, 2007.
- MEZQUITA DEL CACHO, J. L.: «El pacto de opción y el Derecho que origina», en *RCDI*, XXIV, 1951.
- RODRÍGUEZ ROSADO, B.: *Fiducia y pacto de retro en garantía*, Pons, Madrid, 1998.
- RUANO GARCÍA, J. P.: «Inscripción del derecho de opción. Aspecto sustantivo y aspecto registral (Examen especial de la opción de compra)», en *RCDI*, núm. 576, 1986, págs. 1471 a 1485.
- SANCIÑENA ASURMENDI, C.: *La opción de compra*, ed. Dykinson, Madrid, 2007.
- TALMA CHARLES, J.: *El contrato de opción*, ed. Bosch, 1996.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 12 de julio de 1956.
STS de 15 de diciembre de 1967.
STS de 30 de noviembre de 1978.
STS de 31 de diciembre de 1981.
STS de 9 de febrero de 1985.
STS de 17 de noviembre de 1986.
STS de 4 de abril de 1987.
STS de 3 de febrero de 1988.
STS de 13 de mayo de 1988.
STS de 9 de junio de 1990.
STS de 10 de octubre de 1990.
STS de 24 de octubre de 1990.
STS de 24 de enero de 1991.
STS de 5 de marzo de 1991.
STS de 14 de marzo de 1991.
STS de 19 de julio de 1991.
STS de 3 de febrero de 1992.

STS de 24 de marzo de 1992.
STS de 6 de abril de 1992.
STS de 6 de julio de 1992.
STS de 23 de noviembre de 1992.
STS de 1 de diciembre de 1992.
STS de 29 de marzo de 1993.
STS de 17 de mayo de 1993.
STS de 22 de septiembre de 1993.
STS de 22 de noviembre de 1993.
STS de 15 de octubre de 1993.
STS de 29 de octubre de 1993.
STS de 4 de febrero de 1994.
STS de 14 de febrero de 1997.
STS de 16 de octubre de 1997.
STS de 4 de diciembre de 1997.
STS de 21 de marzo de 1998.
STS de 28 de abril de 2000.
STS de 21 de febrero de 2003.
STS de 5 de junio de 2003.
STS de 15 de junio de 2004.
STS de 18 de mayo de 2005.
RDGRN de 27 de marzo de 1947.
RDGRN de 7 de diciembre de 1978.
RDGRN de 7 de septiembre de 1982.
RDGRN de 28 de septiembre de 1982.
RDGRN de 29 de diciembre de 1982.
RDGRN de 29 de enero de 1986.
RDGRN de 10 de junio de 1986.
RDGRN de 10 de abril de 1987.
RDGRN de 29 de septiembre de 1987.
RDGRN de 30 de septiembre de 1987.
RDGRN de 30 de julio de 1990.
RDGRN de 8 de abril de 1991.
RDGRN de 19 de julio de 1991.
RDGRN de 5 de mayo de 1992.
RDGRN de 22 de septiembre de 1992.

RESUMEN

*OPCIÓN DE COMPRA
TRÁFICO INMOBILIARIO*

La opción de compra constituye un contrato en el cual se pacta el derecho de opción a favor de uno de los contratantes, el optante se obliga a ejercitar su derecho conforme a unas determinadas condiciones y, el concedente, por su parte, se obliga a mantener la oferta

ABSTRACT

*PURCHASE OPTION
REAL ESTATE BUSINESS*

A purchase option is an agreement stating that one party, the option holder, holds a right that he or she undertakes to exercise pursuant to certain conditions, and the other party, the option granter, undertakes to keep the offer open for the accorded time and therefore to maintain

durante el tiempo pactado y por lo tanto, a mantener el consentimiento para la perfección de la compraventa durante ese tiempo. Se analiza su concepto y requisitos así como sus elementos.

Como consecuencia de la insuficiencia de las garantías tipificadas ante las nuevas necesidades que han surgido en el tráfico económico, estudiamos la opción de compra en función de garantía que tiene lugar cuando acreedor y deudor pactan una opción de compra sobre un bien inmueble del deudor en garantía del cumplimiento de una obligación principal, normalmente un préstamo. Seguidamente analizamos el derecho de opción aludiendo a su naturaleza jurídica y su transmisibilidad y finalmente, exponemos los aspectos registrales de esta figura jurídica estudiando sus requisitos y los efectos derivados de la inscripción.

his or her consent to the conclusion of the purchase during that time. In this article, an analysis is given of the concept, requirements and elements of purchase options.

The types of guarantees established by law for use in business are insufficient. They fail to meet the kinds of new needs that have arisen of late. This paper looks at purchase options as a sort of guarantee that takes place when a lender and a borrower arrange for the lender to have an option to purchase real estate belonging to the borrower as security for the discharge of a primary obligation (usually a loan). Next, the paper analyzes purchase options, alluding to their legal nature and transferability. Lastly, it explores the registration-related points of purchase options, their requirements and the effects stemming from registration.

1.6. Responsabilidad Civil

HOSTING O ADMINISTRADORES DE SERVICIOS DE PÁGINAS WEB E INTROMISIÓN AL DERECHO AL HONOR: LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL MARCO DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

por

LOURDES TEJEDOR MUÑOZ

Profesora Titular del Departamento de Derecho Civil de la UNED

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE: A) LA NORMATIVA EUROPEA. B) LA NORMATIVA ESPAÑOLA.—III. OPINIÓN DOCTRINAL.—IV. REVISIÓN JURISPRUDENCIAL.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ANEXO JURISPRUDENCIAL.

I. INTRODUCCIÓN

La aparición y desarrollo de Internet ha causado una profunda transformación en los modos de distribución y recepción de la información. Es indudable que Internet proporciona una plataforma sin precedentes en las técnicas de la comunicación social. Esta nueva herramienta permite el almacenamiento masivo de información y su distribución por cualquier lugar del mundo. La red globa-

liza la información y parecen perderse en el ciberespacio los conceptos espacio/tiempo, a la vez que consigue que cualquier usuario acceda de forma inmediata a todo tipo de contenidos. Pero también Internet se ha convertido, en un nuevo mecanismo para vulnerar derechos de la personalidad, que tiene unas características propias, que después veremos, por ahora solo queremos adelantar que la facilidad con que se difunden las noticias en la red, contrasta con la dificultad de exigir responsabilidades cuando se producen intromisiones ilegítimas al honor y a la intimidad de las personas.

Evidentemente no podemos escapar ni mantenernos ajenos al entorno virtual, por ello es necesario conocer el nuevo escenario en el que se mueve la denominada sociedad de la información. En estas líneas, precisamente el debate se centra en torno al tema concreto de quienes son los responsables de los contenidos ilícitos que están alojados en los servidores, ¿los autores de los contenidos vertidos en Internet?, ¿los prestadores de servicios que facilitaron el alojamiento de estos en Internet?, o ¿ambos a la vez? Pese a la dificultad que la atribución de la responsabilidad conlleva, no se puede permitir que las intromisiones ilegítimas que se cometen en la red queden en la impunidad del anonimato.

Efectivamente, las nuevas tecnologías, nos sitúan ante viejos conflictos que alcanzan nuevas dimensiones, las vulneraciones de los derechos de la personalidad nos sitúan ante la clásica tensión entre los derechos a la información, y a la libertad de expresión frente al respeto a los derechos al honor (1), y a la intimidad personal, y ante la dificultad de señalar los límites del ejercicio de estos derechos. Lo que hace necesario buscar una interpretación que garantice un justo equilibrio entre los mismos, ya que en aquellos no se pueden amparar las ofensas e injurias que lejos de la función que tiene la libertad de expresión en una sociedad libre, se convierten en medios de denigración de las personas, menosprecios personales, vejaciones injustificadas o insultos. Es necesario preservar los derechos de quienes participan en el entorno virtual.

Para llevar a cabo este objetivo, en este comentario, en primer lugar, se hará una aproximación al marco normativo aplicable. En segundo lugar, analizaremos en qué casos son responsables los prestadores de servicios por los contenidos que alojan. En tercer lugar, se intentará aportar alguna luz sobre la novedosa jurisprudencia dictada en materia de responsabilidad. Y, por último, se realizarán unas breves reflexiones sobre el tema.

II. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE

Como hemos dejado apuntado, con carácter previo nos parece necesario referirnos aunque sea de forma sucinta al marco normativo, que regula la cuestión.

A) LA NORMATIVA EUROPEA

En Europa se ha producido un amplio reconocimiento de los derechos fundamentales, en el Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 (2), para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, que re-

(1) En el que se considera incluido el prestigio profesional.

(2) Ratificado por España el 10 de octubre de 1979.

gula en el artículo 8 el derecho al respeto de la vida privada y familiar y en el artículo 10 el derecho a libertad de expresión (3).

Hay que recordar que en el Tratado de Roma por el que se constituyó la Comunidad Económica Europea, el 25 de marzo de 1957, no aparecían directamente recogidos estos derechos (4). Será mucho más tarde, en el Tratado de Maastricht (5) cuando se incluyan de una manera expresa.

Actualmente, el Tratado de la Unión Europea, en su artículo 6, dispone que: «La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados... También señala que: «La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados». Y, añade que: «Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales».

(3) Que tuvo como precedente la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (art. 12) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966 (art. 17).

(4) Si bien, en el Acta Única Europea, firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986, que entró en vigor el 1 de julio de 1987 (DO núm. L 169, de 29 de junio de 1987), como dice la profesora DÍAZ-AMBRONA será cuando se haga alusión por primera vez en un texto comunitario a estos derechos, aunque dicha alusión se realice en el preámbulo, DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M. D., «Los derechos de la persona en el ámbito comunitario», dirigido por DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M. D., *Derecho Civil de la Unión Europea*, 1.ª ed., Colex, Madrid, 2001, pág. 80.

(5) Ciertamente, el Tratado de Maastricht, de 7 de febrero de 1992, que entró en vigor el 1 de noviembre de 1993, dispone en el Título I, bajo la denominación de Disposiciones comunes, letra F, que: «La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y, tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho Comunitario» (DOC, núm. C 191, de 29 de julio de 1992). El Tratado de Ámsterdam, de 2 de octubre de 1997, que entró en vigor el 1 de mayo de 1999, modifica el apartado 1 del artículo F, y preceptúa: «La Unión se basa en los principios de libertad, democracia respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros» (DOC, núm. C 340, de 10 de noviembre de 1997).

Por otro lado, para lograr el respeto efectivo de estos principios, la Unión Europea aprobó la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000. Efectivamente, los artículos 1, 7 y 11 de la Carta expresan la especial protección que merece la dignidad de la persona, al igual que destacan la relevancia de la esfera privada, donde queda también englobada la propia imagen, y la libertad de información en una sociedad democrática (DOCE, núm. C 364, de 18 de diciembre de 2000).

El Tratado de Niza, de 26 de febrero de 2001, que entró en vigor el 1 de febrero de 2003, no introduce ninguna modificación en esta materia (DOCE, num. C 80, de 10 de marzo de 2001), y el Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009, ha vuelto a modificar el artículo 6 del TUE (antiguo art. 6 TUE) y el artículo 67 del TFUE (antiguo art. 61 TCE y antiguo art. 29 TUE) (DOCE, núm. C 306, de 17 de diciembre de 2007).

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, reza en su artículo 67 que: «La Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros».

Por otro lado, es preciso exponer que la necesidad de establecer un sistema de responsabilidad específico de los prestadores de servicios de almacenamiento de datos, por daños producidos a los bienes o derechos de terceros por los contenidos ilícitos de los usuarios de sus servicios, se puso de manifiesto, más tarde y cristalizó en la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000 (6), relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (7).

El valor de esta Directiva es fundamental porque constituye la primera regulación legal de esta materia en la Unión Europea. La cuestión se contempló —en la sección cuarta de su capítulo segundo— bajo el título «la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios», en los artículos 12 a 15. Nosotros nos centraremos, exclusivamente, en preguntarnos como hemos dejado apuntado en quiénes deben estimarse responsables de los datos que se difunden en Internet, si los autores de los comentarios, expresiones, imágenes o los intermediarios que actúan como prestadores de servicio (8) de alojamiento o almacenamiento de datos, de las páginas web en las que se han depositado los citados comentarios, o fotografías elaboradas por terceros, que atentan contra el derecho al honor, y la intimidad y en qué casos.

En particular, el artículo 15, apartado 1, contempla la inexistencia de una obligación general de supervisión (9). Así excluye la posibilidad de que los Estados miembros impongan a los prestadores de servicios «una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas», respecto del servicio de que se trata. No tienen, por tanto, en principio

(6) DOCE núm. 178, de 17 de julio de 2000.

(7) Sobre la citada Directiva puede verse, PLAZA PENEDES, J., «La responsabilidad civil en Internet (Su regulación en el Derecho Comunitario y su previsible incorporación al Derecho español)», en *La Ley*, Tomo III, 2001, págs. 1 a 37. PEGUERA POCH, M., «Directiva sobre el comercio electrónico: Determinación de la normativa aplicable a las actividades transfronterizas», en *Revista de la contratación electrónica*, núm. 2.º, octubre de 2001, págs. 3 a 40, disponible en <http://eprints.ucm.es/6881/1/DIRCOMELCpdmiguel2001.pdf> y del mismo autor, «Mensajes y mensajeros en Internet: la responsabilidad civil de los proveedores de servicios intermediarios», en *UOC*, marzo de 2001, disponible en <http://www.uoc.edu/web/esp/art/uoc/0103008/peguera.html>.

(8) A efectos de la presente Directiva son «servicios de la sociedad de la información»: los prestados normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario». Y son prestadores de servicios establecidos los «que ejercen de manera efectiva una actividad económica a través de una instalación estable y por un periodo de tiempo indeterminado. La presencia y utilización de los medios técnicos y de las tecnologías utilizadas para prestar el servicio no constituyen en sí mismos el establecimiento del prestador de servicios» [art. 2 a) y c)]. A los prestadores de servicios se les designa con las siglas en inglés ISP (Internet Service Provider).

(9) Sobre los principios en que se funda la Directiva, con detalle, puede verse BUSTOS LAGOS, J. M., «La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de intermediación en la sociedad de la información», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 542, 2002 (BIB 2002/1091).

control sobre la información transmitida o almacenada. La cuestión se centra, tal y como afirma PANIZA (10), «en la dificultad que le supone al proveedor de servicios de alojamiento una tarea de control sobre todos los contenidos introducidos por terceros, lo que supondría una carga excesivamente gravosa». Por nuestra parte, pese a que compartimos esa idea, también creemos que actualmente se debería abogar por algunos mecanismos de control, o filtros ya que no puede admitirse una cuasi impunidad de las cada vez más frecuentes intromisiones ilegítimas en los derechos de la personalidad que se producen en la red; precisamente, no hay que olvidar que además el citado artículo en su apartado 2, establece un deber de colaboración, que permite que los Estados establezcan «obligaciones tendentes a comunicar con prontitud a las autoridades públicas competentes los presuntos datos ilícitos o las actividades ilícitas llevadas a cabo por destinatarios de sus servicios o la obligación de comunicar a las autoridades competentes, a solicitud de estas, información que les permita identificar a los destinatarios de sus servicios con los que hayan celebrado acuerdos de almacenamiento».

La responsabilidad se establece en función de los servicios prestados por los diferentes intermediarios. Realmente, entendemos que lo que se establece es un sistema de exenciones de responsabilidad (11) de los intermediarios con excepciones (12). Se trata de saber entonces en qué casos excepcionalmente responden estos de los contenidos hechos por terceros en páginas en las que son servidores. Y la dificultad del sistema estriba precisamente en saber cuál es el alcance de estas excepciones, que se hacen depender del «conocimiento efectivo» y cuáles son los instrumentos para alcanzarlo. Así, en relación con los prestadores de servicios, consistentes en almacenar o en alojar datos facilitados por el destinatario de los mismos, el artículo 14 dispone, que los Estados miembros garantizarán que:

- a) los prestadores de servicios, no respondan, cuando no tengan «*conocimiento efectivo*» de que la actividad a la información es ilícita y en caso de que se ejercite una acción por daños y perjuicios, cuando no tengan «*conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito*» o de que

(10) PANIZA FULLANA, A., «El alcance de la responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información (A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de mayo de 2010)», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2010 (BIB 2010/1259).

(11) Debemos tener en cuenta que uno de los objetivos de la Directiva era fomentar el desarrollo de Internet.

(12) Como acertadamente afirma el profesor PEGUERA, «el hecho de que unos datos (mensaje) ilícitos, o que causen un daño, hayan circulado por la red gracias a la intervención de un determinado prestador de servicios intermediarios (mensajero) no implica que este deba ser responsable de aquellos. En la medida en que la actuación del prestador de servicios se haya limitado a la realización de operaciones puramente técnicas, pasivas y automáticas, o en la medida en que se observe determinados deberes de diligencia, la directiva establece que quedará exento de responsabilidad, con los requisitos y condiciones que a continuación examinaremos... quien además añade: «la directiva de comercio electrónico no establece propiamente una regulación general de la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios. Lo que hace simplemente es fijar a favor de tales prestadores unos ámbitos concretos de exención de la responsabilidad», PEGUERA POCH, M., «Mensajes y mensajeros...», *op. cit.*, págs. 3 y 4.

- b) en cuanto tenga dicho conocimiento actúen «con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible» (13).

Obsérvese, por otra parte, que no señala qué debe entenderse por «conocimiento efectivo», ni cuánto tiempo tiene que pasar para retirar o impedir el acceso a los datos una vez que se conoce que la información es ilícita.

Dicha exención no se aplicará cuando «el destinatario del servicio actúe bajo la autoridad o control del prestador de servicios». En cuyo caso, evidentemente, es responsable, pues participa en el contenido de los datos que podría haber controlado y conocido (14), y no puede beneficiarse de la exención. Además, hay que tener en cuenta que lo dispuesto en este artículo «no afectará la posibilidad de que un tribunal o una autoridad administrativa, de conformidad con el sistema jurídico de los Estados miembro, exijan al prestador de servicios poner fin a una infracción o impedirla, ni a la posibilidad de que los Estados miembros establezcan procedimientos por los que se rija la retirada de datos e impida el acceso a ellos».

La generalidad del precepto plantea, sin duda, problemas de interpretación, que iremos viendo al analizar cómo se ha incorporado esta al régimen jurídico español.

B) LA NORMATIVA ESPAÑOLA

En nuestro Ordenamiento, los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, se garantizan para todas las personas, como derechos fundamentales, en el artículo 18 de la Constitución Española, que también establece una limitación legal al «uso de la informática» para garantizar, *el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos* (15). Junto a estos derechos coexisten otros derechos también fundamentales, como el derecho a la información (16) y el derecho a libertad de expresión (17) que aparecen reconocidos en el artículo 20 de nuestra Constitución.

Es necesario recordar, que cuando se produce un conflicto entre la libertad de información o de expresión y los derechos al honor y a la intimidad, hay que tener en cuenta lo que establece el artículo 20.4 de la Constitución, que dispone que el respeto a los derechos al honor y a la intimidad constituyen un límite al ejercicio de las libertad de información y a la libertad de expresión. La Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería por lo demás

(13) Considera también el citador autor: «que se establecen exenciones de carácter subjetivo» ... «para que pueda gozar de la exención se establece el requisito subjetivo negativo de falta de conocimiento efectivo de la ilicitud de la actividad o de la información que aloja... este requisito negativo se complementa con la obligación de desplegar un actividad positiva tan pronto como el prestador de servicios tenga conocimiento de aquellos extremos; actividad que consiste en actuar con prontitud para retirarlos dato, o bien hacer que el acceso a los mismos sea imposible». *Ibidem, op. cit.*, págs. 6 y 9.

(14) No se trataría de un servicio de información o almacenamiento de datos neutral.

(15) Artículo 18.4.

(16) Consiste en comunicar y recibir libremente hechos veraces por cualquier medio de difusión.

(17) Consiente en emitir libremente opiniones, ideas y pensamientos, si bien lo cierto es que, muchas veces, aparecen íntimamente ligadas, pues cuando se informa de una determinada noticia se puede emitir también juicios de valor sobre la misma. Pero son diferentes.

incompatible con la dignidad de la persona que se proclama en el artículo 10.1 del Texto fundamental.

Estos derechos de la personalidad, consagrados constitucionalmente, fueron desarrollados civilmente mediante la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo (18), de Protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (19).

Ahora bien, es precisamente la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Información y del Comercio Electrónico (LSSICE) (20), la que tiene por objeto establecer la regulación del régimen de los servicios de la sociedad de la información y de la contratación por vía electrónica». Mediante esta Ley, se incorpora a nuestro Derecho la 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».

La citada ley dedica, dentro del Título II, el Capítulo II, titulado «Obligaciones y régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de la información», la Sección 1.^a a regular las obligaciones de los artículos 9 a 12 bis, y la Sección 2.^a a regular el régimen de responsabilidad, en concreto los artículos 13 a 17. Obsérvese que la ley no contempla la responsabilidad de los autores de los contenidos subidos a la red.

La mejor doctrina (21) ha considerado que la regulación de la responsabilidad se hace de forma redundante y farragosa. Efectivamente, compartimos esta opinión, por diferentes motivos que iremos señalando, así ocurre, por ejemplo, cuando la Ley establece como regla general, que los prestadores de servicios de la información quedan sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa, sin perjuicio de lo que en ella se disponga (art. 13.1), pues semejante remisión a las normas generales, aporta bien poco al entendimiento de la cuestión, es

(18) Pero como es sabido, la regulación no se agota en el ámbito civil, pues algunas de las conductas que atentan a estos derechos, están tipificadas en el Código Penal, en este sentido, la protección penal del honor se encuentra en el Libro II; Título XI, en delitos tales como la calumnia (arts. 205 a 207 del CP) y la injuria (art. 208 a 210) y la protección de la intimidad y la propia imagen viene contemplada en el Libro II, Título X, en delitos como el descubrimiento y revelación de secretos (arts. 197 y sigs.), además las intromisiones ilegítimas en estos derechos pueden ser calificadas como falta, consagrada en el Libro III, Título I, en el artículo 620.

(19) En definitiva, cabe afirmar, siguiendo al profesor LASARTE, respecto del honor: «que sencillamente se trata de la estimación y el respeto que la persona se profese a sí misma y que le reconozca la comunidad en que se desenvuelve. LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principio de Derecho Civil, I. Parte General y Derecho de la persona*, decimoquinta edición, 2009, Barcelona, pág. 169. Para una aproximación al derecho al honor e intromisión ilegítima, puede verse también TEJEDOR MUÑOZ, L., «Algunas consideraciones en torno a la reparación de los daños por vulneración de los derechos del honor, a la intimidad y a la propia imagen de los menores», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 700, marzo-abril de 2007, págs. 342 a 349; «El ejercicio del derecho al honor como límite al derecho a la información», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 711, págs. 513 a 521.

(20) *BOE*, núm. 166, de 12 de julio de 2002.

(21) Ya que como dice la profesora DÍAZ-AMBRONA: «no hubiera hecho falta que se precise la sujeción de los prestadores de servicios, a la responsabilidad civil, penal y administrativa, porque tanto las personas físicas como jurídicas están sometidas al régimen general de responsabilidad de nuestro ordenamiento jurídico». DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M. D., «La contratación y la firma electrónica», dirigido por DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M. D., *Derecho Civil de la Unión Europea*, 4.^a ed., Colex, Madrid, 2010, pág. 186.

como no decir nada. O, como cuando continúa estableciendo el mismo precepto, que para determinar la responsabilidad de los prestadores de servicios para el ejercicio de las actividades de intermediación se estará a lo establecido en los artículos siguientes (art. 13.2), cuando en realidad establece un sistema de exención de responsabilidad por el contenido de la información que circula por Internet. Si bien, antes de profundizar en la concreta responsabilidad de quienes prestan servicios de alojamiento o almacenamiento de datos (*hosting*), conviene destacar, aunque sea brevemente, que la Ley en los preceptos siguientes, parte de un concepto amplio de «servicios de la sociedad de la información», que permite diferenciar cuatro tipos de prestadores de servicios que pueden ejercitar actividades de intermediación:

1) Operadores de redes y proveedores de acceso a Internet (art. 14); 2) prestadores de servicios que realizan copia temporal de los datos para su ulterior transmisión a otros destinatarios (art. 15); 3) prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos (art. 16); y 4) prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o a instrumentos de búsqueda (art. 17).

Debe observarse que la regulación de la responsabilidad se establece, al igual que en la Directiva, en función de los servicios prestados por cada uno de ellos, en su actividad de intermediación, mejor dicho, realmente, lo que hace la Ley siguiendo a la Directiva, es establecer un sistema de exoneración de la responsabilidad, según qué actividad de intermediación se presten, pues como afirma DÍAZ-AMBRONA (22): «En realidad la Ley enumera los casos de exoneración de responsabilidad de los distintos operadores que intervienen en el proceso, según su ámbito de actuación».

Así, en concreto, el artículo 16 se refiere a «que los prestadores de servicios de intermediación consistentes en albergar datos proporcionados por el destinatario de este servicio (23), no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario, salvo...», y señala una serie de casos de que a continuación veremos en los que están exentos de responsabilidad.

Por tanto, debe destacarse que la mera creación del daño no lleva siempre aparejada de forma inapelable el deber de reparar, sino que en principio se excluye la responsabilidad de los intermediarios por los contenidos ilícitos de los usuarios. Ahora bien, esta exención no funciona siempre y existe responsabilidad, cuando el destinatario del servicio actúe bajo la dirección, autoridad o control de su prestador; es decir, cuando los propios intermediarios hayan intervenido en la elaboración de la información transmitida, originándola, seleccionándola o modificándola pues, como hemos dejado apuntado anteriormente, podían haber controlado y evidentemente conocido el contenido ilícito o cuando se den una de las siguientes circunstancias:

- a) «no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o

(22) *Ibidem*, *op. cit.*, pág. 186.

(23) Ofrecen un lugar en su propio servidor o red de comunicación para que los distintos usuarios o internautas puedan conectarse y en el que pueden hacer circular e intercambiar ideas e información, y en el que se van almacenando o alojando las informaciones o datos de los usuarios.

- b) si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos».

Aunque el contenido de este precepto coincide sustancialmente con el de la Directiva, incluye algunas novedades respecto de la misma, así, a diferencia de la Directiva, el legislador español, señala cuándo se entiende que el prestador de servicios tiene «conocimiento efectivo», al disponer que existirá: «Cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se haga imposible el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse».

Por tanto, existe exoneración de la responsabilidad: a) si hay ausencia de una relación de dependencia o subordinación entre los proveedores de los alojamientos y almacenamiento de datos y los contenidos; b) en caso de desconocer efectivamente que la información almacenada es ilícita o lesiona los derechos de un tercero susceptibles de indemnización, y c) cuando conociendo esta ilicitud, actúe con diligencia y retire los datos con prontitud o impida el acceso a los mismos. Ahora bien, es difícil concretar el alcance que hay que dar al «conocimiento efectivo», y cuáles son los medios aptos para alcanzarlo, su definición puede decirse que es oscura, por lo que ha originado varias interpretaciones doctrinales. Y ha dado lugar a varios pronunciamientos jurisprudenciales, pero sobre este tema volveremos más tarde.

Para ahondar en el concepto de responsabilidad, es necesario poner esta en relación con las obligaciones que tienen los prestadores de servicios cuando realicen sus actividades. Efectivamente, por un lado, se impone un deber específico a los prestadores de servicios de intermediación de diligencia y colaboración, en el artículo 11, al establecer una serie de obligaciones de colaboración con las autoridades públicas para localizar e imputar responsabilidades a los autores de las actividades o contenidos ilícitos que se difundan por la red o para impedir que estos se sigan divulgando y, por otro, se impone un deber de información general que debe proporcionar todo prestador de servicios, relativo a sus datos de identidad (24) y localización, contemplado en el artículo 10, que permite tanto tener una información general, de quién es y cómo se le puede localizar (a través del sitio web) como que los usuarios puedan acceder por medios electrónicos, de forma sencilla, directa y gratuita, al prestador de servicios. De tal forma, que se garantiza, que en caso de conflicto se pueda identificar al prestador; y en consecuencia se pueda cumplir de modo diligente con la obligación de eliminar todo contenido ilícito o atentatorio al honor de determinada persona, evitando así contribuir a su difusión y su prolongación en el tiempo. Se da por

(24) En cuanto a los datos de identificación y de localización del prestador de servicios se exige que se pueda acceder por medios electrónicos a la siguiente información, por ejemplo, su nombre o denominación social, domicilio, dirección de correo electrónico, y cualquier otro dato que permita establecer una comunicación directa y efectiva; los datos de su inscripción en el Registro Mercantil; los Códigos de conducta a los que, en su caso, esté adherido..., etc., sin perjuicio del cumplimiento de otros requisitos de información exigidos por la normativa vigente.

cumplida esta obligación si el prestador incluye en su página o sitio web, los datos anteriores (25).

En consecuencia, la responsabilidad de los alojadores está sujeta al cumplimiento de unas obligaciones particulares de los prestadores de servicios de intermediación y generales de cualquier prestador de servicios, tales como el deber de diligencia e información, que si se incumplen pueden originar responsabilidades, además de la imposición de sanciones que pueden ser muy graves, graves o leves.

Por otra parte, hay que destacar que se prevé por la Ley 34/2002, de 11 de julio, la posibilidad de establecer restricciones a la prestación de servicios y procedimientos de cooperación intracomunitarias, en el caso de que un determinado servicio de la información atente o pueda atentar o vulnerar el respeto a la dignidad de la persona. En cuyo caso, los órganos competentes para su protección, en el ejercicio de las funciones que tengan legalmente atribuidas, podrán adoptar las medidas necesarias para que se interrumpa la prestación o para retirar los datos que los vulneren (26).

Obsérvese también que la ley española no establece expresamente la inexistencia de obligación de supervisión de los prestadores de servicio de intermediación, como hace el artículo 15 de la Directiva.

III. OPINIÓN DOCTRINAL

Nos interesa llamar la atención en que uno de los requisitos claves para imputar la responsabilidad es el «conocimiento efectivo», y dado que la definición que da por el legislador del mismo es oscura, nos parece necesario aclarar ¿cuándo se tiene realmente conocimiento efectivo? De forma sintética puede decirse que existen dos interpretaciones doctrinales del concepto «conocimiento efectivo» (27) contenido en el artículo 16 de la citada Ley.

«Una primera, estricta (28), que aboga porque el citado artículo, introduce una lista cerrada de causas de conocimiento, y considera el “conocimiento efec-

(25) Así, en este sentido, la sentencia de 10 de febrero de 2011, del Tribunal Supremo, Fundamento de Derecho cuarto entiende que: «el recurrente ha incumplido lo dispuesto en el artículo 10 de dicha Ley en materia de información al mantener en el registro como domicilio uno inexacto o cuando menos, no actual, que impidió al demandante comunicarse con él de una forma fácil y directa para así interrumpir la difusión de las expresiones y fotografía lesivas permitiendo el acceso de terceros a dicha página web hasta que aquel acudió a la vía judicial en defensa de sus intereses, inobservando de esta forma su deber de diligencia en la rápida retirada de datos ilícitos o en impedir el acceso a ellos».

(26) Artículo 8 de la Ley 34/02, de 11 de julio.

(27) Sobre estas dos formas de entender la responsabilidad, en el sentido estricto y amplio del «conocimiento efectivo, se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo, de 9 de diciembre de 2009 (*RJ* 2010/131), y la de 10 de febrero de 2011 (*RJ* 2011/313).

(28) Línea por la que se pronuncia, entre otros, LÓPEZ DE LA PEÑA SALDÍAS, J. F., quien afirma que el concepto de «conocimiento efectivo» viene específicamente definido en el primer inciso del último párrafo del número 1 del artículo 16 de la Ley 43/2002, sin que quepa ampliar los supuestos que en el mismo se recogen apoyándose en la expresión «otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse», —ya que conozcamos— no existe norma alguna que los haya establecido. Por el contrario, siendo plenamente aplicables el principio de interpretación restrictiva de las normas sancionadoras y limitativas, especialmente en lo que se refiere a la libertad de expresión, no parece que pueda ser ampliado tal concepto por vía jurisprudencial. Libertad de expresión e Internet. Responsabilidad de

tivo” solo podrá existir cuando estemos en presencia de una previa resolución de un órgano competente, acerca de la ilicitud de los datos en cuestión y la retirada de los mismos. Fundamentan su postura, entre otros en los siguientes argumentos, en los antecedentes legislativos y prelegislativos de la ley y en la propia literalidad del precepto, que viene a sostener que no habiéndose establecido legal ni reglamentariamente otros medios de conocimiento y a falta de acuerdos voluntarios sobre procedimientos de detección y retirada, es necesario restringir la interpretación al “conocimiento de una resolución judicial o administrativa que declare la existencia de una lesión o de la ilicitud de los contenidos”.

La segunda, más amplia (29) que entiende que introduce una lista abierta de supuestos y considera que igual que la Directiva de la que procede la LSSICE —emplea el módulo del «conocimiento efectivo» para la exención de responsabilidad penal y el de «conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito» para la responsabilidad civil—, estamos ante una relación meramente ejemplificativa, al amparo de lo dispuesto en el artículo 3 del Código Civil, por lo que no excluye que pueda probarse la existencia de «conocimiento efectivo» de cualquier otra manera, cuando el perjudicado le haya reclamado que se retire el contenido que atenta a su derecho fundamental. Efectivamente, esta segunda opinión es la seguida actualmente por la jurisprudencia y por cierto sector doctrinal.

La jurisprudencia menor tampoco se ha pronunciado de manera uniforme, por lo que ambas posturas han contado con pronunciamientos judiciales a favor (30) y en contra (31).

los prestadores de servicios de la sociedad de la información. El caso putasgae, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2010 (BIB 2010/593), págs. 1 a 7.

(29) Línea seguida, entre otros, por PEGUERA POCH, M., «quien señala que la necesidad de interpretar la ley española de conformidad con la directiva, apoya la conclusión de que el artículo 16.1.II debe leerse en un sentido no limitativo, y matiza que debe tenerse presente, sin embargo, que el mero conocimiento material de la presencia de determinados contenidos no significa necesariamente “conocimiento efectivo de la ilicitud”, cosa que probablemente solo pueda apreciarse en los casos en que la ilicitud resulte obvia». «Mensajes y mensajeros...», *op. cit.*, pág. 17.

(30) Así, por ejemplo, en apoyo de una interpretación restrictiva del artículo 16, puede verse la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, núm. 835, de 20 de diciembre de 2005 (AC 20067233), que razona que el artículo 16 de la Ley 34/02, de 11 de julio, no deja lugar a duda sobre la exención de responsabilidad de la demandada en el presente supuesto, al no existir previa declaración por el órgano competente de la ilicitud del contenido de la página web ordenando su retirada o imposibilitando el acceso a la misma, ni de la existencia de la lesión al derecho fundamental al honor del actor, no existiendo espacio de impunidad alguno porque el actor había podido acudir a lo establecido en el artículo 8 de la Ley 34/02, de 11 de julio. Desestimó la demanda, condenando al actor al pago de las costas causadas.

(31) En apoyo de una interpretación extensa, puede verse, entre otras, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 3 de marzo de 2010 (AC 2010/941), en la que se plantea si los actores sufrieron una intromisión ilegítima en el honor, intimidad y en la propia imagen, por parte de las personas que utilizaron los perfiles de Internet para insultarlos y vejarnos en el portal de Internet www.yahoo.es y en concreto en el chat existente en la comunidad denominada Chaturanga, dedicada a las partidas y campeonatos de ajedrez, en la que se parte de que el conocimiento efectivo se puede tener por el medio que sea, en el caso que se ventilaba, no se uso «ni la forma ni la dirección que establecía la condición general 17 del contrato que era conocida por los actores, ni la posibilidad de comunicar los abusos *on line*, que consta en las mismas páginas, por lo que se considera que tuvo conocimiento efectivo desde que se recibió el burofax el día 21 de febrero de 2005, procediendo a borrar inmediatamente los perfiles

Actualmente algunas de las claves para conocer cuáles son las vías para tener conocimiento efectivo nos las da la sentencia de 9 de diciembre de 2009, que delimita qué se entiende por conocimiento efectivo, y lo hace partiendo de un concepto amplio, así considera el Tribunal Supremo que no puede interpretar restrictivamente el artículo 16, en el sentido de que solo es posible tener este conocimiento por una resolución judicial o administrativa, pues va en contra de lo establecido por la Directiva:

«...ya que reduce injustificadamente las posibilidades de obtención del “conocimiento efectivo” de la ilicitud de contenidos y amplía correlativamente el ámbito de exención, en relación con los términos de la norma armonizadora, que exige un efectivo conocimiento sin restringir los instrumentos aptos para alcanzarlo. Además, de que el propio artículo 16 permite esa interpretación —al dejar a salvo la posibilidad de “otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse”—, no cabe prescindir de que la misma atribuye igual valor que al “conocimiento efectivo” a aquel que se obtiene por el prestador del servicio a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate».

Y haciendo suya la doctrina de la Audiencia afirma que: «el dominio “www.putasgae.org”, dirigido por “Plataforma de coordinación de movilizaciones contra la SGAE” por su carácter insultante, era un medio adecuado —*ex re ipsa*— para revelar, junto con las circunstancias concurrentes —en especial, la realidad de un conflicto entre dicha proveedora de contenidos y la entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual demandante, conocido por la recurrente—, el tenor injurioso de los datos alojados. Esa conclusión es conforme con la doctrina expuesta y lleva a valorar la falta de diligencia de Asociación de Internautas en el cumplimiento de la carga prevista en la letra *b*) del repetido artículo 16 de la Ley 34/2002».

Esto nos lleva a analizar hasta dónde puede llegar esta interpretación amplia. Creemos como destaca RUBÍ PUIG (32), que el artículo 16.1.2 de la Ley 34/2002 (33),

en donde los terceros cometían infracciones como se constata en la demanda, ya que como afirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10.^a) de 16 de julio de 2008 (*JUR* 2008/376933): «Y en cuanto a la falta de diligencia, coincide la Sala plenamente con el razonamiento de la Juzgadora de Primer Grado, difícilmente puede presumirse que el prestador del servicio pueda se vigilar y controlar previamente los contenidos de todos los mensajes, pues recordemos no es esta la actividad profesional del demandado. Es más, probablemente si ejerciera este control previo se generarían situaciones que afectarían a la libertad de expresión, ya que para evitarse conflictos se procedería a una “censura previa” de contenidos». Por lo que no se condena al prestador de servicios, dado que cuando tuvo conocimiento efectivo actuó diligentemente, procediendo a borrar las intromisiones al honor. Sigue también esta interpretación extensa la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 29 de noviembre de 2010 (*AC* 2011/141).

(32) RUBÍ PUIG, A., «Derecho al honor *online* y responsabilidad civil de ISPs» (El requisito del conocimiento efectivo en las SSTs, Sala Primera, de 9 de diciembre de 2009, y de 18 de mayo de 2010, en *Revista InDret*, Barcelona, octubre de 2010, pág. 7.

(33) Como bien señala, PEGUERA POCH, M., «el texto plantea el problema de su interpretación. Si se interpreta en sentido “limitativo”, solo podrá apreciarse la concurrencia de conocimiento efectivo si se da alguno de los supuestos contemplados en dicho párrafo (previa resolución, acuerdos de notificación y retirada, o bien otros medios que en el futuro

prevé algunas pautas de concreción, pero no restringe la posibilidad de nuevos medios para determinar la existencia de «conocimiento efectivo»:

- a) Conocimiento de una resolución judicial o administrativa que declare la existencia de una lesión o de la ilicitud de los contenidos.
- b) Conocimiento a partir de los procedimientos de detección y retirada de contenidos adoptados voluntariamente por un prestador de servicios de la información (34).
- c) Otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse (35).

Pues bien, la primera parte del artículo 16 no deja lugar a dudas en cuanto que el prestador conozca que existe una resolución de un órgano competente en la que se declare la ilicitud de los contenidos debe retirar o hacer imposible el acceso (36).

pueda fijar el legislador), mientras que si se interpreta en un sentido «no limitativo», será posible apreciar la concurrencia de tal conocimiento, siempre que el mismo exista realmente y así se pruebe por cualquier medio admitido en derecho, con independencia de que se hayan verificado o no los supuestos de adquisición del conocimiento efectivo previstos en el párrafo que comentamos». PEGUERA POCH, M., «Solo sé que no sé nada (efectivamente): la apreciación del conocimiento efectivo y otros problemas en la aplicación judicial de la LSSI», en *III Congreso Internet, Derecho y Política (IDP). Nuevas perspectivas. IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 5, 2007, UOC. En <http://www.uoc.edu/idp/5/dt/esp/peguera.pdf>. ISSN 1699-8154, pág. 11.

(34) Algunos prestadores en sus páginas tienen mecanismos voluntarios que facilitan el conocimiento efectivo, en este sentido, alude a estos mecanismos, la sentencia de 3 de marzo de 2010, de la Audiencia Provincial de Barcelona (AC 2010/941), que señala como el prestador de servicios había establecido algunas vías que podían utilizar las personas que se consideren lesionadas en sus derechos, estableciendo la forma y la dirección en las que se tenían que hacer las reclamaciones en una de las condiciones generales, del contrato y también en la posibilidad de comunicar abusos *online*.

Es frecuente, también, que las páginas establezcan protocolos de reclamación, y que cuenten con un administrador, incluso algunas advierten que pueden examinar los contenidos y que tienen la posibilidad de seleccionar y retirar los que sean lesivos. Así, muchas de ellas cuentan con mecanismos para controlar los ataques *troll*, que son aquellos que pretenden provocar controversias sobre un tema con expresiones insultantes, de tal modo que cuando esto ocurre los administradores pueden cerrar el tema. Debería también impedirse los mensajes anónimos en los foros, por la dificultad que luego supone responsabilizar al autor de los contenidos lesivos.

(35) Alude al conocimiento por cualquier medio que sea, y, en concreto, señala que la comunicación por burofax, es un medio para obtener el conocimiento efectivo la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 3 de marzo de 2010, anteriormente reseñada. Sin embargo, la sentencia de la Audiencia de Madrid, de 8 de noviembre de 2010 (AC 2010/2096), considera que un burofax no es un medio suficiente, cuando sus términos son tan vagos que el demandante no ha concretado cuáles son los comentarios que considera que son intromisiones ilegítimas en su derecho al honor.

(36) Como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, núm. 420/2008 de 22 de septiembre (JUR 2009/107918), no siempre es necesario una resolución judicial, así entiende que: «No obsta... el que no haya precedido ninguna resolución judicial que declarase la ilicitud del contenido de las manifestaciones y fotografía pues, debiendo interpretarse las normas —además de según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos— conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad (art. 3.1 del CC), es claro que en el actual mundo de las telecomunicaciones,

La segunda parte, conocimiento a partir de los procedimientos de detección y retirada de contenidos adoptados voluntariamente por un prestador de servicios de la información, hemos visto como el propio prestador, puede establecer procedimientos de aviso y retirada de información, a través de cláusulas de estilo o a través de sistema de recepción de denuncias e incidencias. Así, por ejemplo, podrán acogerse a códigos de conducta o buenas prácticas que serían de obligado cumplimiento para los que se adhieren a ellos y podrían proporcionar un conocimiento efectivo, si bien en este caso, los propios intermediarios se someterían a una disciplina mas rígida en materia de responsabilidad.

Y, por último, la generalidad del precepto deja abierta la posibilidad de otros medios de conocimiento efectivo que puedan establecer. Cabe preguntarse sobre si ¿bastaría con la simple comunicación o queja del perjudicado?, la doctrina está dividida. Creemos que la notificación del perjudicado bastaría por sí misma cuando con una diligencia media, el prestador de servicios pueda comprobar que hay una vulneración del derecho al honor, y cuando el carácter insultante se deduzca de las circunstancias que rodean al caso. Como destaca RUBI PUIG (37), «quien ve lesionado su derecho al honor —o, en su caso, otros derechos y bienes— tiene la carga primaria de desplegar cierto grado de diligencia para identificar razonablemente el contenido difamatorio y su ilicitud ... quien además añade que «la decisión de un ISP de mantener el alojamiento de unos datos después de haber tenido conocimiento de su posible ilicitud puede calificarse de diligente si la comunicación recibida del afectado no reviste cierto grado de razonabilidad, salvo que existan circunstancias adicionales que manifiesten la existencia de un conocimiento efectivo» (38).

En definitiva, cuando sea indiscutible, claro y fragante que se ha producido una intromisión ilegítima, y cuando además se ha hecho previamente a la presentación de la demanda un requerimiento, para que se retiren del portal las intromisiones ilegítimas al derecho al honor. Pero no en todo caso, ya que lo que no permite la ley es que se convierta el prestador del servicio en Juez de los

caracterizado por la facilidad y rapidez de difusión de los datos, remitir al perjudicado a la previa obtención de una declaración formal de ilicitud cuando la intromisión en el derecho fundamental al honor es tan notoria como en el caso que nos ocupa, en el que se emplean expresiones tales como «gilipollas...» —ya se refieran a su faceta artística, ya a su actuación en la Sociedad General de Autores y Editores— y se inserta una fotocomposición con la cabeza cortada del demandado, multiplicaría los perjuicios que se le ocasionarían hasta el extremo de que, cuando obtuviere respuesta a la tutela judicial pretendida, aquellos perjuicios pudieran ser ya irreparables».

(37) RUBI PUIG, A., *op. cit.*, págs. 16, 13 y 14.

(38) Además entiende el citado autor que: «por supuesto, el grado de diligencia dependerá de las circunstancias particulares de cada caso, pero es posible establecer unos mínimos que ofrezcan una aproximación a un régimen de notificación deseable. El elemento principal que convierte una comunicación de un afectado en razonable es la correcta identificación del contenido lesivo, ...así... podría calificarse de diligente si constara por escrito y contuviera elementos como una firma o firma electrónica del perjudicado o persona autorizada a actuar en nombre de aquel y sus datos de contacto, la identificación completa de la persona cuyo honor se ha afectado; la identificación del contenido que se reputa difamatorio y cuya retirada se solicita... La necesidad de delimitar tales deberes de cuidado mediante una obligación de colaboración del perjudicado en la identificación de los contenidos ilícitos ha sido puesta de relieve en el ámbito de la infracción de los derechos de autor, por la sentencia de lo Mercantil, núm. 7 de Madrid, de 20-9-2010 en el austro *Telecinco c. You Tube*», *ibidem*, págs. 16 y 17.

contenidos de su portal de Internet. Así, no lo sería, como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 23 de noviembre de 2010 (AC 2010/2349), cuando por su «contenido no resulte evidente, patente o efectivo, que lesiona el derecho al honor de los demandantes, siendo esta una cuestión discutible en la que hay que ponderar tanto el derecho al honor de unos como la libertad de expresión de otros, no habiendo requerido los demandantes, previamente a la prestación de la demanda, la retirada del portal de internet de las concretas manifestaciones ahora analizadas, todo lo cual conduce a que debamos establecer la falta de responsabilidad».

Así pues, si el titular de los derechos lesionados advierte que se está produciendo una intromisión al honor, será culpa del prestador de servicios no actuar con la debida diligencia y contrastar si han sido lesionados sus derechos por las actividades de los terceros.

Tampoco se pone de acuerdo la doctrina si estamos ante una responsabilidad por hecho propio (39) o por hecho de tercero (40).

En realidad, el artículo 1903 del Código Civil, señala que la responsabilidad por daños es exigible: «no solo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder»: La doctrina no es unánime en cuanto a si los supuestos del artículo 1903 tienen un carácter tasado (*numerus clausus*), o un carácter meramente ejemplificativo, o (*numerus apertus*). Nosotros, siguiendo al profesor LASARTE (41), nos inclinamos por el carácter abierto, que además señala que: «es necesario para que se puedan incluir nuevos supuestos de responsabilidad por hechos ajenos, que exista una relación de jerarquía o dependencia, y la presunción de que ha existido culpa *in eligendo* o *in vigilando*, según los casos, de los terceros que estaban bajo su cuidado o responsabilidad».

Ahora bien, no existe en el supuesto que analizamos de los proveedores, la citada relación de dependencia, es más, si esta se diera no existiría la posibilidad de eximirse de responsabilidad. Por otro lado, tampoco es fácil encajar sin más en el artículo 1902, pues los prestadores solo ponen los medios pero no tienen un control sobre los contenidos, estamos ante un supuesto de responsabilidad específico (42). Además, en realidad, en cuanto a la tajante distinción entre

(39) Considera que estamos ante una responsabilidad por hechos propios, BUSTOS LAGOS, cuando afirma: «el prestador responde a sus propias actuaciones en relación a tales conductas, sino informa con prontitud a las autoridades de los contenidos o actividades ilícitas de las que tenga conocimiento... o si no reacciona con diligencia interrumpiendo el servicio tan pronto resulte técnicamente posible, BUSTOS LAGOS, J. M., *op. cit.*, págs. 3 y 4.

(40) En este sentido, RUBÍ PUIG entiende, refiriéndose al artículo 16 de la LSSI, que: «la primera desnaturalización de la norma encuentra su solución en la aplicación de las reglas de responsabilidad civil por hecho ajeno (art. 1903.4 CC) que atribuyen al principal, ISP, las consecuencias económicas, derivadas de lo que efectivamente conocen sus dependientes. La solución a la segunda desnaturalización pasa por la necesaria delimitación de los deberes de cuidado, tanto del ISP como del perjudicado, en relación con un contenido ilícito determinado, para evitar la creación de un sistema de responsabilidad civil absoluta», RUBÍ PUIG, A., *op. cit.*, pág. 8.

(41) LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principio de Derecho Civil*, Tomo II, *Derecho de Obligaciones*, undécima edición, 2007, pág. 367.

(42) Adelantaba antes de aprobarse la LSSI, el profesor PENEDÉS que: «Las posibilidades de *lege ferenda*... (al estudiar los presupuestos para la construcción de una responsabilidad sobre hecho ajeno del prestador de servicios intermediario)... de consagrarse esa responsabilidad por hecho ajeno... sería un supuesto distinto del previsto en el artículo 1903 del Código Civil..., ya que no coinciden exactamente ambos supuestos... Así, y a falta de un

responsabilidad por hechos ajenos y propios, como afirma SANTOS BRIZ (43): «la norma del artículo 1903 más que una excepción es una prolongación del 1902, ya que las personas que menciona responden, en definitiva, por la negligencia que en ellas se presume como causa del acto ilícito del menor, incapaz, dependiente, etc. Y en este sentido no es responsabilidad por hechos ajenos, sino por acción u omisión negligente propia». Como también creemos, que al tratarse de un supuesto específico de responsabilidad, tampoco es necesario acudir a una responsabilidad objetiva en función a los riesgos asumidos por este tipo de actividades por parte de los intermediarios.

IV. REVISIÓN JURISPRUDENCIAL

A continuación vamos a realizar un análisis jurisprudencial sobre las sentencias que abordan el tema de las intromisiones al honor y a la intimidad en las páginas web y la responsabilidad civil del ISPs.

Debe observarse que hasta ahora en los supuestos donde se plantea la responsabilidad de estos prestadores se parte, en primer lugar, de la existencia clara de un daño, derivado de la información alojada en el servidor de datos, sin discutirse en estos casos si ha habido o no intromisión ilegítima sino que se parte de que esta existe. Por otra parte, en segundo lugar, no se busca necesariamente al causante o autor del contenido dañoso, sino al responsable del mismo, que es el intermediario que teniendo conocimiento efectivo del carácter ilícito de los datos alojados no hubiera procedido a retirarlos (salvo que el autor haya generado los datos bajo la dirección, autoridad o control del intermediario), lo que viene favorecido quizá por la dificultad de localizar a la persona que ha subido esa información a la red, y la mayor capacidad económica de los intermediarios. En consecuencia, en tercer lugar, la jurisprudencia se centra en la interpretación

supuesto especial, tampoco la vía del artículo 1902 del Código Civil... resulta en principio idónea para establecer una responsabilidad del prestador... por los daños causados por el destinatario de los servicios, salvo que se impusiese al prestador ... un deber de control exhaustivo y constante sobre el uso que haga el destinatario respecto de los contenidos que difunda o tramita», *op. cit.*, págs. 7 y 8.

La complejidad del tema la pone también de manifiesto el Ministerio Fiscal, en el recurso de casación número 914/06, cuando propone una cuestión prejudicial, sobre el ámbito y alcance de la responsabilidad de los prestadores de un servicio de la sociedad de la información, al razonar que: «respecto de los contenidos colgado en la red de un espacio facilitado por ellos pero no por ellos elaborados ni por su cuenta, es difícil aplicar la doctrina del artículo 1903, relativa a la responsabilidad de los empresarios respecto a los daños y perjuicios cometidos por sus empleados, puesto que los empresarios tienen una cierta obligación de control y supervisión que no tiene el prestador de servicios, en cuanto que el destinatario de sus servicios, como hemos dicho, es libre para fijar el contenido y la utilización de los datos que aloja y trasmite pudiendo en cualquier momento, y de forma instantánea, suprimirlos o modificarlos sin que el prestador de servicios perciba estas modificaciones. Es decir, ni existe control y supervisión, ni mucho menos relación de dependencia. Finalmente, tampoco es aplicable la doctrina del artículo 1902 del Código Civil, salvo que se impusiera al prestador de ser vicios la onerosa carga del control exhaustivo. En el escrito del Fiscal, al Tribunal Supremo, número 914/2006. Fiscalía 1010/2006.

(43) SANTOS BRIZ, J., en *Comentarios a los artículos 1887 a 1929 del Código Civil*, Sección D, Tomo XXIV, dirigido por ALBALADEJO GARCÍA, M., Madrid, 1984, <http://vlex.com/vid/263385>

y alcance que haya de darse al «conocimiento efectivo», elemento clave para determinar la responsabilidad, abogando por un concepto amplio del mismo.

Recientemente el Tribunal Supremo se ha pronunciado en tres sentencias, que a continuación analizamos:

- A) Sentencia de 9 de diciembre de 2009 (44) (RJ 2010/131),
RC núm. 914/2006. Ponente: Sr. D. José Ramón FERRÁNDIZ GABRIEL

Los hechos que dieron lugar al litigio son los siguientes:

La Asociación de Internautas prestaba servicios de alojamiento de datos de la sociedad de información a sus asociados por medio de su dirección en la red www.internautas.org. La asociación de internautas tenía dos páginas web, gestionadas por la llamada «Plataforma de coordinación de movilizaciones contra la SGAE, ajena al proceso, www.putasgae.com y www.antisgae.internaturas.org, y estas, a su vez, contenían expresiones y comentarios que atentaban contra el honor de la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE), tales como: «una banda de desocupados...», «prácticas mafiosas...», «putasgae...», «la SGAE tiene más cosas que callar que para contar y su opacidad no le permite predicar con el ejemplo...», «matones a sueldo...», «sanguijuelas sgaeras...», «redadas facistoides contra la hostelería...», «más canallas...», «grandes manipuladores...», «pandillas de mafiosos...», «putos chorizos...», «obtusos de la SGAE...», entre otras.

La Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) y el presidente del Consejo de Dirección de dicha entidad, interpusieron demanda de juicio ordinario contra la Asociación de Internautas, en defensa de su derecho al honor en la que solicitaban que se declare: que la utilización de la dirección de internet www.putasgae.org, supone una intromisión ilegítima en el derecho fundamental al honor de la SGAE como a la persona del Consejero, que se cese en las intromisiones ilegítimas contra su derecho al honor, a eliminar los enlaces y contenidos dependientes de la web de la asociación y se conceda, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, la cantidad de 18.000 euros para cada uno de ellos, así como a publicar en la página <http://www.internautas.org> la sentencia que recaiga, por un periodo temporal equivalente al en que se ha prolongado la intromisión ilegítima, y al abono de las costas.

El Juzgado de Primera Instancia, número cuarenta y dos de Madrid, dictó sentencia, con fecha quince de junio de dos mil cinco, estimando la demanda, y declarando: Que la dirección de internet: «w.w.w.putasgae.org» supone una intromisión ilegítima en el derecho al honor de SGAE y que la divulgación por parte de la demandada en la página de internet <http://antisgae.internautas.org> de las expresiones citadas suponen una intromisión ilegítima en el derecho al honor de los demandantes. Por lo que condena a la Asociación de internautas a cesar en la perturbación ilegítima en el derecho al honor de los actores y a eliminar la expresión «putasgae» de la dirección de internet «w.w.w. putasgae.org», y todos los artículos y enlaces en que se contenga dicha palabra, así como las expresiones atentatorias contra el derecho al honor de los actores y a abonar, en concepto de indemnización de daños y perjuicios la cantidad de 18.000 euros; y a publicar en citada página web la sentencia firme por un periodo de tiempo equivalente al en que se ha prolongado la intromisión ilegítima, además de las costas del procedimiento.

(44) Puede verse el comentario que de la misma hace LÓPEZ DE LA PEÑA SALDÍAS, J. F., *op. cit.*, págs 1 a 7.

La Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimonovena, dictó sentencia el seis de febrero de dos mil seis, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Asociación de Internautas, contra la sentencia anterior y confirmando la sentencia de instancia e imponiendo las costas a la parte apelante.

Debe destacarse que en ambas instancias habían declarado responsable de la intromisión ilegítima del derecho a honor a la Asociación, sin hacer referencia expresa al artículo 16 de la Ley 34/2002, de 11 de julio.

Recurrida en casación la sentencia de la Audiencia, considera la Asociación de Internautas que no tuvo ninguna participación en la elaboración ni selección de los insultos, y que no era responsable porque no tenía «conocimiento efectivo», siendo responsable quien fuera autor de las intromisiones ilegítimas lo que llevó al Tribunal Supremo a pronunciarse sobre el concepto de «conocimiento efectivo».

Afirma el Tribunal Supremo que no se puede interpretar restrictivamente el artículo 16, en el sentido de que solo es posible tener este conocimiento por una resolución judicial o administrativa, ya que va en contra de lo establecido por la Directiva, y que el propio artículo 16 permite esa interpretación —al dejar a salvo la posibilidad de «otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse»—, no cabe prescindir de que la misma atribuye igual valor que al «conocimiento efectivo» a aquel que se obtiene por el prestador del servicio a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate.

Y haciendo suya la doctrina de la Audiencia afirma que el dominio «www.putasgae.org», dirigido por «Plataforma de coordinación de movilizaciones contra la SGAE por su carácter insultante, era un medio adecuado —*ex re ipsa*— para revelar, junto con las circunstancias concurrentes —en especial, la realidad de un conflicto entre dicha proveedora de contenidos y la entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual demandante, conocido por la recurrente—, el tenor injurioso de los datos alojados. Esa conclusión es conforme con la doctrina expuesta y lleva a valorar la falta de diligencia de Asociación de Internautas en el cumplimiento de la carga prevista en la letra *b*) del repetido artículo 16 de la Ley 34/2002.

Merece la pena transcribir los argumentos que utiliza el Tribunal Supremo en el Fundamento cuarto:

«...Por su parte y en primer término, niega la recurrente que supiera de la ilicitud de las opiniones de “Plataforma”, y para ello se sirve del significado que a las palabras “conocimiento efectivo” atribuye el legislador español en el artículo 16, apartado 1, de la Ley 34/2.002 —“se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo *a*) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución”— y añade que, en el caso, ningún órgano competente había declarado previamente a la demanda la ilicitud de los datos almacenados o la lesión de los derechos de los actores y, menos, ordenado la retirada de contenidos. El motivo se desestima.

No es conforme a la Directiva —cuyo objetivo es, al respecto, armonizar los regímenes de exención de responsabilidad de los prestadores de servicios— una interpretación del apartado 1 del artículo 16 de la Ley 34/2002 como la propuesta por la recurrente, ya que reduce injustificadamente las posibilidades de obtención del “conocimiento efectivo” de la ilicitud de los contenidos almacenados y amplía correlativamente el ámbito de la exención, en relación con los términos de la

norma armonizadora, que exige un efectivo conocimiento, pero sin restringir los instrumentos aptos para alcanzarlo.

Además de que el propio artículo 16 permite esa interpretación favorable a la Directiva —al dejar a salvo la posibilidad de “otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse”—, no cabe prescindir de que la misma atribuye igual valor que al “conocimiento efectivo” a aquel que se obtiene por el prestador del servicio a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate.

Ello afirmado, el Tribunal de apelación atribuyó, a los relatados efectos, ese mismo valor revelador al dominio “www.putasgae.org”, dirigido por “Plataforma de coordinación de movilizaciones contra la SGAE” a la dirección que la Asociación, ahora recurrente, le había proporcionado. Consideró que tal título, por su carácter insultante, era un medio adecuado —*ex re ipsa*— para revelar, junto con las circunstancias concurrentes —en especial, la realidad de un conflicto entre dicha proveedora de contenidos y la entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual demandante, conocido por la recurrente—, el tenor injurioso de los datos alojados. Esa conclusión es conforme con la doctrina expuesta y lleva a valorar la falta de diligencia de Asociación de Internautas en el cumplimiento de la carga prevista en la letra *b*) del repetido artículo 16 de la Ley 34/2002».

En conclusión, parte el Tribunal Supremo de una interpretación amplia del concepto de «conocimiento efectivo», al afirmar que no se puede interpretar restrictivamente el artículo 16, en el sentido de que solo es posible tener este conocimiento por una resolución judicial o administrativa. Por ir en contra de lo establecido por la Directiva y del artículo 16, que permite una interpretación amplia y utiliza como argumento que el propio artículo —al dejar a salvo la posibilidad de «otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse»—, incluye el que se obtiene por el prestador del servicio «a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate».

Insiste en que el dominio «www.putasgae.org», por su carácter insultante, era un medio adecuado —*ex re ipsa*— para revelar, junto con las circunstancias concurrentes —en especial, la realidad de un conflicto entre dicha proveedora de contenidos y la entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual demandante, conocido por la recurrente—, el tenor injurioso de los datos alojados.

B) Sentencia de 18 de mayo de 2010 (*RJ* 2010/2319),
RC núm. 1873/2007 (45). Ponente: Sr. D. FERRÁNDIZ GABRIEL

Los hechos de forma sucinta son los siguientes:

Don Luis Alberto interpuso demanda de juicio ordinario en protección de sus derechos al honor, a la propia imagen y a la intimidad, contra Ruboskizo, S. L. Don Luis Alberto ejercía como abogado y tenía como cliente más importante de su despacho a la «Mutua Madrileña Automovilista», desde el año mil novecientos

(45) Para un comentario de la citada sentencia, puede verse PANIZA FULLANA, A., *op. cit.*, y RUBÍ PUIG, A., *op. cit.*, págs 1 a 20.

noventa y uno. Ruboskizo, S. L. presta servicios de almacenamiento de datos, mediante la gestión de una página *web*, denominada *quejasonline*, en la que se permitía publicar quejas contra la Mutua Madrileña Automovilista.

En este caso, un usuario que no se identifica, suplanta la identidad del abogado, en la citada página *web*, «*quejasonline.com*», dejando en el foro el comunicado siguiente: «*Soy abogado de Mutua Madrileña y estoy cansado de engañar a la gente, pues la Mutua me hace retrasar los expedientes con el fin de no pagar. Tiene pinta de irse al garete*», comentario que evidentemente atenta contra el honor y el prestigio profesional del abogado. El abogado comunica la situación de suplantación a la empresa Ruboskizo, S. L., y le requiere para que retire de la página *web*, aquel comentario y le comunique la identidad del remitente. Ruboskizo, S. L. retiró los contenidos de la página *web*, pero se niega a facilitar el nombre del remitente de acuerdo con las normas sobre protección de datos, y manifestó que, en todo caso, estaba dispuesta a colaborar.

El abogado instó la iniciación de un procedimiento penal, que terminó el archivo de las actuaciones, ante la imposibilidad de conocer al infractor y en la demanda reclama indemnización por los daños patrimoniales y morales que le había causado la demandada y solicita una sentencia que «*declare: a) Que el demandado ha cometido una intromisión ilegítima en el honor del demandante por la publicación de su nombre en una queja frente a Mutua Madrileña Automovilista. b) Se condene al demandado a difundir a su costa los fundamentos jurídicos y fallo de la sentencia una vez firme en la página de inicio de su página web quejasonline. com durante ciento diecinueve días. c) Se condene al demandado al pago de la suma de seis mil ciento treinta y cinco euros con diecisiete céntimos en concepto de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados. d) Todo ello con expresa condena en costas*».

La demandada se opuso alegando que no era responsable del contenido de los mensajes de los usuarios de la página y añadió que no respondía conforme a la legislación vigente, ya que retiró la queja al recibir la protesta.

El Juzgado de Primera Instancia, número veintitrés de Valencia, dictó sentencia con fecha treinta de noviembre de dos mil seis, estimando la demanda y declarando que la empresa titular de la página *web* había cometido una intromisión ilegítima en el honor del demandante, condenándola a que difundiera a su costa el fallo de esta sentencia, en la página de inicio de su página *web*, «*quejasonline*» y a mantenerla durante ciento diecinueve días y a abonar al demandante en concepto de daños y perjuicios 6.135,17 euros, más los intereses, y las costas del procedimiento.

La Audiencia Provincial de Valencia, Sección Sexta, dictó sentencia con fecha veintinueve de junio de dos mil siete, desestimó el recurso de apelación *interpuesto por la entidad mercantil Ruboskizo, y confirmó la sentencia de instancia, condenando igualmente a las costas*.

Recurrida en casación, el Tribunal Supremo, declara haber lugar a la misma y considera que la sociedad Ruboskizo no es responsable porque la Audiencia no ha aplicado ni la Directiva 2000/31, ni la Ley 34/2002, de 11 de julio. «Y por ello no ha extraído consecuencia alguna de que dicha sociedad no conociera ni pudiera razonablemente conocer, directamente o a partir de datos aptos para posibilitar la aprehensión de la realidad, que quien le suministraba el contenido lesivo para el demandante no era él, sino otra persona que utilizaba indebidamente su nombre con el ánimo de perjudicarlo; ni de que, conocedora con posterioridad de esa realidad, merced al requerimiento del perjudicado, retirase el comentario sin tacha de negligencia».

Reproducimos por su importancia el fundamento segundo en que se señala: «la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, reguló —en la sección cuarta de su capítulo segundo— el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios que actúan como intermediarios de la sociedad de la información.

En particular, el artículo 15, apartado 1, niega la posibilidad de que los Estados miembro impongan a los prestadores de servicios “una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas” respecto del servicio de que se trata. A su vez, el artículo 16 (46) dispone que los Estados miembros garantizarán que los prestadores de servicios consistentes en almacenar datos facilitados por el destinatario de los mismos, no responden, cuando se ejercite una acción por daños y perjuicios, siempre que no tengan “conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito” y, en el caso de que tuvieran dicho conocimiento, cuando actúen “con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible”.

La Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, al incorporar al Ordenamiento jurídico español la Directiva, dispone —en el art. 13, apartado 2— que para determinar la responsabilidad de los prestadores de servicios por el ejercicio de actividades de intermediación, “se estará a lo establecido en los artículos siguientes”, entre ellos, el 16 que, en relación con los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos —condición que es la de la demandada— proclama que los mismos no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario, siempre que no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información es ilícita o lesiona bienes o derechos de un tercero susceptible de indemnización o, si es que lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos.

En la sentencia de 9 de diciembre de 2009 (RJ 2010/131) nos pronunciamos sobre la interpretación del artículo 16 conforme a la Directiva 2000/31/CE, en lo referente al “conocimiento efectivo”, a cuya ausencia se condiciona, en uno de los supuestos, la liberación de responsabilidad de la prestadora de servicios de alojamiento por la información almacenada a petición del destinatario de aquellos.

Pues bien, la Audiencia Provincial no ha tenido en cuenta ese conjunto normativo al declarar la responsabilidad de la demandada Ruboskizo, S. L. Y, por ello, no ha extraído consecuencia alguna de que dicha sociedad no conociera ni pudiera razonablemente conocer, directamente o a partir de datos aptos para posibilitar la aprehensión de la realidad, que quien le suministraba el contenido lesivo para el demandante no era él, sino otra persona que utilizaba indebidamente su nombre con el ánimo de perjudicarlo; ni de que, conocedora con posterioridad de esa realidad, merced al requerimiento del perjudicado, retirase el comentario sin tacha de negligencia».

La sentencia ratifica, por tanto, la doctrina de 9 de diciembre de 2009, y se remite a la misma en orden a cómo debe interpretarse el «conocimiento efectivo».

(46) Hay un error tipográfico, debería decir artículo 14 de la Directiva, en vez de 16.

- C) La sentencia de 10 de febrero de 2011 (RJ 2011/313).
Ponente: Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos, confirma las dos sentencias anteriores

Los hechos de forma resumida son los siguientes:

El demandante, un conocido personaje público, considera que determinados mensajes y comentarios publicados en la página web, denominada «Alasbarricadas.com» dentro del llamado «Foro anarquista para el debate y contacto directo entre compañeros» en el apartado «El Rey del Pollo Frito Zapatones», contenían expresiones claramente despectivas y vejatorias sobre su persona, tales como: «solamente abro este tema para expresar mi odio más visceral a este gilipollas»..., «pedante, creído, tocapelotas/ovarios, farandulero, feo pasado por los quirófanos, mal artista, mal politiquillo, mal presentador de programas de televisión, chupacámaras, etc...», «solo siento no haber estado en el último festival que estuvo pa descalabrarle con un pedrolo del vente» (mensaje publicado el día 13 de junio de 2006), o «menudo hipócrita, menos mal que hay gente que desenmascara de vez en cuando a estos mentirosos. A ver si un día de estos le da un paro cardíaco después de haberse metido todo el dinero en dietas en cocaína, menudo imbécil» (mensaje publicado el 13 de junio de 2006), o «este hombre es un grandísimo payaso. Es eskoria, la hipocresía personificada. No sé si un tiempo pasado fue mejor, pero ahora mismo solo se merece que su queridísima SGAE se quede sin dinero que robar y que termine viviendo en su amada sociedad capitalista como un mendigo» (mensaje publicado el 29 de junio de 2006). Además se publicó en dicha página web, el 5 de octubre de 2006, una fotografía manipulada del actor, en la que aparece con la cabeza cortada, que supone una grave humillación y amenaza contra el mismo».

El citado personaje demandó al titular del sitio, don Ricardo, por considerar que se producían intromisiones ilegítimas en su derecho al honor, solicitando que se eliminara del sitio web «Alasbarricadas.org» las expresiones y fotografía referidas, así como que se le condenara a publicar a su costa la sentencia en los mismos medios utilizados para llevar a cabo dicha intromisión ilegítima, concretamente mediante una página web de Internet, así como a indemnizarle con la cantidad de 6.000 euros, más las costas».

El Juzgado de Primera Instancia, núm. 44 de Madrid, dictó sentencia con fecha de 13 de septiembre de 2007, en la que estimó completamente la demanda (47) contra don Ricardo, condenándole a cesar en la perturbación ilegítima

(47) Apoya su decisión el Tribunal en que los contenidos (expresiones y fotografías) de la página web denominada «Alasbarricadas.com», implicaban una clara y evidente lesión al honor del actor, que menoscaban su fama, buen nombre y prestigio profesional.

Dichas expresiones se mantenían al tiempo de interposición de la demanda, dado que el demandante intentó contactar con el demandado para que retirase inmediatamente los contenidos atentatorios, sin conseguirlo al no contener información alguna en su página web sobre la identidad o titular de la página o su domicilio, más allá del siguiente correo electrónico «info@alabarricadas.org», siendo después de dar traslado de la demanda cuando se ha procedido a su retirada, por lo que entiende que el prestador del servicio de alojamiento o almacenamiento de datos, y de conformidad con el artículo 16 de la LSSICE, no actuó de manera diligente en el cumplimiento de su deber de retirada de las expresiones, fotografía y mensajes difamatorios referidos.

Estima, por tanto, responsable al demandado como titular de la página web, que ha servido de vehículo para la difusión pública de dichos mensajes, al considerar que debe

del derecho al honor del actor, eliminando del sitio web «Alasbarricadas.org» las expresiones y fotografía atentatorias contra el derecho al honor del actor, así como a publicar a su costa la sentencia en los mismos medios utilizados para llevar a cabo dicha intromisión ilegítima, concretamente en una página web de internet, así como a indemnizar al actor con la cantidad de 6.000 euros y al abono de las costas.

La Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimotercera, dictó sentencia de fecha 22 de septiembre de 2008, en la que desestimó el recurso de apelación interpuesto por don Ricardo, y confirmó la resolución recurrida con expresa imposición de costas.

Recurrida la anterior sentencia en casación, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso y confirma la condena.

Se centra la cuestión en determinar si la Audiencia aplicó de modo correcto el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación. Y recuerda el Tribunal Supremo que:

«Sobre la interpretación que haya de darse al artículo 16 conforme a la Directiva 2000/31/CE, en lo referente al conocimiento efectivo, a cuya ausencia se condiciona, en uno de los supuestos, la liberación de responsabilidad de la prestadora de servicios de alojamiento por la información almacenada a petición del destinatario de aquellos, se ha pronunciado recientemente esta Sala en sus sentencias de 9 de diciembre de 2009 (*RJ* 2010/131), *RC* número 914/2006 y en la de 18 de mayo de 2010 (*RJ* 2010/2319), *RC* número 1873/2007».

Y considera, en su Fundamento cuarto que en parte recogemos, que no se dan los dos presupuestos de la exclusión de responsabilidad contemplados en el artículo 16 de la Ley 34/2002 al afirmar que:

«La Audiencia Provincial negó que el demandado desconociera el contenido de los datos alojados en su página, así como que hubiera actuado diligentemente para retirarlos o hacer imposible el acceso a ellos. Por su parte y en primer término, niega el recurrente que supiera de la ilicitud de las opiniones y comentarios vertidos por los usuarios hasta que no recibió la demanda origen del presente procedimiento y para ello se sirve del significado que a las palabras “conocimiento efectivo” atribuye el legislador español en el artículo 16, apartado 1, de la Ley 34/2002 —“se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución”— y añade que, en el caso, ningún órgano competente había declarado previamente a la demanda la ilicitud de los datos almacenados o la lesión de los derechos de los actores y, menos, ordenado la retirada de contenidos.

Esta interpretación que ofrece el recurrente del apartado 1 del artículo 16 de la Ley 34/2002 no es conforme a la Directiva, como ya lo analizó esta Sala en la sentencia de 9 de diciembre de 2009, *RC* número 914/2006, ya que reduce injustificadamente las posibilidades de obtención del “conocimiento efectivo” de la ilicitud de los contenidos almacenados y amplía correlativamente el ámbito

ponerse en relación el artículo 16 con el artículo 10 de la Ley, en cuanto que el prestador debe cumplir con el deber de información, relativo a los datos de identidad y que dicha omisión imposibilita la aplicación de la exención del artículo 16, como se deduce de los fundamentos de Derecho segundo, y quinto de la citada sentencia.

de la exención, en relación con los términos de la norma armonizadora, que exige un efectivo conocimiento, pero sin restringir los instrumentos aptos para alcanzarlo. Además de que el propio artículo 16 de la Ley 34/2002 permite esa interpretación favorable a la Directiva —al dejar a salvo la posibilidad de “otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse”—, no cabe prescindir de que la misma atribuye igual valor que al “conocimiento efectivo” a aquel que se obtiene por el prestador del servicio a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate.

Partiendo de ello, la Audiencia Provincial atribuye ese mismo valor revelador a los contenidos almacenados o enlazados por cuanto su ilicitud es patente y evidente por sí sola, al no depender de datos o información que no se encuentren a disposición del intermediario. Considera que tanto la foto como las expresiones empleadas constituyen una intromisión en el derecho al honor del demandante notoria y manifiesta que no era precisa una resolución judicial que declarase la ilicitud del contenido de las mismas.

Esa solución es conforme con la doctrina expuesta y lleva a concluir la falta de diligencia del demandado en el cumplimiento de la carga prevista en la letra *b)* del repetido artículo 16 de la Ley 34/2002.

Además, el recurrente ha incumplido lo dispuesto en el artículo 10 de dicha Ley en materia de información al mantener en el registro como domicilio uno inexacto o cuando menos, no actual, que impidió al demandante comunicarse con él de una forma fácil y directa para así interrumpir la difusión de las expresiones y fotografía lesivas permitiendo el acceso de terceros a dicha página web hasta que aquel acudió a la vía judicial en defensa de sus intereses, inobservando de esta forma su deber de diligencia en la rápida retirada de datos ilícitos o en impedir el acceso a ellos».

En las sentencias citadas, los argumentos son claros, siguiendo una interpretación amplia de la teoría del «conocimiento efectivo», se considera por un lado, que no es necesaria una resolución judicial, cuando la intromisión al honor es notoria, y por otro, se entiende que no actúa diligentemente el prestador de servicios cuando dificulta el contacto con los afectados, pues con ello se imposibilita el conocimiento efectivo al impedir que el perjudicado pueda hacer un requerimiento y que así una vez examinados los contenidos se puedan retirar o eliminar si son lesivos.

IV. CONCLUSIONES

Las intromisiones ilegítimas al derecho al honor se hagan por el medio que se hagan son intolerables. Ahora bien, es de especial interés saber si existen peculiaridades cuando estas se realizan a través de Internet, dada la expansión del espacio virtual. Partiendo de esta premisa, en este trabajo, hemos tratado de determinar la compleja responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información respecto de los contenidos (que atentan contra el honor) alojados o subidos por terceros en los sitios web proporcionados por ellos, pues se ha convertido en uno de los caballos de batalla de nuestra jurisprudencia.

Debe destacarse, que en principio se excluye la responsabilidad de los mismos. Ahora bien, esta exención no funciona siempre y existe responsabilidad, cuando el destinatario del servicio actúe bajo su dirección, autoridad o control

de su prestador, o cuando teniendo conocimiento efectivo de que la información almacenada es ilícita o lesiona derechos frente a terceros no haya actuado diligentemente para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos.

Por ello, dos son las cuestiones esenciales que se han pretendido fijar en este estudio, cuándo ha existido un «conocimiento efectivo» y cuándo se ha actuado diligentemente para proceder a su retirada.

Precisamente, del análisis de los pronunciamientos judiciales puede deducirse que se ha pasado de aplicar un criterio restrictivo de interpretación del requisito de «conocimiento efectivo», limitado exclusivamente a los supuestos en que existiera una resolución judicial que declarase la ilicitud de los contenidos, a un criterio amplio, que permite deducir este conocimiento por otros medios, por ejemplo, por hechos o circunstancias aptos para posibilitar una efectiva aprehensión de la realidad, cuando es indiscutible, clara, patente y notoria, la ilicitud de los datos almacenados, lo que habrá que analizar en cada caso concreto. Todo ello implica que una vez que el prestador de servicios tiene ese conocimiento por el medio que sea, es imprescindible que obre con la diligencia debida para retirar el contenido o impedir el acceso a esta. Por otra parte, también se ha considerado que la diligencia mínima que debe cumplir el prestador de servicios, está conectada al cumplimiento de las obligaciones de información. Parece que el Tribunal Supremo ha consolidado esta doctrina y se ha inclinado por un concepto amplio.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BUSTOS LAGOS, J. M.: «La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información (ISPs)», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coord.: REGLERO CAMPOS, 2.ª ed., Aranzadi, Navarra, 2003, págs. 1818 a 1898.
- «La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de intermediación en la sociedad de la información», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 542, 2002 (BIB 2002/1091).
- DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M. D.: «Los derechos de la persona en el ámbito comunitario», dirigido por DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M. D.: *Derecho Civil de la Unión Europea*, 1.ª ed., Colex, Madrid, 2001, págs. 78 a 92.
- «La contratación y la firma electrónica», en *Derecho Civil de la Unión Europea*, dirigido por DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M. D., 4.ª ed., Colex, Madrid, 2010, págs. 171 a 202.
- LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principio de Derecho Civil*, Tomo II, *Derecho de Obligaciones*, 11.ª ed., 2007.
- *Principio de Derecho Civil*, I, *Parte General y Derecho de la persona*, Marcial Pons, 15.ª ed., 2009.
- LÓPEZ DE LA PEÑA SALDÍAS, J. F.: «Libertad de expresión e Internet. Responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información. El caso putasgae», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2010 (BIB 2010/593), págs. 1 a 7.
- PANIZA FULLANA, A.: «El alcance de la responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información (A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de mayo de 2010)», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2010 (BIB 2010/1259).
- PEGUERA POCH, M.: «Mensajes y mensajeros en Internet: la responsabilidad civil de los proveedores de servicios intermediarios», en *UOC*, marzo de 2001, disponible en <http://www.uoc.edu/web/esp/art/uoc/0103008/peguera.html>.

- «Directiva sobre el comercio electrónico: Determinación de la normativa aplicable a las actividades transfronterizas», en *Revista de la contratación electrónica*, núm. 2.º, octubre de 2001, págs. 3 a 40, disponible en <http://eprints.ucm.es/6881/1/DIRCOMELECPdmiguel2001.pdf>
- «Solo sé que no sé nada (efectivamente): la apreciación del conocimiento efectivo y otros problemas en la aplicación judicial de la LSSI», en *III Congreso Internet, Derecho y Política (IDP). Nuevas perspectivas. IDP*, en *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 5, 2007, págs. 2-18, UOC. En <http://www.uoc.edu/idp/5/dt/esp/peguera.pdf>. ISSN: 1699-8154.
- PLAZA PENEDÉS, J.: «La responsabilidad civil en internet (Su regulación en el Derecho comunitario y su previsible incorporación al Derecho español)», en *La Ley*, Tomo III, 2001, págs. 1 a 37.
- RUBÍ PUIG, A.: «Derecho al honor *online* y responsabilidad civil de ISPs (El requisito del conocimiento efectivo en las SSTS, Sala Primera, de 9 de diciembre de 2009 y de 18 de mayo de 2010)», en *Revista InDret*, Barcelona, octubre de 2010, págs. 1 a 20.
- SANTOS BRIZ, J.: en *Comentarios a los artículos 1887 a 1929 del Código Civil*, Sección D, Tomo XXIV, dirigido por ALBALADEJO GARCÍA, M., Madrid, 1984, <http://vlex.com/vid/263385>
- TEJEDOR MUÑOZ, L.: «Algunas consideraciones en torno a la reparación de los daños por vulneración de los derechos del honor, a la intimidad y a la propia imagen de los menores», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 700, marzo-abril de 2007, págs. 342 a 349.
- «El ejercicio del derecho al honor como límite al derecho a la información», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 711, págs. 513 a 521.
- YZQUIERDO TOLSADA, M.: «Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)», en *Tratado de Responsabilidad Civil*. Coord.: REGLERO CAMPOS, 2.ª ed., Aranzadi, Navarra, 2003, págs. 1191 a 1264.

VII. ANEXO JURISPRUDENCIAL

- Sentencia de 9 de diciembre de 2009 (*RJ* 2010/131).
- Sentencia del Tribunal Supremo, 18 de mayo de 2010 (*RJ* 2010/2319).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de febrero de 2011 (*RJ* 2011/313).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 20 de diciembre de 2005 (*AC* 2006/233).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 16 de julio de 2008 (*JUR* 2008/376933).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 22 de septiembre (*JUR* 2009/107918).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 3 de marzo de 2010 (*AC* 2010/941).
- Sentencia de la Audiencia de Madrid, de 8 de noviembre de 2010 (*AC* 2010/2096).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 23 de noviembre de 2010 (*AC* 2010/2349).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 29 de noviembre de 2010 (*AC* 2011/141).

RESUMEN

RESPONSABILIDAD
DE LOS PRESTADORES
DE SERVICIOS DE
INTERMEDIACIÓN
EN LA SOCIEDAD
DE LA INFORMACIÓN (ISPS)
DERECHO AL HONOR:
INTROMISIÓN ILEGÍTIMA

La vulneración del derecho al honor proclamado en la Constitución está a la orden del día. Los medios para vulnerar este derecho fundamental avanzan a medida que se expanden las redes de comunicación, y el problema se acrecienta en la sociedad actual, con las comunicaciones electrónicas, en especial con Internet como vehículo de transmisión de todo tipo de noticias, datos y disquisiciones varias, ya que, pese a sus múltiples ventajas, las clásicas controversias alcanzan nuevas dimensiones jurídicas. Precisamente, en este trabajo, se pretende realizar un análisis de la novedosa jurisprudencia sobre la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación de la sociedad de la información. En particular, analizaremos a los responsables del alojamiento de páginas web o contrato de hosting, según la terminología sajona, cuando los contenidos de dichas páginas producen intromisiones ilegítimas al derecho al honor y la dignidad de terceras personas, mediante comentarios y fotografías humillantes, difamatorias o vejatorias lejanas al tolerable derecho a la crítica.

ABSTRACT

LIABILITY OF INFORMATION
SOCIETY INTERMEDIATION
SERVICE PROVIDERS (ISPS)
PROTECTION AGAINST
DEFAMATION: UNLAWFUL
INTRUSION

Defamation, a form of violating what the Spanish Constitution terms «the right to personal honour», is a hot topic. In Spain the right to personal honour is a fundamental right, but the means for violating it are multiplying in pace with the expansion of communication networks. The problem is growing with the electronic communications of today's society, especially the Internet. The Internet, as a vehicle for transmitting all kinds of news, information and soap-box digressions, poses multiple advantages, but it also provides a stage on which classic controversies can swell to new legal dimensions. This paper examines new case law on the liability of information society intermediation service providers. It particularly looks at the responsible parties under web page hosting agreements when a web page's contents intrude unlawfully on the honour or dignity of third parties through humiliating, defamatory or abusive comments and photographs that go beyond the pale of what is tolerated under the critic's right of free speech.

1.7. Concursal Civil

*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*

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS
*Profesora Ayudante Doctora
Universidad Complutense de Madrid*

SUMARIO: I. HISTORIA DEL CASO: RECLAMACIÓN DE LA DIFERENCIA ENTRE EL CRÉDITO POR EL QUE SE EJECUTÓ Y EL VALOR DE LA ADJUDICACIÓN, TRAS UN PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA.—II. ARGUMENTOS JURISPRUDENCIALES CONTRARIOS A LAS RESOLUCIONES DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA (SECCIÓN 2.ª).—III. REFUTACIÓN DE LOS ANTERIORES ARGUMENTOS Y RAZONES JURÍDICAS QUE PERMITEN MANTENER LAS RESOLUCIONES DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA (SECCIÓN 2.ª): 1. ABUSO DE DERECHO Y ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA. DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS Y TASACIÓN INICIAL. 2. LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y LA PROTECCIÓN DE LA PARTE MÁS DÉBIL EN LA CONTRATACIÓN. 3. LA APLICACIÓN EQUITATIVA DE LAS NORMAS: EL ARTÍCULO 3.2 DEL CÓDIGO CIVIL.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. HISTORIA DEL CASO: RECLAMACIÓN DE LA DIFERENCIA ENTRE EL CRÉDITO POR EL QUE SE EJECUTÓ Y EL VALOR DE LA ADJUDICACIÓN, TRAS UN PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA (1)

El discutido Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, de 17 de diciembre de 2010, de gran actualidad en el contexto presente de sobreendeudamiento hipotecario de los consumidores, tiene su origen en la apelación planteada contra el Auto de 13 de noviembre de 2009 (AC 2010/2235), dictado por el Juzgado de 1.ª Instancia, número 2 de Estella. Este Auto (que denegaba la continuación del procedimiento de ejecución sobre otros bienes del deudor hipotecario, solicitada por el acreedor hipotecario, Banco BBVA, al amparo del art. 579 LEC) tenía la siguiente fundamentación:

Por Auto de fecha 24 de septiembre de 2009 se acordó, en el seno de un procedimiento especial de ejecución hipotecaria (2), la adjudicación al acreedor

(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 Dr. D. Joaquín José RAMS ALBESA.

(2) De acuerdo con los artículos 129 LH y artículos 579, 681.1 y 682.1 LEC, la acción para exigir el pago de deudas garantizadas por hipoteca podrá ejercitarse directa y exclusivamente contra los bienes hipotecados, sujetando su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV del Libro Tercero de la LEC («De la ejecución dineraria»), con las especialidades

ejecutante de la finca hipotecada por una cantidad algo superior al 50 por 100 del valor de tasación (concretamente por 42.895 €). En escrito de fecha 16 de octubre de 2009, el BBVA solicitó la continuación de la ejecución sobre otros bienes del deudor hipotecario al amparo del artículo 579 LEC (y de los arts. 1911 del CC y 105 LH). El Juzgado deniega tal solicitud por entender que aunque la redacción literal del precepto no parecería ofrecer dudas interpretativas, *ello no quiere decir que pueda ser siempre y en todo caso aplicable, ya que la ejecución no debe atender a criterios puramente formales y rigoristas, sino simplemente a dar satisfacción (material) al acreedor*. En el presente caso se da la especialidad de que la adjudicación no se produce a favor de un tercero, en cuyo caso el ejecutante recibiría solo el valor de la adjudicación o aprobación de remate, sino a favor del propio ejecutante, el cual, si bien, *nominalmente* paga por el bien una cantidad algo superior al 50 por 100 del valor de tasación, *en su patrimonio no entra con tal valor sino el real del mercado que, atendiendo a la valoración de la finca a efectos de subasta acordada en la escritura de crédito hipotecario es de 75.900 €, es decir, el valor de mercado del bien hipotecado y subastado supera la cantidad reclamada por principal (unos 71.000 €)*. Por ello entiende el Juzgado que la petición de continuación de la ejecución no es procedente, dado que la parte ejecutante ha logrado la satisfacción de su crédito mediante la adjudicación del bien, por lo que la pretensión se muestra abusiva para el presente caso concreto, y no solo por los principios que inspiran el procedimiento de ejecución hipotecaria, sino por los principales del artículo 11 LOPJ, que proscriben el atender cualquier petición que suponga un manifiesto abuso de derecho. Como el ejecutante se extralimita en su petición, la ley debe privarle de protección al suponer aquella un perjuicio para el ejecutado. Por todo ello, concluye el Auto, solamente sería procedente seguir la ejecución por la cantidad que se apruebe en la oportuna tasación de costas y liquidación de intereses que se practique (3).

Planteado recurso de apelación por el BBVA frente a los deudores hipotecarios, don Narciso y doña Flor, la Audiencia Provincial de Navarra, en Auto de 17 de diciembre de 2010, resolvió lo siguiente:

La Audiencia confirma el Auto recurrido y acepta los Fundamentos de Derecho del mismo, salvo en lo que se opongan a los de la resolución que ella emite. La Audiencia destaca que el préstamo con garantía hipotecaria sobre una finca se concedió por importe de 59.350 €, *ampliado el 26 de marzo de 2007, en 11.865,39 €, ascendiendo en total a unos 71.000 € y que el acreedor hipotecario había solicitado, tras la adjudicación del bien, que se prosiguiera la ejecución por importe de 28.129,52 € de principal y 8.438,86 € calculados para intereses, costas y gastos*. Indica que la parte recurrente apoya su recurso básicamente en dos argumentos: que el ejercicio de su petición no constituye un abuso de derecho y que el bien ejecutado en subasta no es suficiente para cubrir la deuda reclamada porque la finca en sí tiene actualmente un valor real inferior a la deuda reclamada, pues se ha depreciado como consecuencia de la crisis económica. A

que se establecen en su Capítulo V («De las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados»), pero siempre y cuando se cumplan las exigencias y requisitos del artículo 682.2 LEC.

(3) MARTÍN PASTOR cita como precedente de esta solución el AJPII, núm. 2 de Valdepeñas, núm. 112/2005, de 30 de septiembre, revocado por el AAP de Ciudad Real, Sección 2.ª, núm. 43/2006, de 7 de marzo. Con idénticos fundamentos de derecho se ha dictado el Auto de 4 de febrero de 2011 del Juzgado de Primera Instancia, núm. 44 de Barcelona (AC 2011/42).

estas alegaciones responde la Audiencia que desde el punto de vista *formal y de estricto ejercicio del derecho*, no estaríamos ante un abuso de derecho, dado que en definitiva la ley procesal permite a la parte ejecutante solicitar lo que solicita [Fundamento de Derecho 4.º a)]. En cuanto al segundo argumento indica que la afirmación de la parte recurrente debe *contrastarse con la propia valoración que se hace en la escritura de constitución del préstamo con garantía hipotecaria, singularmente por lo que supone un acto propio del banco, el cual, siendo el objeto y finalidad del préstamo la adquisición de la finca, y a los efectos de su valor en subasta, fijó la cantidad de 75.900 €, cantidad superior al principal del préstamo*. Ello hace que sean atendibles las razones de la juzgadora de instancia, que entiende que el valor de la finca, no obstante el resultado de la subasta, es suficiente para cubrir el principal de la deuda reclamada y algo más, pues fue meramente circunstancial el que en la subasta, al haber quedado desierta, tan solo se adjudicase el banco el bien por 42.895 €. Además, *la argumentación del recurrente vendría apoyada en una eventual nueva tasación que aportó con el escrito de recurso, siendo desestimada su aportación por Auto de la Sala de fecha 6 de septiembre de 2010, Auto firme, pues no fue recurrido, por lo que no consta en las actuaciones otro valor de tasación de la finca que el que consta en la escritura de préstamo* [Fundamento de Derecho 4.º b)].

Finalmente, la Audiencia señala que teniendo presente que de acuerdo con el artículo 3.1 del Código Civil, las normas se interpretarán *según la realidad del tiempo en que han de ser aplicadas*, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas, es obligado indicar que si bien la petición del recurrente no constituye un abuso de derecho, resulta moralmente rechazable su alegación, cuando el préstamo *no se hubiera concedido si la finca no hubiera tenido un valor suficiente para garantizarlo, dicho valor fue fijado por la entidad bancaria, o cuando menos aceptado, y la pérdida de valor que se alega es directamente achacable a la crisis económica, fruto de la mala praxis del sistema financiero. Teniendo presente que si bien no cabe atribuir directa y especialmente dicha crisis al BBVA, este forma parte del sistema financiero causante de tal crisis* [Fundamento de Derecho 4.º c)].

Frente a esta resolución, el BBVA interpuso incidente de nulidad de actuaciones, solicitando la estimación del mismo y que se acordase revocar dicha resolución *por ser contrario al artículo 24.1 CE*, dictando nuevo Auto por el que se estimase el recurso de apelación del BBVA.

El incidente de nulidad de actuaciones se encuentra regulado en los artículos 241.1 LOPJ y 228.1 LEC (4).

El incidentante denuncia lesión del derecho a la tutela judicial efectiva al incurrir el Auto de 17 de diciembre de 2010, en su opinión, en una extravagante motivación, calificable de irrazonable y arbitraria. Una motivación fundada en Derecho hubiera debido conducir a la estimación del recurso de apelación, pues la lógica consecuencia de la declaración de la inexistencia de abuso de derecho debería haber sido la estimación del recurso de apelación, ya que la pretensión

(4) Artículo 241 LOPJ: 1. «No se admitirán, con carácter general, incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 CE, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario (términos reiterados por el art. 228.1 LEC)...» (en nuestro caso el Auto que resolvió la apelación era firme, no cabiendo recurso contra el mismo).

de la entidad bancaria estaba amparada expresamente y sin duda ninguna en el artículo 579 LEC. La Audiencia desestima este primer conjunto de alegaciones. Indica que el incidente de nulidad de actuaciones *no es un recurso extraordinario, que permita entrar en el fondo sustancial de la cuestión litigiosa, sino solamente denunciar la vulneración de un derecho fundamental*, con el efecto en caso de ser estimado, de reponer las actuaciones al estado anterior al defecto que haya originado la vulneración. *En consecuencia, no procede revisar la fundamentación jurídica por la que la Sala resuelve el recurso de apelación*. Si procederá examinar si la Sala ha incurrido en defectos procesales, susceptibles de infringir el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, tales como falta de motivación, o motivación irracional o arbitraria. Es evidente que el Auto, cuya nulidad se solicita, da argumentos jurídicos, basados en los datos fácticos de la causa, para desestimar el recurso. Cuestión distinta es que su solución sea contraria a los intereses de la parte incidentante. *No hay que olvidar que, conforme a reiterada jurisprudencia del TC, la tutela judicial efectiva se otorga y garantiza por los Tribunales, tanto si se dicta un pronunciamiento a favor como en contra de la pretensión deducida. Debe, pues, rechazarse el punto de partida de la parte incidentante de que la única respuesta válida en Derecho es la que acogiera su pretensión* (5). *El derecho a la tutela judicial efectiva debe predicarse de ambas partes litigantes, y no solo del BBVA. En consecuencia, el Auto estaba motivado*. En cuanto a si la motivación es extravagante, admite la Audiencia de que quizá hoy por hoy la solución dada no es mayoritaria, y en tal sentido pudiera considerarse extravagante, esto es, fuera del común modo de obrar, pero ni irrazonable ni arbitraria, pues de hecho, tras dictarse dicho Auto, se han dictado por otros órganos judiciales resoluciones en el mismo sentido apoyadas en nuevos argumentos jurídicos e incluso un Juzgado de Sabadell ha planteado una cuestión de inconstitucionalidad (6), habiendo

(5) El Auto de Navarra pudo declarar al mismo tiempo que no existía abuso de derecho y desestimar el recurso de apelación sobre la base de otros argumentos, porque probablemente tuvo presente la existencia de dos posibles interpretaciones del artículo 579 LEC, a las que haremos alusión después. Una de ellas es la que late en la resolución de la Magistrado-Juez de Estella y la otra, la que defiende el acreedor hipotecario.

(6) Auto de 30 de septiembre de 2010, Juzgado de Primera Instancia, núm. 2 de Sabadell: Una señora mayor, que percibe una pensión baja, tiene pérdida de audición y un nivel cultural bajo, compra a una inmobiliaria una vivienda por un precio de 310.500 euros. Para el pago de la misma debía proceder a la venta de su vivienda actual, lo que no se logró en la fecha convenida con el comprador debido a dificultades en la operación, motivadas por la situación del mercado inmobiliario. La inmobiliaria planteó entonces la posibilidad de que la anciana pidiera un crédito por 157.000 euros con la garantía de la vivienda que pretendía vender, devolviendo el crédito un año después. Dados los ingresos de la anciana, tanto la inmobiliaria como la entidad bancaria podían prever que no se realizaría el pago si no lograba vender la vivienda, especialmente teniendo en cuenta que se trataba de un solo pago en el plazo de un solo año. La entidad bancaria no solo concertó esta operación, en la que la concesión de la hipoteca se sujetaba a la condición de que se vendiera la vivienda, lo cual no dependía únicamente de la propietaria, sino de otros factores como la situación del mercado inmobiliario o la facilidad de acceso al crédito, sino que al mismo tiempo concedió a la ejecutada un crédito de 179.000 euros con la garantía de la vivienda que compra.

Al amparo de la cláusula de amortización, la entidad bancaria exige el reintegro en pago único del capital prestado más los intereses, instando ejecución hipotecaria. La ejecutada se opuso a la ejecución alegando pluspetición y nulidad por existencia de cláusulas abusivas, por entender que las condiciones y plazos en que se concedieron ambos créditos serían abusivos y temerarios, así como que si bien suscribió la escritura de préstamo, no conocía ni comprendía el alcance del contrato.

abierto la resolución un intenso debate doctrinal. *La solución dada se ajustaba a los datos obrantes en la causa. Que dicho inmueble valiera en realidad menos es una cuestión que por falta de diligencia del propio banco, quedó sin acreditación.*

El Juzgado, teniendo presente que de la interpretación literal y sistemática de los artículos 695, 698 y 579 de la LEC debía desestimar la oposición por no haberse alegado un motivo legalmente tasado y teniendo dudas acerca de la constitucionalidad de tales preceptos por afectar a la tutela judicial efectiva del ejecutado hipotecario (art. 24 CE), al principio de igualdad procesal (derivado del art. 14 CE), al derecho a la vivienda digna y adecuada (art. 47 CE) y a la interdicción de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos (art. 9.3 CE), planteó una cuestión de inconstitucionalidad, por depender de la validez de tales normas el sentido del fallo (hay que tener en cuenta que el planteamiento de esta cuestión es lo que permite a los órganos judiciales conciliar la doble obligación de actuar sometidos a la ley y a la Constitución).

El ámbito de la cuestión planteada se circunscribe a la imposibilidad de examinar en sede de oposición a la ejecución hipotecaria, las circunstancias en que se haya producido el incumplimiento, así como posibles nulidades motivadas por vicios del consentimiento relativas a las circunstancias en que se suscribió la obligación garantizada o la hipoteca o el carácter abusivo de las cláusulas contractuales, así, de las cláusulas relativa a los supuestos y efectos del vencimiento anticipado.

El Juzgado argumenta que como las limitaciones de oposición en la ejecución hipotecaria se refieren a los motivos de oposición de fondo (art. 695 LEC), resultan de aplicación los motivos de oposición procesales generales para la ejecución de título no judicial (art. 681 LEC). Sobre la base, pues, del artículo 559.1.3.º LEC (nulidad del despacho de la ejecución *por no cumplir el documento presentado los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución*), *puede discutirse si la deuda no ha nacido o se ha extinguido por una causa recogida expresamente en el título; si no ha concurrido un presupuesto expresamente previsto en el título para el nacimiento o exigibilidad de la garantía real*. Ello puede ser examinado también de oficio por el Tribunal para denegar el despacho de la ejecución en el ámbito de los presupuestos y requisitos procesales (art. 551). Ahora bien, es indiscutible que un presupuesto fundamental para disponer el despacho de la ejecución es el incumplimiento por el deudor de su obligación de pago, presupuesto que no está definido por la normativa procesal sino que se remite implícitamente a lo pactado entre las partes. Teniendo presente el artículo 1258 del Código Civil y la realidad de que las escrituras de venta y de préstamo hipotecario no son efectivamente negociados por las partes sino en su mayor medida predispuestos por la entidad prestadora del dinero (lo que puede explicar los habituales desequilibrios y abusos que recogen, como se desprende de la STS de 16 de diciembre de 2009), hay que plantear la eventual aplicación de la normativa de protección de consumidores en la interpretación de ciertas cláusulas. Por ello no es tan evidente que la noción de incumplimiento de la obligación de pago, como presupuesto para el despacho de la ejecución hipotecaria, quede suficientemente integrada, en términos de garantías constitucionales, por la mera alegación escrita por el acreedor hipotecario, de un mero dato carente de cualquier referencia a circunstancias fácticas concurrentes, relativo a la inexistencia o insuficiencia del pago de una cuota hipotecaria. *Parece, por el contrario, que podría tener alguna relevancia, en cuanto a la ponderación de la procedencia del despacho o de la continuación de la ejecución, el examen de tales circunstancias, a los efectos de apreciar la realidad misma de un incumplimiento imputable al deudor hipotecario, con efectos de resolución anticipada de la deuda hipotecaria, o para valorar, en su caso, la posible concurrencia de un vicio en el consentimiento al tiempo de suscribir la obligación o la posible nulidad de una cláusula pactada, dado su eventual carácter abusivo*. Dada la accesoriadad entre hipoteca y crédito, la crisis o los defectos jurídicos originarios de la relación obligacional se erigen como presupuesto o condicionantes, respectivamente, para la viabilidad y exigibilidad de la hipoteca, de modo que las cuestiones de fondo de la relación obligacional se transmutan en cuestiones procesales de la hipoteca, que podrían ser examinadas por el Tribunal o alegadas por el ejecutado como motivo de oposición.

Por otro lado, la Sala de apelación puede examinar la cuestión litigiosa y confirmar o no la resolución recurrida, por los propios fundamentos jurídicos dados por el órgano a quo, o por otros, siempre que no se altere la causa de pedir o suponga incurrir en incongruencia (art. 218 LEC).

El problema que plantea la actual regulación es que el Tribunal no dispone de la información necesaria para ponderar si ha concurrido o no un incumplimiento sustancial o si en la suscripción se produjo algún vicio del consentimiento invalidante, por lo que se ve impelido a despachar la ejecución sobre la base de las alegaciones del ejecutante. Y aunque el ejecutado podría plantear, en una interpretación favorable a su posición, estas cuestiones como motivos procesales, de acuerdo con el artículo 559 LEC se prevé para la resolución de la oposición por motivos procesales un mero traslado, excluyendo la celebración de vista, impidiéndose la práctica de medios de prueba que serían necesarios para que el tribunal pudiera formarse un juicio sobre las circunstancias reales extradocumentales, coetáneas o posteriores a la suscripción de la escritura, que pudieran determinar, en esta hipótesis, que el título no lleva aparejada ejecución. *Por lo que se aprecia una posible vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva. No parece, por otro lado, que la remisión a un declarativo ordinario posterior evite la referida indefensión porque su objeto sería el propio del anterior proceso de ejecución.*

Cabría alegar, señala el Juzgado, que no se limitan las posibilidades de contradicción sino su efecto suspensivo sobre la realización del valor. Pero a ello hay que responder que el legislador no podía limitar de modo absoluto las reclamaciones que con ocasión de la ejecución hipotecaria pudiera instar el deudor. *Pero el problema es que desplaza gran parte de las mismas a otro proceso declarativo futuro, cuando algunas de ellas constituyen un presupuesto esencial de la ejecución hipotecaria, que, paradójicamente, no podrá ser examinado en la misma.*

Es cierto que el legislador prevé que podrá solicitarse que se asegure la efectividad de la sentencia que se dicte en el declarativo con retención de todo o parte de lo que deba entregarse al acreedor por el procedimiento ejecutivo. Pero esta tutela legal, no suspende el proceso de ejecución. Por ello, aunque prosperara el juicio declarativo, si ya se ha procedido a la expulsión del ejecutado de su vivienda, difícilmente podrá obtenerse una restitución a la situación real anterior. En cualquier caso, las posibilidades reales de que un deudor hipotecario ejecutado decida acudir a un declarativo ulterior son tan escasas, entre otros motivos, por la situación personal y económica por la que estará pasando, que en última instancia no generan una tutela sustancial o efectiva. Por otro lado, la retención no es una garantía automática sino que depende del criterio del tribunal y si el solicitante no tuviere solvencia notoria y suficiente, lo que dadas las circunstancias es bastante probable que suceda, el tribunal deberá exigirle previa y bastante garantía para responder de los intereses de demora y del resarcimiento de los perjuicios, lo que es casi seguro que no podrá asumir el deudor hipotecario.

Si a los preceptos analizados se une el artículo 579 LEC, es posible captar la probable inconstitucionalidad del sistema de oposición hipotecaria y de continuación de la misma en caso de insuficiencia del producto obtenido con la venta del inmueble.

«Se trata de una concatenación de un proceso de ejecución hipotecaria, dirigido exclusivamente contra el bien gravado, y de uno de ejecución dineraria ordinario, dirigido contra la globalidad del patrimonio del deudor hipotecario. En el primero se maximiza las alternativas procesales de la parte ejecutante y prácticamente se eliminan las del ejecutado, lo que se traducirá en la exclusión del examen de cualquier cuestión de fondo. En este punto debemos recordar que la naturaleza propia del proceso de ejecución hipotecaria, que es la que justifica la limitación extraordinaria de las alternativas procesales y materiales de los ejecutados, deriva del hecho de basarse y perseguir exclusivamente el bien específicamente hipotecado. Este precepto parece consolidar normativamente una especie de continuidad aséptica entre ambos tipos de procesos de ejecución, de tan dispares presupuestos y efectos. En efecto, a la vista de los parcos términos del artículo 579 y de su tenor literal (la ejecución «proseguirá»), parece que no va a otorgarse al ejecutado un nuevo trámite de oposición (según el régimen ordinario de ejecución de títulos no judiciales), puesto que el mismo se

Un segundo grupo de argumentos de la parte incidentante se refieren a la arbitrariedad, irracionalidad y error patente de la resolución impugnada en cuanto a la fundamentación contenida en el apartado *c)* del Fundamento Jurídico 4.º. A esta alegación responde la Audiencia que las consideraciones que se vertieron en tal apartado fueron una reflexión o llamada de atención sobre la problemática que plantean las ejecuciones hipotecarias, especialmente en un momento de crisis como la actual, pero que no constituyen la razón jurídica (*ratio decidendi*) que llevara a la desestimación del recurso. Dicha razón jurídica se contiene en los apartados *a)* y *b)* del Fundamento Jurídico 4.º, reiterada en el penúltimo párrafo del apartado *c)* de dicho Fundamento: «*A la razón expuesta de la falta de acreditación del valor real de la finca, en cuanto a que sea inferior a la que fue fijada en su momento, cabe añadir que la adjudicación de la finca materialmente al banco, habida cuenta la tasación que en su día se aceptó por el banco ejecutante determina que consideremos ajustada a derecho la resolución de la Magistrada-Jueza de Primera*

le da al notificarle el auto despachando la ejecución, auto que parece que no debe adoptarse en este caso. Ello no obstante, efectuando una interpretación sistemática, así como constitucional, de sus posibles implicaciones en materia de indefensión, debemos suponer que, de darse esta eventualidad procesal (la del art. 579), cuando se disponga acordar la continuación de la ejecución por el importe que quede por cubrir; la previsión legislativa «con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución» deberá entenderse que incluye una nueva oportunidad de oposición por parte del ejecutado (ya no hipotecario, sino ordinario), según el sistema general de motivos de oposición fijado para la ejecución ordinaria de títulos ejecutivos no judiciales. En caso de no admitirse esta interpretación (postura que constituye la práctica forense mayoritaria), la conculcación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del deudor hipotecario frente al acreedor hipotecario adquiriría unas dimensiones absolutamente inadmisibles en el seno de un Estado constitucional, democrático, social y de derecho (art. 1 CE)».

Concluye el Auto señalando que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ha sido reconocido por el TC como un derecho de configuración legal, por lo que es el legislador quien, en atención a la naturaleza del objeto que tenga cada uno de los procesos que cree, podrá establecer el tipo de procedimiento y las limitaciones de cognición que considere oportunas. Ahora bien, esto no excluye la concurrencia de límites al legislar, puesto que de lo contrario la virtualidad jurídico-constitucional del derecho desaparecería. Estos límites pueden remitirse, según la propia doctrina del TC, a la prohibición de establecer obstáculos o trabas arbitrarios o caprichosos que impidan la tutela judicial efectiva garantizada constitucionalmente. Es precisamente en este punto donde procede analizar sí, a pesar de la naturaleza de este derecho, los extraordinariamente limitados límites previstos por el legislador para las posibilidades de alegación del ejecutado permiten tachar a los preceptos analizados de inconstitucionales, por integrar obstáculos o trabas arbitrarios, al ser desproporcionados en atención a la naturaleza del proceso especial de ejecución para el que se han establecido. La ponderación conjunta de los preceptos 695, 698 y 579 de la LEC nos llevan a una conclusión posiblemente positiva. Observemos igualmente la relación entre la eventual desproporción de los límites procesales establecidos por el legislador y la posible conculcación del principio de interdicción de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos, previsto en el artículo 9.3 CE, *puesto que el tribunal deberá seguir adelante con la subasta de la vivienda sin siquiera examinar unos hechos potencialmente relevantes alegados por el ejecutado.*

La consideración conjunta y concatenada de la limitación de la tutela judicial y su efecto sobre la disposición de la vivienda (sin que el deudor pueda efectuar las alegaciones a que se ha hecho referencia), lleva a plantear las dudas de inconstitucionalidad, en el sentido de que un régimen legal procesal respetuoso con la CE debería prever un régimen de oposición más amplio, al menos cuando el bien contra el que se dirige la ejecución hipotecaria constituya vivienda efectiva y actual del ejecutado hipotecario.

Instancia, y ello a los efectos de entender que con su adjudicación el principal y algo más ha sido cubierto con dicho bien, de manera que tan solo con respecto a las costas y liquidación de intereses restantes deberá continuar la ejecución, en cuanto que es lo que establece el Auto recurrido que no ha sido objeto de impugnación». «Con todo —indica la Sala— las referencias al artículo 3 del Código Civil y a otros principios de derecho: doctrina de la interdicción del enriquecimiento sin causa, principio rebus sic stantibus, e incluso doctrina del abuso de derecho, entendida jurisprudencial y doctrinalmente como la consideración de ser ilícito el ejercicio de los derechos, aunque estén reconocidos formalmente, cuando sea abusivo, aun cuando no analizados por la Sala, ciertamente no pueden desconocerse pues la resolución de los litigios ha de contemplarse desde la unidad del ordenamiento jurídico».

La Sala concluye que no ha declarado derogada ninguna norma legal vigente. No ha hecho más que aplicar el Derecho vigente, con arreglo a la prueba practicada y a la valoración e interpretación que encomienda a los Tribunales el artículo 3 del Código Civil y el artículo 5 LOPJ.

El último motivo alegado por el incidentante es la infracción del artículo 24.1 CE en su vertiente de *derecho a la ejecución de lo resuelto y respeto a la intangibilidad de las resoluciones judiciales*. Con ello se hace referencia al Auto de adjudicación del bien hipotecado al BBVA por la cantidad de 42.895 €. La Audiencia rechaza el motivo porque dicho Auto no fue objeto de apelación por lo que la Sala *no se pronuncia sobre el mismo expresamente. La cuestión debatida y valorada por la Juzgadora a quo y la Sala es el alcance del artículo 579 LEC y si el producto obtenido de la subasta del bien es suficiente o no para cubrir el crédito reclamado*.

Por todas las razones expuestas, concluye la Audiencia, procede desestimar el incidente de nulidad de actuaciones, lo que hace por AAP de Navarra (Sección 2.^a) de 16 de marzo de 2011 (*JUR* 2011/113699).

Vistas las resoluciones objeto de nuestro estudio, vamos a exponer cuáles sean los argumentos existentes en el ámbito de la Jurisprudencia contrarios a las mismas, para proceder después a su refutación y a la exposición de los argumentos jurídicos que, a nuestro juicio, permiten sostener la solución adoptada por la Sección 2.^a de la AP de Navarra, argumentos, muchos de ellos, que no fueron señalados expresamente por aquella sino, simplemente apuntados en el auto resolutorio del incidente de nulidad de actuaciones.

II. ARGUMENTOS JURISPRUDENCIALES CONTRARIOS A LAS RESOLUCIONES DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA (SECCIÓN 2.^a)

Discrepa radicalmente de la postura adoptada por la Sección 2.^a de la AP de Navarra, el Auto de la misma AP de Navarra, pero de la Sección 3.^a, de 28 de enero de 2011 (*AC* 2011/40). Tiene su origen en una apelación frente a otro Auto de 9 de diciembre de 2009 del Juzgado de 1.^a Instancia número 2 de Estella, que tras una adjudicación al acreedor hipotecario BBVA, de la vivienda unifamiliar hipotecada (con la facultad de ceder el remate a tercero, lo que hace a una entidad de su mismo grupo) por una suma superior al 50 por 100 del valor de tasación, deniega la solicitud de proseguir la ejecución por la diferencia entre la suma por la que se despachó la ejecución y el montante de la adjudicación, indicando que solo procedería continuar la ejecución por las cantidades que en su día resulten ser superiores al valor de tasación del inmueble, una vez sumados principal reclamado más intereses y costas que se tasen y aprueben.

La AP de Navarra (Sección 3.^a) estima la apelación planteada por el BBVA, alegando que el supuesto planteado tenía perfecto encaje en el supuesto de hecho del artículo 579 LEC, en coherencia con el artículo 1911 del Código Civil, «*sin que corresponda al Juez asumir funciones reservadas al legislador, sino aplicar la ley al caso concreto. Máxime cuando actuaciones como la llevada a cabo por la Juez a quo en su resolución afectan al principio de seguridad jurídica en cuanto alteran el marco normativo existente cuando la operación se realizó y las bases sobre las que se asienta en España el sistema de garantía hipotecaria, con importantes repercusiones de orden práctico que, como decimos, son ajenas a las previsiones legales...*».

Si bien el Auto apelado sostiene que en el patrimonio de la entidad ejecutante no entra el importe de la adjudicación, o sea 137.350 €, sino el valor real de mercado del inmueble (dado que la cesionaria es una entidad del mismo Grupo), que atendiendo a la valoración acordada en la escritura de crédito hipotecario es de 203.000 €, la Audiencia no comparte tal razonamiento ni que el valor de mercado del bien hipotecado sea superior a la cantidad reclamada por principal, pues «*una vivienda tasada con un concreto valor en el año 2006 pudo disminuir su valor real en el año 2010, como consecuencia de las circunstancias económicas existentes, en suma, pues, 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*». Igualmente, frente a la consideración de la Juzgadora de Instancia de que la pretensión de la entidad ejecutante se muestra abusiva alega que no solo las normas aplicables sino una línea jurisprudencial del Tribunal Supremo impedirían resolver a la Juez a quo como lo hizo. Se trata de la línea marcada por la STS de 16 de febrero de 2006 (RJ 2006/720), que niega en casos como el presente la existencia de un enriquecimiento sin causa o de un abuso de derecho, línea seguida también por las SSTS de 8 de mayo de 1996 (RJ 1996/3782), 8 de julio de 2003 (RJ 2003/4334), 18 de noviembre de 2005 (RJ 2005/7733), 24 de mayo de 2007 (RJ 2007/3438), 2 de julio de 2007 (RJ 2007/3788) y 25 de septiembre de 2008 (RJ 2008/5570), todas ellas citadas por el Auto en cuestión.

En dicha línea jurisprudencial, que expondremos a continuación sobre la base de las STS de 8 de julio de 2003, 16 de febrero de 2006 y 25 de septiembre de 2008, la cuestión debatida es si el prestamista, que tiene como garantía de su restitución una hipoteca, puede ejercitar la acción declarativa contra el prestatario, después de haber ejecutado aquella por los trámites legales (antiguo art. 131 LH) y no haber obtenido pago completo del crédito por el que ejecutó, al haberse adjudicado el bien hipotecado en tercera subasta (sin sujeción a tipo) por un importe inferior al que fueron tasadas por las partes en la escritura de constitución de hipoteca (7). *Interesa destacar que tanto en el caso de la STS de 25 de septiembre de 2008 como en el que dio lugar a la STS de 8 de julio de 2003, la AP respectiva estimó el recurso planteado por los deudores, frente a las sentencias de instancia que les condenaban a pagar la diferencia entre el crédito reclamado y el valor de adjudicación de la finca hipotecada. En el caso de la STS de 25 de septiembre de 2008, la SAP de Gerona, Sección 1.^a, de 12 de marzo de 2002, había argumentado que habría que estar al valor de tasación que se les dio a las fincas*

(7) En el caso de la STS de 16 de febrero de 2006 advierte el Alto Tribunal que la rebaja en el precio de remate puede estar en relación con el hecho de que el crédito fue concedido para la construcción del inmueble hipotecado, cuyas previsiones no necesariamente realizadas pudieron influir en el valor asignado en la escritura de préstamo.

hipotecadas a efectos de la subasta en la escritura de constitución de hipoteca, y ello para determinar el valor en que el acreedor hipotecario se adjudicó las fincas, y no al importe del remate, ya que el ejecutante no puede ir contra sus propios actos. Igualmente, que el actor se había extralimitado en el ejercicio de su derecho, que la escritura de hipoteca contenía una cláusula desproporcionada en los términos que el artículo 10 bis de la LGDCU contempla, cual es exigir a los deudores responsabilidad personal, solidaria e ilimitada, a pesar de haber garantizado con hipoteca sobre dos fincas el buen fin del crédito que el Banco actor les concedió.

En el caso de la STS de 8 de julio de 2003, la SAP de Palma de Mallorca, Sección 3.ª, de 4 de septiembre de 1997, había estimado que el Banco, al haberse adjudicado la finca de autos por un precio notablemente inferior a su valor real había obtenido un enriquecimiento que carecía de causa que lo justificase. Ello prueba que la cuestión que estudiamos ya era controvertida desde hace tiempo, aunque la Jurisprudencia del TS fuera unidireccional en el sentido que exponemos a continuación.

Señala el Alto Tribunal, en STS de 8 de julio de 2003, en relación con la alegación del enriquecimiento sin causa que «ha de recordarse... que la doctrina del enriquecimiento injusto debe ser aplicada con extraordinaria cautela, ya que, de otro modo, es decir, si todas las atribuciones patrimoniales debiesen ser sometidas a revisión, se generaría una inseguridad realmente perturbadora e inconveniente para el tráfico jurídico.

Por ello, según reiteradamente ha declarado esta Sala, no cabe aplicar dicha doctrina cuando el beneficio patrimonial de una de las partes es consecuencia de pactos libremente asumidos (STS de 26 de junio de 2002, *RJ* 2002/5499) o existe una expresa disposición legal que lo autoriza (STS de 31 de julio de 2002, *RJ* 2002/8436), debiendo exigirse para considerar un enriquecimiento como ilícito e improcedente que el mismo carezca absolutamente de toda razón jurídica, es decir, que no concorra justa causa, entendiéndose por tal una situación que autorice el beneficio obtenido, sea porque existe una norma que lo legitima, sea porque ha mediado un negocio jurídico válido y eficaz (STS de 18 de febrero de 2003, *RJ* 2003/1049).

Tal causa o razón jurídica ha de entenderse que ha concurrido en el caso que nos ocupa por cuanto ... la señora Olga voluntariamente se subrogó en la situación del vendedor de la finca que adquiriría, asumiendo libremente las condiciones establecidas con ocasión de la concesión de un préstamo hipotecario en enajenante, entre las que se encontraba la de que el acreedor, en caso de impago de las cuotas de amortización establecidas, podría reclamar el saldo existente a su favor acudiendo a un procedimiento judicial sumario.

Más tarde, y ya en curso este procedimiento (que había sido declarado ajustado a la CE en SSTC de 18 de diciembre de 1981 (*RTC* 1981/41) y 17 de mayo de 1985 (*RTC* 1985/64), la demandada se aquietó a la exigua y prácticamente irrelevante oferta que en tercera subasta realizó el Banco amparándose en un marco legal hoy afortunadamente corregido, a sabiendas de las perjudiciales consecuencias que de ello iban a derivarse, consistentes fundamentalmente en la aprobación judicial de un remate que se presentaba como formalmente correcto y que no significaba la extinción sino únicamente una reducidísima rebaja en el importe del crédito del ejecutante (8).

(8) El Tribunal se refiere a que celebrada la tercera subasta sin sujeción a tipo, por haber quedado desiertas las dos primeras, y ofrecida por el acreedor la cantidad de

En definitiva, los pactos libremente asumidos y los preceptos aplicables constituyen la justa causa que impide compartir el criterio de la AP...».

En cuanto a la STS de 16 de febrero de 2006, señala igualmente que: «según reiteradamente ha declarado esta Sala, la doctrina del enriquecimiento injusto o sin causa no puede invocarse para revisar cualquier desplazamiento o atribución de bienes desde la perspectiva de la equivalencia de prestaciones, cosa que sería incompatible con el principio de seguridad jurídica y de libertad de pactos en que se apoya el tráfico patrimonial. Entre los requisitos que deben integrar dicho enriquecimiento para dotarlo de relevancia en el mundo de las obligaciones —incremento patrimonial o elusión de una pérdida, correlativo empobrecimiento de la otra parte y ausencia de causa negocial o legal que justifique la desarmonía producida—, es preciso negar la concurrencia del último y principal de ellos, entre otros casos, cuando el beneficio patrimonial de una de las partes es consecuencia de una expresa disposición legal que lo autoriza [STS de 31 de julio de 2002 (*RJ* 2002/8436), entre otras muchas], pues constituye justa causa del enriquecimiento producido la legitimación prestada por una regulación legal que lo admite o lo tolera en aras del interés social [STS de 18 de febrero de 2003 (*RJ* 2003/1049)].

En definitiva, como ha dicho la reciente STS de 21 de octubre de 2005 (*RJ* 2005/8274), «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. Y esta Sala ha dicho que el enriquecimiento sin causa solo puede entrar en juego en defecto de previsión normativa, que aquí se produce y se ha explicado [STS de 18 de enero de 2000 (*RJ* 2000/138), de 5 de mayo de 1997 (*RJ* 1997/3672), de 4 de noviembre de 1994 (*RJ* 1994/8373), de 19 de febrero de 1999 (*RJ* 1999/10559, entre otras muchas)].».

En el caso de adjudicaciones realizadas en pública subasta en el curso de procedimientos de realización de garantías hipotecarias tramitados al amparo del hoy derogado artículo 131 de la LH, la jurisprudencia ha considerado que —una vez declarado dicho procedimiento acorde con los derechos constitucionales en SSTC de 18 de diciembre de 1981 (*RTC* 1981/41) y 17 de mayo de 1985 (*RTC* 1985/64)— 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 el proceso se haya seguido por los trámites legalmente previstos y se haya aprobado judicialmente el remate. ...La jurisprudencia ha reservado la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto en subastas judiciales a supuestos en los que el bien adjudicado lo fue comprendiendo accidentalmente elementos ajenos a la garantía hipotecaria y a la consiguiente tasación [v. gr., SSTC de 15 de noviembre de 1990 (*RJ* 1990/8948) ... y, más recientemente, 18 de noviembre de 2005 (*RJ* 2005/7733)]....».

En relación con las alegaciones de abuso de derecho, el Alto Tribunal en STS de 16 de febrero de 2006 señala: «Como dice la STS de 8 de mayo de 1996 (*RJ* 1996/3782) ... no puede alegarse abuso del derecho frente al acreedor adjudica-

500.000 ptas., la deudora no hizo uso de la facultad establecida en el artículo 131.12.^a LH, que le permitía mejorar dicha postura o buscar a tercera persona que lo hiciese y cuyo ejercicio, eventualmente, le hubiera permitido elevar en alguna medida la postura del acreedor. Aunque el Tribunal reconoce que se produjo un desplazamiento patrimonial altamente beneficioso para la entidad recurrente, entiende, sin embargo, que se ajustó a lo admitido por el legislador, por lo que no puede considerarse que se produjo un enriquecimiento sin causa.

tario cuando se han cumplido los trámites legales prevenidos en el artículo 131 LH, y la actuación del banco ejecutante, justificada por los presupuestos que legitiman acudir a este procedimiento especial, se ajusta a aquellos trámites. En efecto, resulta incompatible con la apreciación de abuso del derecho la constancia de que el derecho de adjudicación ha sido ejercitado por quien, pese a ser acreedor, está legitimado expresamente para ello, y lo ha hecho con sujeción a los requisitos exigidos, de tal suerte que el provecho que pueda haber obtenido, como ha quedado reseñado al examinar el anterior motivo de casación, resulta de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico con el fin de facilitar la realización de las garantías hipotecarias, ante la falta de uso por el deudor de sus facultades para elevar el precio del remate, y, por consiguiente, no puede estimarse que el acreedor sobrepase los límites normales del ejercicio del derecho, desde el punto de vista de su función económico-social, por el hecho de que no renuncie a resarcirse del total de su crédito y, al propio tiempo, trate de obtener del bien adjudicado ventajas económicas admisibles en el tráfico negocial».

En cuanto a la STS de 25 de septiembre de 2008, indica que «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 LH los bienes gravados. Dice al efecto la sentencia de esta Sala, de 24 de mayo de 2007 (RJ 2007/3438), que es gratuito, arbitrario y fuera de lugar calificar de abuso de derecho una actuación del Banco ejecutante ajustada a los trámites legales...

Por último, por lo que respecta al artículo 10 bis de la LGDCU, no es abusiva la cláusula por la que en la escritura pública de constitución de hipoteca se pactase también la responsabilidad ilimitada de los deudores. Ello es estipulación que se limita a aplicar el artículo 1911 del Código Civil y artículo 105 LH, que lo permiten».

Hemos señalado antes que un precedente de las resoluciones comentadas del Juzgado de 1.^a Instancia, número 2 de Estella, lo constituye el Auto del Juzgado de 1.^a Instancia, número 2 de Valdepeñas, de 30 de septiembre de 2005, que declara que no procede continuar la ejecución al considerar que, aunque la entidad ejecutante se adjudicó la finca hipotecada por el 50 por 100 de su valor de tasación, *al ser este inferior a la totalidad de lo adeudado y al valor convencionalmente asignado al bien al constituirse la hipoteca, fue contra sus propios actos y adquirió un bien que conocía que vale el doble, lo que supuso un abuso de derecho, por lo que ha de prosperar la oposición articulada por el ejecutado a la continuación de la ejecución sobre otros bienes del deudor*. Frente a este Auto se interpuso recurso de apelación, que fue estimado por la AAP de Ciudad Real, Sección 2.^a, de 7 de marzo de 2006 (JUR 2006/160755). Destacamos su argumentación porque esta se produce ya respecto de la LEC de 2000. En este sentido, indica la Audiencia que «aunque la solución adoptada por la resolución impugnada se encuentra avalada en otras resoluciones similares dictadas por diversas Audiencias, entre ellas los autos de 16 de octubre y 14 de noviembre de 2003 de la Sección Primera de esta Audiencia [lo que muestra, como indicábamos antes, que la cuestión no era pacífica en la jurisprudencia menor], lo cierto es que el sustrato fáctico y jurídico en el que las mismas se adoptan difiere esencialmente del actual.

En efecto, la opción o necesidad de acudir al abuso del derecho, al amparo de los artículos 7 de la LEC y 11 de la LOPJ y como medio para corregir situaciones injustas que se producían bajo la vigencia de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando el ejecutante podía adjudicarse la finca embargada o subastada

sin ajustarse a un porcentaje del valor de tasación, produciéndose una *auténtica desproporción entre el mismo y el precio por el que se la adjudica*, actualmente no existe.

El artículo 671 de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil ha venido a establecer un mecanismo de corrección de ese defecto dirigido a la protección del deudor al permitirle impedir al acreedor adjudicarse el inmueble en las subastas sin ningún postor (que no puede ser el ejecutante) si no ofrece al menos el 50 por 100 del valor de tasación del mismo o señala que le ha sido satisfecho en su totalidad el importe de su crédito, esto es que se la adjudica por la cantidad que se le deba por todos los conceptos...

Esa interpretación se encuentra avalada por la propia Exposición de Motivos de la ley que señala al hablar de los cambios en el procedimiento de apremio o fase de realización que: «Además de colmar numerosas lagunas, se establece una única subasta, con disposiciones encaminadas a lograr, dentro de lo posible según las reglas del mercado, un resultado más satisfactorio para el deudor ejecutado, procurando, además, reducir el coste económico».

En definitiva, en los supuestos de subasta desierta o sin postor (esto es, cuando no comparece nadie, o bien no se hiciere postura alguna que sea admisible ya por no superar el tipo mínimo legalmente exigido o porque aunque lo cumpla las condiciones no sean aceptables) el acreedor ejecutante que de las posibilidades legales que le ofrece el artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (es decir, adjudicarse el bien inmueble por el 50 por 100, por debajo del valor mínimo legalmente permitido: 70 por 100, o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos) y que no tiene otra salida, pues ni ha podido participar en la única subasta, y debe adjudicarse el bien al precio que sea —en caso contrario, perdería las opciones de satisfacción, monetaria o por sustitución, al poder entrar en juego el párrafo 2 del citado precepto, que, lógicamente y por razones de seguridad jurídica, no puede aplicarse a los procesos de ejecución hipotecaria— opta por la primera, no cabe duda, que no incurre, siempre y en todo caso, en abuso de derecho, como se infiere de la resolución recurrida. *El valor de mercado es una cosa y el de tasación es otra diferente y lo único cierto es que este fija el límite legal de adjudicación del bien a favor del acreedor, al señalar que este será del 50 por 100, salvo que el acreedor opte por adjudicárselo por todo lo que se le adeuda, situación que, lógicamente, solo acontecerá cuanto este sea inferior a aquel, es decir, que la ley fija como mínimo legalmente admisible el importe global de lo reclamado, por cuanto en caso contrario no tiene sentido la alternativa que ofrece el citado artículo 671, salvo si se entiende en una interpretación congruente con el artículo 670.4 del mismo texto legal, que «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 ejecución». Señalado un mínimo legal ya en la regulación legal y que se deriva de la voluntad contractual de las partes que lo acordaron al fijarlo en la escritura de constitución de aquella, no cabe hablar de abuso del derecho, por adjudicárselo conforme al mismo, cuando las reglas del mercado no han entrado en juego y han permitido que se adjudique por la mitad del valor fijado, y todo ello con independencia de que, posteriormente, el bien se enajene por un valor superior por el propio ejecutante que se lo adjudicó, pues esta opción siempre la tuvo el deudor y no la ejercitó.*

Para finalizar este apartado, queremos dejar constancia de la argumentación que da el AAP de Ciudad Real, Sección 2.^a, de 15 de marzo de 2006 (*JUR* 2006/23174) para rechazar la alegación del deudor apelante de que por «producto»

en el artículo 579 LEC ha de entenderse la vivienda subastada y no el importe de la adjudicación: «el primer referente del que se ha de partir es el que marca el artículo 570 LEC, a cuyo tenor: “La ejecución forzosa solo terminará con la completa satisfacción del acreedor ejecutado” ... La subasta del bien no libera al deudor, este solo se libera con el completo pago de su deuda; de la misma forma que el acreedor hipotecario no extingue su crédito por la ejecución del bien, sino en tanto se ha satisfecho, completamente, de su crédito; y buena muestra de ello es, no solo el ya repetido 570 LEC, sino el artículo 654 del mismo texto procesal. “El precio del remate se entregará al ejecutante a cuenta de la cantidad por la que se hubiere despachado ejecución. Se entregará al ejecutado el remanente que pudiere existir una vez finalizada la realización forzosa de los bienes, satisfecho plenamente el ejecutante y pagadas las costas”. En el mismo sentido el propio 692.1, segundo párrafo LEC; y es que uno es, que el bien hipotecado responde hasta el límite de la cobertura hipotecaria, y otro que el exceso se extinga con la ejecución. Ese exceso, si lo hubiere, sigue siendo un crédito del acreedor y, por lo expuesto con los preceptos que se acaban de citar, no se extingue con la ejecución de la garantía...

De forma que, con todo, en modo alguno puede interpretarse, como pretende el apelante, que el “producto” del 579 LEC es el equivalente a la vivienda hipotecada, *de ser así carecería de sentido, por falta de objeto, el últimamente citado 579, como igualmente los anteriores 654, 672 ó 692, con cuya lectura solo puede mantenerse que no cabe interpretación ninguna sobre lo que ha de entenderse por tal término (“producto”), precisamente en aplicación del brocardo in claris non fit interpretatio, pues son tan claros los artículos citados que por tal solo puede leerse “el precio del remate”».*

III. REFUTACIÓN DE LOS ANTERIORES ARGUMENTOS Y RAZONES JURÍDICAS QUE PERMITEN MANTENER LAS RESOLUCIONES DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA (SECCIÓN 2.^a)

Se ha dicho que el Auto de 17 de diciembre de 2010 es contrario a Derecho; que se fundamenta en un argumento voluntarista y en una valoración moral subjetiva, aludiendo a la responsabilidad del sistema financiero en su conjunto en la crisis económica y en la consiguiente depreciación inmobiliaria, sistema del cual formaría parte el BBVA, por lo que, se le atribuye una especie de responsabilidad objetiva (esto es, el fundamento real del Auto se encontraría en su *obiter dicta* (9); que contraría el principio de legalidad e infringe los artículos 570 y 579 LEC y 1911 del Código Civil, entre otros (10); que ha asumido funciones reservadas al legislador. Se ha dicho igualmente que cabe albergar serias dudas sobre la razonabilidad de una interpretación que contraviene claramente el tenor literal, así como la finalidad, de normas básicas del Derecho de Obligaciones, y que, consecuentemente, afecta al principio constitucional de seguridad jurídica (al

(9) Vid., *ut supra*, Epígrafe I, Auto de 17 de diciembre de 2010, Fundamento de Derecho 4.º c).

(10) En relación con el artículo 1911 del Código Civil se indica que la garantía hipotecaria no altera el principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 105 LH) sino el de *par conditio creditorum*: el acreedor hipotecario no es un acreedor común, sino que, en relación con los bienes hipotecados, goza de preferencia para el cobro sobre los demás acreedores.

alterar el marco normativo existente cuando la operación se realizó y las bases del sistema español de garantía hipotecaria) y al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. Se ha apuntado igualmente que si no hay abuso de derecho, se está reconociendo que hay ejercicio legítimo de un derecho por parte de la entidad acreedora; y desde otra perspectiva, que el argumento central del Auto [Fundamento de Derecho 4.º *b*)] constituye una muestra de formalismo jurídico: el Tribunal parecería haber construido una ficción (la ficción de que el valor de la casa es el que figuraba en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria), y al basar en eso la decisión, se haría más difícil que la *ratio decidendi* de la resolución pudiera servir para otros casos, pues para impedirlo bastaría con probar que el valor de tasación de la finca hipotecada en el caso concreto ha cambiado.

En las próximas líneas trataremos de demostrar que no obstante estos reproches, y pese a la escasa argumentación del Auto de 17 de diciembre de 2010, una solución como esta sí puede ser adoptada por los Tribunales en el ordenamiento jurídico español, con plena base jurídica y razonamientos lógicos, por lo menos, siempre que los hechos enjuiciados presenten características similares (así, por ejemplo, el valor de tasación inicial es superior al principal del préstamo). Asimismo, que el Auto *no niega en ningún momento el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor*, como ha señalado ÁLVAREZ ROYO VILLANOVA (11). En efecto, el Auto solo indica que el valor que hay que considerar adjudicado al Banco no es el 50 por 100 del valor de tasación, sino el 100 por 100 del valor de tasación, por las razones no explicitadas que expondremos después, *pero que pueden perseguirse otros bienes del deudor por la cantidad reclamada que exceda de dicho valor*.

Es preciso señalar, en primer lugar, que la norma literal no convierte al aplicador de la misma en un autómatas que no pueda plantearse su ajuste o no a la Constitución, su interpretación conforme a los principios generales del Derecho informadores del ordenamiento jurídico (art. 1.4 CC), su acomodación en cierta medida a circunstancias surgidas después de la promulgación del precepto (art. 3.1 CC) su aplicación equitativa (art. 3.2 CC), etc. (12). De manera que el principio de seguridad jurídica no tiene por qué conllevar una mera aplicación mecánica e invariable del derecho sin que exista un ámbito de apreciación del órgano judicial (de hecho, en el ámbito de la subasta de inmuebles, puede observarse que el art. 670.4 LEC otorga ese ámbito amplio de apreciación al Tribunal y al Secretario Judicial en relación con la aprobación del remate cuando la mejor postura, siendo inferior al 50 por 100 del valor de tasación, no cubre la cantidad por la que se hubiere despachado ejecución).

No cabe citar la seguridad jurídica para negar discrecionalidad al juez. Lo que procede es rechazar la arbitrariedad del juez, cuyas decisiones son recurribles, y el ejercicio abusivo de su función jurisdiccional. Para una y otra conducta hay normas jurídicas que evitan esa inseguridad jurídica. En el caso presente se trata de la ejecución de un título no judicial (una escritura pública). Lo que sería contrario a la seguridad jurídica y a la CE es que los jueces en estos casos no hicieran labor interpretativa alguna de la norma y procedieran a su automática

(11) ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., «Dación en pago hipotecaria», en *El Notario del Siglo XXI (Revista del Colegio Notarial de Madrid)*, marzo-abril de 2011, núm. 36, págs. 25 a 31.

(12) Cfr. 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.

aplicación. Ante ello, la consecuencia evidente sería negar que forme parte del estatuto judicial la función de ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE) (13).

En definitiva, es función de los jueces hacer justicia por medio del Derecho.

El Auto de 17 de diciembre de 2010 cita el artículo 3.1 del Código Civil, aludiendo a que las *normas se interpretarán según la realidad del tiempo en que han de ser aplicadas*, y el Auto resolutorio del incidente de nulidad de actuaciones, de 16 de marzo de 2011, señala, citando la doctrina de la interdicción del enriquecimiento sin causa, el principio *rebus sic stantibus* y la doctrina del abuso de derecho, que la resolución de los litigios ha de contemplarse *desde la unidad del ordenamiento jurídico*. La Sección 2.^a de la AP de Navarra alega, pues, haber hecho una interpretación sistemática y acorde a la realidad social en sus resoluciones. Veamos si es posible verificarla.

Hay que partir de que la cuestión debatida y valorada por la Juzgadora *a quo* y la AP de Navarra (Sección 2.^a), es el alcance del artículo 579 LEC, y si el producto obtenido de la subasta del bien es suficiente o no para cubrir el crédito reclamado. Está en juego, pues, la interpretación de preceptos como el artículo 579 y 671 LEC.

La redacción anterior a la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, del artículo 671 LEC era del siguiente tenor: *«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»*. Según una primera interpretación, esta segunda alternativa solo acontecería cuando la cantidad adeudada fuera inferior a aquel porcentaje, de modo que la ley fijaría como mínimo legalmente admisible para aceptar la adjudicación *el importe global de lo reclamado*. Se decía que esta interpretación era acorde con el artículo 670.4.III, 647 y 651 LEC y que otra interpretación carecería de sentido. De tal manera, que la adjudicación por el 50 por 100 del valor de tasación, de conformidad con los artículos 570, 654.1 y 672.1.I LEC, no extinguiría la deuda. De manera que la LEC 2000 no obligaría al acreedor ejecutante que se adjudica el bien hipotecado subastado a otorgar carta de pago, permitiéndole reclamar la diferencia entre la cantidad adeudada inicialmente y el precio de adjudicación del bien (50 por 100 del valor de tasación), *incluso en aquellos casos en que los que el acreedor haya enajenado a un tercero el bien que se adjudicó y haya obtenido con dicha venta una cantidad suficiente para saldar la totalidad de la cantidad adeudada inicialmente o incluso mayor que esta* (14). *En consecuencia, por «producto» en el artículo 579 habría que entender el «importe de la adjudicación» y no el bien en sí mismo considerado, pues de otro modo, el artículo 579 carecería de sentido por falta de objeto, como igualmente los artículos 654, 672 ó 692, todos ellos de la LEC, en su redacción anterior a la Ley 13/2009.*

Pero el AAP de Ciudad Real (Sección 2.^a), de 7 de marzo de 2006, aunque no la comparta, reconoce que es posible argumentar que solo se puede acudir a la facultad de adjudicarse el bien por el 50 por 100 del valor de tasación *en el caso de que la deuda sea igual o inferior a ese valor* (15), *adjudicándose por la*

(13) *Op. cit.*

(14) En este último sentido, 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, de 16 de marzo de 2011.

(15) En cuyo caso se paga la adjudicación con el importe del crédito *y aportando la diferencia* (prohibición del pacto comisorio: art. 1859 CC. Esta prohibición pretende proteger

cantidad que se deba por todos los conceptos (y por lo tanto, otorgando carta de pago) cuando la deuda es superior a la mitad del valor de tasación del inmueble. Desde esta perspectiva, parece lógico que pueda entenderse que el artículo 579 LEC cuando habla de «producto» de la subasta se refiera al bien en sí mismo, valorado según la tasación que sirve de tipo a la subasta, pues esta interpretación matizaría en beneficio del acreedor la interpretación señalada del artículo 671 LEC, permitiéndole reclamar la diferencia entre el 100 por 100 del valor de tasación y el total de la deuda reclamada, respetando el principio de responsabilidad patrimonial universal (arts. 105 y 140 LH y 1911 CC) (16). Que era posible dar aquella interpretación al artículo 671 LEC se desprendería de lo siguiente:

Si observamos el artículo 670.4.III (en su redacción anterior a la repetida Ley 13/2009) que contiene la última regla sobre aprobación de remate, en caso de subasta con postores, el precepto señalaba que: *«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 tribunal, oídas las partes, resolverá*

no solo los intereses del deudor ejecutado, evitando que el acreedor se apropie de un cosa de valor superior al importe de la deuda, sino también proteger los intereses de los demás acreedores del deudor ejecutado, que tienen derecho a cobrar sus créditos con lo que reste, una vez pagada la deuda garantizada).

(16) Si nos atenemos a la Exposición de Motivos de la LH 1861 podría interpretarse que inicialmente en el sistema hipotecario español la hipoteca sí que alteraba la responsabilidad personal ilimitada del deudor. De hecho, el actual artículo 105 LH tiene su origen en la Ley de reforma hipotecaria de 1944. La citada Exposición de Motivos señalaba: *«Para conocer la importancia y necesidad del sistema adoptado por la Comisión, debe tenerse en cuenta que el fin de la legislación hipotecaria es asentar el crédito territorial en la base de la seguridad de la hipoteca y del pago de lo ofrecido. El que presta con hipoteca, mas bien que a la persona, puede decirse que presta a la cosa: el valor de la finca hipotecada es la causa por que entra en la obligación: el deudor es solo el representante de la propiedad; al prestamista nada le interesan el crédito, estado de fortuna, las cualidades morales de la persona a quien da su dinero porque para nada las tiene en cuenta; lo que le importa es que la finca baste a reintegrarle en su día lo que dio. Su crédito no es un crédito personal, es un crédito real; no depende de la persona del deudor, no está sujeto a sus vicisitudes; lo que importa al acreedor es que la hipoteca no desaparezca: adherido, por el contrario, su crédito a la finca, no se altera por la pérdida del crédito personal de su dueño. El crédito territorial así queda suficientemente garantizado; cada uno sabe hasta dónde alcanza la preferencia que puede tener sobre los demás acreedores: está en el mismo caso que si se hubiese señalado una parte del precio de la finca para el día en que se hiciera el pago, y esto sin temor a privilegios de hipotecas desconocidas por él, puesto que nunca puede perjudicarle lo que no constare en el registro. Con la adopción de este sistema, los capitales tendrán un empleo sólido y fácil, el propietario gozará de un crédito proporcional a su verdadera riqueza, se activará la circulación, bajará el interés del dinero, y nacerán nuevas fuentes de riqueza y prosperidad».* Como decimos, fue la Ley de 30 de diciembre de 1944, de reforma de la LH en su artículo 138, la que por vez primera indicó: *«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.*

No obstante, podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca 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».

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. Cuando el tribunal deniegue la aprobación del remate, se procederá con arreglo a lo dispuesto en el artículo siguiente». De acuerdo, pues, con dicho precepto, si la postura no alcanzaba a cubrir la cantidad por la que se había despachado la ejecución y suponía un sacrificio patrimonial importante para el deudor, el tribunal no aprobaría el remate, aplicándose el artículo 671 LEC. Significa esto que la ratio del artículo 671 en relación con el artículo 670.4.III consiste en evitar un sacrificio patrimonial importante para el deudor. Por otro lado, teniendo presente lo dispuesto en el artículo 647.2 LEC, el acreedor ejecutante ha de mejorar la postura que se hubiere hecho, evidentemente, de modo sustancial, para lograr la ratio, de evitar ese sacrificio patrimonial importante para el deudor. Pero ello solo se logra con la segunda interpretación ofrecida, que se torna así una interpretación perfectamente viable en términos jurídicos.

Tras la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, que entró en vigor el 4 de mayo de 2010, el artículo 671 ha visto modificada su redacción en el siguiente sentido: «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 50 por 100 de su valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos». La inclusión de la nueva alternativa obliga a la reinterpretación del precepto desde nuestra perspectiva para acomodarlo al nuevo cambio legislativo. Si la deuda fuese igual o inferior al 50 por 100 del valor de tasación, el acreedor deberá pedir la adjudicación, por lo menos, por cantidad igual al 50 por 100 del valor de tasación. Si la deuda fuese superior al 50 por 100 de su valor de tasación e inferior al 100 por 100 del valor de tasación, deberá pedir la adjudicación por la cantidad superior al 50 por 100 del valor de tasación equivalente al importe de la deuda. Si la deuda fuese superior al 100 por 100 del importe de tasación, deberá pedir la adjudicación por la cantidad que se le deba por todos los conceptos. Pero en este caso, como ha de ponerse en relación el artículo 671 LEC con el artículo 105 y 140 LH, el acreedor no estaría obligado a otorgar carta de pago de la totalidad de la deuda, entendiéndose el término «producto» del artículo 579 de la LEC, referido al bien inmueble valorado según la tasación que sirvió de tipo para la subasta, que es la tasación que la ley tiene en cuenta por ser la causa del crédito, permitiendo al acreedor reclamar el exceso de deuda sobre el 100 por 100 de dicha tasación (17).

Aparte de los argumentos ya expuestos, la necesidad de mantener esta interpretación viene dada por la tacha de inconstitucionalidad de que puede adolecer el procedimiento especial de ejecución hipotecaria, si los artículos 671 y 579 LEC son interpretados en la forma primeramente expuesta.

(17) Con la interpretación expuesta, el importe mínimo de adjudicación es el 50 por 100 del valor de tasación, debiendo abonar el deudor la diferencia, si el importe del crédito es inferior a dicho 50 por 100. De este modo, se evita que la adjudicación incurra en la *laesio enormis* que justificó la instauración en el Derecho romano de la rescisión por lesión. Pretendía esta institución evitar que los bienes se enajenasen a favor de un tercero o se adjudicasen al acreedor ejecutante en pago de la deuda, por un valor inferior a la mitad de su avalúo.

En este sentido, cabe indicar que en el Derecho español *existe una diversidad de régimen jurídico para los distintos casos de adjudicación en pago.*

Habría obligación de otorgar carta de pago en el artículo 1872 del Código Civil (procedimiento de ejecución notarial de la prenda); en el artículo 87 LHMPD (procedimiento de ejecución extrajudicial de la hipoteca mobiliaria); en el artículo 94 LHMPD (procedimiento de ejecución extrajudicial de la prenda sin desplazamiento) y artículo 569.20.4 del Código Civil de Cataluña (procedimiento de ejecución notarial de la prenda en el Derecho Civil catalán).

Pero no habría tal obligación en el caso del artículo 651 ó 671 en relación con el artículo 691.4 LEC 2000, si, insistimos, se les da la interpretación primeiramente expuesta.

Queda sin resolver la cuestión en el procedimiento extrajudicial de venta ante notario de inmuebles hipotecados [arts. 129 LH y 234 a 236.o) RH].

Según PÉREZ GARCÍA: *«esta diversidad de régimen jurídico en materia de ejecución de garantías reales creo que no está justificada porque se trata en esencia del mismo supuesto de hecho y, por tanto, el ordenamiento jurídico debe dar la misma respuesta jurídica, cualquiera que sea el procedimiento utilizado para la ejecución de las garantías reales».* Así, pues, cabe pensar que el artículo 671 LEC ocasiona una desigualdad jurídica inadmisibile contraria al artículo 14 CE, pues la circunstancia de haber pactado un determinado procedimiento extrajudicial de ejecución de la garantía, o de tratarse de una garantía real distinta de la hipoteca inmobiliaria, *no justifica un trato diferente, al tratarse en esencia del mismo supuesto de hecho. Desigualdad que quedaría en buena parte salvada gracias a la interpretación arbitrada y que, aunque no haya sido explicitada por la Audiencia de Navarra (Sección 2.ª), sustentaba sus resoluciones.*

Teniendo, pues, presente esta interpretación de los referidos preceptos, la solución adoptada por la AP de Navarra tiene base jurídica. No es nuestro objeto determinar si tal interpretación debe adoptarse per se, en todo caso de adjudicación al ejecutante de un inmueble subastado. Pero lo que nos resulta indudable es que es posible mantenerla para casos como el estudiado, ya que la interpretación acorde a la realidad social la exige, dadas las circunstancias en que se han concedido los créditos hipotecarios y las circunstancias económicas extraordinarias que vivimos, circunstancias todas ellas posteriores a la promulgación de los artículos 671 y 579 LEC y 105 y 140 LH, a que haremos referencia en el subapartado siguiente y a las que hay que acomodar aquellos preceptos en cierta medida.

Aparte de esta interpretación sistemática y acorde al elemento de la realidad social (art. 3.1 CC), cabe señalar *otros recursos jurídicos* que permiten llegar a la solución postulada por la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2.ª).

1. ABUSO DE DERECHO Y ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA. DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS Y TASACIÓN INICIAL

Si bien en el Derecho español el precio de compra de una vivienda lo fijan vendedor y comprador, dicho precio viene en buena medida determinado por el mercado inmobiliario y, a su vez, los precios de este, vienen, por lo menos, en cierta medida, *determinados por el mercado de crédito hipotecario.* De modo que la concesión masiva de créditos hipotecarios por los Bancos (o creación incesante de dinero escritural mediante anotaciones en cuenta) fue causa (al menos, una de las causas) de la subida imparable del precio de la vivienda en España.

En su momento, las entidades financieras concedían frecuentemente créditos hipotecarios *sin respetar los márgenes de suficiencia adecuados para asegurar la debida relación entre valor del inmueble y la cantidad prestada (es exactamente lo que ocurre en el caso en estudio en que se otorgó un préstamo de unos 71.000 €, siendo el valor de tasación 75.900 €, o sea, se otorgó el equivalente a un 93,54 por 100 del valor de tasación del inmueble, muy por encima del 80 por 100 permitido por la Ley del Mercado Hipotecario 2/1981, de 25 de marzo (18), llegando a conceder créditos hipotecarios por un importe de hasta el 120 por 100 del valor de tasación.*

Hay que tener en cuenta que los Bancos, antes de conceder un préstamo para la adquisición de una vivienda, realizan una tasación que les sirve *para decidir si la operación es viable, valorar los riesgos (19) y determinar el importe de la financiación que están dispuestos a conceder. La tasación se realiza igualmente, en su caso, por imperativo de la normativa reguladora del mercado hipotecario [vid., art. 7 LMH, desarrollado por el RD 775/1997, de 30 de mayo, de servicios y sociedades*

(18) Los préstamos hipotecarios a que se refiere la Ley del Mercado Hipotecario, que van a servir de garantía a la emisión de cédulas, bonos y participaciones hipotecarias (títulos del mercado hipotecario), de acuerdo con el artículo 5 de dicha Ley, en su redacción originaria, *vigente hasta el 8 de diciembre de 2007 (vigente, por lo tanto, en la fecha de ampliación del préstamo hipotecario del caso en estudio, 26 de marzo de 2007)* no podían exceder del 70 por 100 del valor de tasación del bien hipotecado. *Cuando se financiare la construcción, rehabilitación o adquisición de viviendas, el préstamo podía alcanzar el 80 por 100 del valor de tasación, sin perjuicio de las excepciones que preveía la Ley. Vid.: el concordante artículo 26.2 del Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo, en la redacción dada por el Real Decreto 1289/1991, que incide en la necesidad de respetar dichos límites.*

Tras la Ley 41/2007, de 7 de diciembre (*en vigor desde el 9 de diciembre 2007*), el artículo 5 LMH es modificado. En principio, no cabe superar el 60 por 100 del valor de tasación, pero si se financia la construcción, rehabilitación o adquisición de viviendas, el préstamo podrá alcanzar el 80 por 100 del valor de tasación. Reglamentariamente se determinarán los supuestos en que pueda exceder la relación del 60 por 100 con el límite máximo del 80 por 100, así como aquellos en que la Administración, en función de las características de los bienes hipotecados puede establecer porcentajes inferiores al 60 por 100. En todo caso, se aplicará el límite máximo del 80 por 100 a los préstamos y créditos garantizados con hipoteca sobre viviendas sujetas a un régimen de protección pública. Reglamentariamente se determinarán también las condiciones en que se podría superar la relación del 80 por 100 entre préstamo garantizado y valor de la vivienda hipotecada, sin exceder del 95 por 100 de dicho valor, mediante garantías adicionales prestadas por entidades aseguradoras o entidades de crédito. Será la entidad de crédito acreedora quien sufrague el coste del aval bancario o quien figure como tomador del seguro y sufrague su coste. En ningún caso podrá repercutirse su coste sobre el deudor hipotecario (vid. art. 5 del RD 716/2009, de 24 de abril, que desarrolla la LMH y deroga el RD 685/1982, de 17 de marzo. *Vigencia de 1 de septiembre de 2010*). *Nótese la necesidad de garantías adicionales para superar la ratio del 80 por 100 del valor de tasación, lo que mostraría la irresponsabilidad anterior en la concesión de créditos por parte de las entidades financieras cuando superaron dicho margen (así, en el caso en estudio)*. Vid. también el artículo 9 del Real Decreto 716/2009.

(19) Por eso, habiendo realizado los correspondientes análisis de riesgos, de producirse la adjudicación, es posible interpretar que el valor real que entra en el patrimonio del acreedor, no es el valor actual de mercado, o sea, el valor que alguien está dispuesto actualmente a pagar por el inmueble, sino el valor inicial en que la entidad de crédito tasó (o aceptó la tasación), en la escritura de constitución de hipoteca. Por otro lado, como indicaba la Exposición de Motivos de la LH de 1861, *el valor de la finca hipotecada es la causa por que entra en la obligación el acreedor hipotecado, razón por la que habiéndole atribuido al bien un determinado valor, con todas las circunstancias concurrentes que hemos ido señalando, dicho valor debe ser considerado el «producto» de la adjudicación.*

de tasación; art. 28, 34, 35, 38, 40 del RD 685/1982, de 17 de marzo (20); art. 8 del RD 716/2009 de 24 de abril]. También por ser un requisito procesal para la ejecución hipotecaria (vid., art. 682 LEC). Dicha tasación, pues, interesa sobremanera al Banco. Igualmente, al propio deudor y a los terceros que confían en ella si luego la operación entra en el mercado hipotecario. Ahora bien, dichas tasaciones, hechas por entidades especializadas, o sea, sociedades de tasación no del todo independientes o por los servicios de tasación de los propios bancos, estaban sobrevaloradas, advirtiendo de ello en repetidas ocasiones el Banco de España, situación que era conocida y aceptada por las entidades crediticias, por lo que las entidades asumían el riesgo de que la garantía, considerada suficiente a la hora de conceder el crédito, no cubriera a la larga el préstamo hipotecario ante la más que probable caída del precio de la vivienda. La entidad crediticia, pues, aceptaba dicho riesgo, ante la expectativa de conceder un principal mayor que generaría mayores intereses, y ante la expectativa de que el precio de la vivienda, por lo menos en un futuro cercano, siguiera al alza. En todo caso, y esto es lo que queremos resaltar, el riesgo era asumido, porque se esperaba verlo cubierto a través del principio de responsabilidad patrimonial universal. Trataremos de demostrar que las entidades crediticias han hecho un uso abusivo de dicho principio. Lo dicho constituye ya un primer argumento en dicho sentido y constituye una justificación inicial de que en caso de adjudicación del inmueble hipotecado deba entenderse que lo que entra en el patrimonio del acreedor es el valor de tasación inicial (pues lo contrario, implicaría una situación abusiva por parte de la entidad crediticia). Lo dicho igualmente permite refutar el argumento de que el Auto de 17 de diciembre de 2010 justifica su ratio decidendi sobre una ficción judicial (21).

(20) El artículo 40.5.II en la redacción dada por el Real Decreto 1289/1991, de 2 de agosto, señala: «La inspección del cumplimiento de las normas de tasación y el control de funcionamiento de las entidades o servicios de tasación corresponde al Banco de España, que sancionará las infracciones cometidas de conformidad con lo dispuesto en la normativa aplicable».

(21) La Ley 41/2007, de 7 de diciembre, ha añadido a la LMH, por medio de su artículo 4, un artículo 3 bis sobre el régimen sancionador de las sociedades de tasación, del que resaltamos lo siguiente:

Artículo 3 bis:

1. Las sociedades de tasación y las entidades de crédito que dispongan de servicios propios de tasación deberán respetar las normas aplicables en las valoraciones de bienes que tengan por objeto el mercado hipotecario u otras finalidades financieras, redactar con veracidad los certificados e informes que emitan y operar en todo momento con diligencia profesional. El incumplimiento de cualesquiera de sus obligaciones determinará la aplicación del régimen sancionador previsto en este artículo.

2. Las infracciones se califican como muy graves, graves y leves.

a) Se considerarán infracciones muy graves:

...5.^a La emisión de certificados o informes de tasación en cuyo contenido se aprecie de forma manifiesta:

b) La falta de prudencia valorativa cuando la emisión de dichos documentos se haga a efectos de valorar bienes aptos, ya sea para servir de garantía de créditos que formen o vayan a formar parte de la cobertura de títulos hipotecarios, ya sea para la cobertura de las provisiones técnicas de las entidades aseguradoras o del patrimonio inmobiliario de los fondos de pensiones, o para cualquier otra finalidad en la que sea exigible la aplicación del principio de prudencia valorativa.

En todo caso, se presumirá la existencia de manifiesta falta de veracidad o, en su caso, de manifiesta falta de prudencia valorativa cuando, como consecuencia de las valoraciones reflejadas en alguno de dichos documentos, se genere la falsa apariencia de que una entidad

Producido el pinchazo de la burbuja inmobiliaria, 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 del préstamo, fundamentalmente como consecuencia del paro, 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 (22). Es más, en la mayoría de los casos la subasta queda desierta, con el resultado final de que el acreedor se adjudica la finca por la mitad del valor de tasación, según la interpretación primera del artículo 671 LEC, 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) (23) y de las también elevadas costas de la ejecución.

de crédito, una entidad aseguradora, un fondo de pensiones, u otra entidad de naturaleza financiera cumplan las garantías financieras exigibles a las mismas.

...7ª. El incumplimiento de las normas de independencia recogidas en los reglamentos internos previstos en el apartado 2 del artículo 3 de esta Ley.

Igualmente, la mencionada Ley 41/2007 (art. 5) ha añadido a la LMH el artículo 3 bis.I con la siguiente redacción: «Las entidades de crédito, incluso aquellas que dispongan de servicios propios de tasación, deberán aceptar cualquier tasación de un bien aportada por el cliente, siempre que, sea certificada por un tasador homologado de conformidad con lo previsto en la presente Ley y no esté caducada según lo dispuesto legalmente, y ello, sin perjuicio de que la entidad de crédito pueda realizar las comprobaciones que estime pertinentes, de las que en ningún caso podrá repercutir su coste al cliente que aporte la certificación». Destacamos esta normativa, dictada con posterioridad a los hechos enjuiciados por el Auto de 17 de diciembre de 2010, *porque a nuestro juicio, es reveladora de la problemática que venía existiendo en la materia.*

(22) 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.

(23) 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

Dado lo anterior, y con independencia de lo que deba establecerse en términos generales y en condiciones económicas normales, entendemos que, en un caso como el expuesto, *el riesgo de depreciación del inmueble debe trasladarse a la entidad acreedora*. Por lo expuesto, y por la consideración de que *las entidades financieras son los profesionales y los hipotecantes de las viviendas son los consumidores y por ello la diligencia de los primeros debe ser de grado superior a la de los segundos, debiendo responder los primeros de los riesgos de valoración* (24). Es la consecuencia lógica de que el Banco realizó en su día los correspondientes análisis de riesgos. *Además cabe alegar que según el artículo 12.3 del Real Decreto 775/1997, de 30 de mayo, cualquier responsabilidad de orden civil que pudiera derivarse de la valoración recaerá sobre la entidad de crédito, si fue efectuada por profesionales adscritos a sus servicios de tasación* (25). Por lo tanto, producida la adjudicación, puede entenderse sobre la base de los razonamientos expuestos (que constituyen un primer grupo argumentativo), que lo que entra en el patrimonio del acreedor es el bien en sí mismo considerado con su inicial valor de tasación.

Como decíamos antes, las entidades crediticias han hecho un uso abusivo del principio de responsabilidad patrimonial universal. En este sentido cabe indicar que la RDGRN de 19 de mayo de 2008 (RJ 2008/7714) ha considerado inscribible en el Registro de la Propiedad una cláusula por la que en el caso de que en el futuro (en un momento que se determinará por la entidad acreedora) subiera sustancialmente el valor de mercado de la finca hipotecada, se obliga al prestatario, a petición de aquella, a modificar el valor de tasación para adaptarlo al valor actualizado y de no hacerlo en cinco días, se considera apoderada irrevocablemente para hacerlo a la entidad acreedora, aunque incurra en autocontratación. Señala la DGRN que: «las especiales características del préstamo ahora enjuiciado hace aconsejable la previsión de un procedimiento para adaptar a lo largo de la vida del mismo, el tipo fijado para subasta a efectos de ejecución hipotecaria (el Registrador había considerado la citada cláusula una falta insubsanable por contradecir los arts. 1256 del CC y 117 LH). Esta conveniencia, juega no solo en beneficio del acreedor, que de esa manera puede tener más posibilidades de ser reintegrado por esa vía de ejecución, de la totalidad de su crédito, sino también en beneficio del dueño de la finca hipotecada, pues cuanto *más alto sea el valor de adjudicación, mayores posibilidades habrá de que exista sobrante, una vez satisfecha la deuda, de ahí que no deba rechazarse esa cláusula con el argumento de*

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).

(24) ROJAS, L., «Legislar sobre la limitación de responsabilidad», en *El Notario del Siglo XXI*, mayo-junio de 2011, núm. 37, págs. 32 a 34.

(25) El artículo 12 sobre obligaciones y responsabilidades de las sociedades de tasación homologadas y las entidades de crédito con servicios de tasación homologados, señala en su apartado 3, vigente y no modificado de forma expresa por ninguna disposición: «Con independencia de las sanciones que procedan con arreglo a lo dispuesto en la Disposición Adicional décima de la Ley 3/1994, de 14 de abril, *cualquier responsabilidad de orden civil que pudiera derivarse de la valoración recaerá sobre la entidad de crédito o sobre la sociedad de tasación en cuyo nombre se efectúa, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a los profesionales que hayan realizado la tasación*».

que con ello se estaría dejando el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1256 CC), por cuanto además de poder intervenir el deudor en la determinación del nuevo valor y de no rechazarse en ningún caso el que pueda solicitarlo él mismo, la posibilidad de reacción unilateral de la entidad acreedora ante eventuales oscilaciones en el valor de subasta de la finca hipotecada, está prevista en nuestra legislación reguladora del mercado hipotecario, donde se contempla el que si por razones de mercado o por cualquier otra circunstancia el valor del bien hipotecado desmereciese de la tasación inicial en más de un 20 por 100, la entidad financiera acreedora, acreditándolo mediante tasación efectuada a su instancia, 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 (cfr. art. 29.1 del RD 685/1982, de 17 de marzo, vigente en la fecha de los hechos estudiados)». La conveniencia que ve la RDGRN por las características del préstamo viene dada porque el prestamista concedía al prestatario que en aquellos casos en los que la cuantía del préstamo (principal incrementado por los intereses devengados y capitalizados) *supere el valor de tasación* de la finca, *la responsabilidad del prestatario quedase limitada*, estatuyéndose así una condonación parcial de deuda y una renuncia a la aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal al amparo del artículo 140 LH. Esta condonación exige como contrapartida que el valor de tasación de la finca (el de la subasta) sea siempre de mercado: si fuese mucho menor, la pérdida que podría sufrir el prestamista en atención a dicha condonación parcial sería demasiado grande. Además cuanto más se incremente el valor de tasación, tanto más plausible es que la ejecución de la hipoteca pueda dar lugar a una *hyperrocha* (un remanente entre dicho valor de subasta y el montante de la deuda). En parecidos términos se pronuncia la RDGRN de 20 de mayo de 2008 (RJ 2008/7715).

Es evidente que *las entidades bancarias habrían podido incluir cláusulas de este tipo en los préstamos hipotecarios* (téngase en cuenta que son las entidades bancarias las predisponentes de las condiciones generales de la contratación). Y a nuestro juicio, la buena fe y el justo equilibrio entre las partes lo habría exigido, teniendo presente que se estaba inicialmente en un contexto alcista de precios. Sin embargo parece que no se ha hecho. Y no se ha hecho, por la razón que se induce *a sensu contrario* del razonamiento de la DGRN. *Porque las entidades crediticias confiaban en utilizar el artículo 1911 del Código Civil y 105 de la Ley Hipotecaria y los artículos 579 y 671 LEC, en la interpretación mayoritaria de los mismos. Desde nuestro punto de vista, esto implica una falta de diligencia y un uso abusivo del principio de responsabilidad patrimonial universal. Se impone así al deudor, por el contexto en que se establece en el contrato, una garantía patrimonial desproporcionada, y por ello, nula, contraria a la legislación de protección de los consumidores y usuarios.* Fuese o no aplicable esta argumentación al caso en estudio (los datos fácticos que conocemos del mismo son muy escasos), puede resultar aplicable a otros supuestos.

Por otro lado, si por razones de mercado el valor del bien hipotecado *desmereciese* de la tasación inicial en más de un veinte por ciento, la entidad financiera acreedora, acreditándolo mediante tasación efectuada a su instancia, hubiera podido 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 (80 por 100, recordemos, según la LMH)*. El deudor, después de requerido para efectuar la ampliación, podría optar por la devolución de la totalidad del préstamo o de la parte de este que exceda del importe resultante de aplicar a la tasación actual el porcentaje utilizado

para determinar inicialmente la cuantía del mismo. Si dentro del plazo de dos meses desde que fuera requerido para la ampliación, el deudor no la realiza, ni devuelve la parte de préstamo a que se refiere el párrafo anterior, se entenderá que ha optado por la devolución de la totalidad del préstamo, la que le será inmediatamente exigible por la entidad acreedora (art. 5.3 de la LMH, en su redacción originaria, y art. 29 del RD 685/1982, de 17 de marzo). Si bien es dudoso que este argumento pueda aplicarse al caso en estudio dadas las fechas de ampliación de hipoteca (marzo de 2007) y de solicitud de ejecución hipotecaria (2008), bastante cercanas en el tiempo (volvemos a insistir en que habría que conocer mejor las circunstancias fácticas concurrentes), lo cierto es que, por lo menos, cabe decir en abstracto que, *si el Banco tasó o aceptó una tasación inicial, consideró que el bien era suficiente garantía del préstamo que concedía, no estableció una cláusula de revisión del valor de tasación en caso de elevarse el mismo, tampoco hizo uso de las posibilidades que le brindaba el artículo 5.3 LMH y su reglamento de desarrollo, en caso de depreciación del valor de tasación por consecuencia de las condiciones del mercado, es evidente que con sus actos el Banco está aceptando que el valor real que entra en su patrimonio con la adjudicación del bien en la subasta es el valor de tasación inicial, que según sus propios actos no ha cambiado, por lo que no resulta antijurídico que los Tribunales interpreten el artículo 671 y 579 LEC en tal sentido, aplicando la doctrina de los propios actos (26). En este sentido debe tenerse en cuenta que es contrario al artículo 7.1 del Código Civil que señala que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, el que alguien actúe contra sus propios actos (así solicitando la continuación de la ejecución por unas cantidades cubiertas con el valor de tasación inicial del bien adjudicado). Y esta actuación contraria a la buena fe unida a lo expuesto antes sobre el abuso de la responsabilidad patrimonial universal puede conducir al juzgador a negar la continuación de la ejecución sobre otros bienes del deudor (excepto en lo que exceda el 100 por 100 del valor de tasación inicial), al amparo del artículo 11 LOPJ. Una decisión judicial de tales características no podríamos decir que tiene por base una ficción judicial.*

A lo dicho cabe añadir que una tercera parte de todo el dinero prestado por las entidades financieras españolas lo ha sido a promotores inmobiliarios. Mucha deuda impagada de tales promotores se ha resuelto a través de daciones en pago y de nada ha servido aquí el artículo 1911 del Código Civil porque, obviamente, esas promotoras son sociedades limitadas o anónimas sin otro patrimonio al que acudir (27). Sin embargo, no resulta tan claro que debiese adoptarse dicha solución en tales casos si los créditos concedidos a tales promotoras eran utilizados como garantía de las operaciones de pasivo del mercado hipotecario. En efecto, el artículo 25.3 y 4 del Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo, por lo menos en su redacción originaria, señalaba: «3. Las entidades emisoras no podrán posponer las hipotecas existentes a su favor en garantía de créditos afectados al pago de bonos, o que hayan sido objeto de alguna participación hipotecaria *sin*

(26) Apoya esta argumentación la consideración de que de acuerdo con el artículo 30.1 del Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo, según la redacción dada por el Real Decreto 1289/1991, «los bienes sobre los que se constituya la hipoteca deberán contar con un seguro contra daños adecuado a la naturaleza de los mismos, y en el que la *suma asegurada coincida con el valor de tasación del bien asegurado* excluidos los elementos no asegurables por naturaleza».

(27) ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., «Dación en pago hipotecaria», *op. cit.*, págs. 28, 29 y 30.

el consentimiento del Sindicato de Tenedores de bonos, o de todos los partícipes del crédito respectivamente.

4. Tampoco podrán, sin el expresado consentimiento:

...c) Novar el crédito garantizado, *condonarlo en todo o en parte* o prorrogarlo».

Dichas daciones en pago suponían una condonación parcial de la responsabilidad patrimonial universal del deudor-promotor, que en un futuro, aliviado por un convenio concursal, hubiera podido, tal vez, hacer frente a sus deudas. Si esas daciones en pago no se hicieron con los consentimientos debidos, evidentemente adolecen de una grave irregularidad. Pero, *en todo caso, la admisión de daciones en pago a los promotores inmobiliarios por una entidad crediticia, y la correlativa persecución de otros bienes del deudor hipotecario consumidor por esa misma entidad tras una adjudicación por el 50 por 100 del valor de tasación, unido a todo lo expuesto anteriormente, habla por sí mismo, del grave desequilibrio entre las partes (Banco-consumidor) y de la conducta abusiva de aquel, todo lo cual requiere de un correctivo judicial.*

Insistiendo sobre la idea de abuso de derecho, se ha puesto de relieve la conducta acuciante del deudor en el caso resuelto por el Auto de la AP de Navarra, de 17 de diciembre de 2010, el cual, «después de recibido un bien cuya tasación reciente en el tiempo (no más allá del 2006) era muy superior al crédito reclamado, exige continuar la ejecución sobre otros bienes cuando todavía ni siquiera ha tomado posesión del bien adjudicado, ha procedido él a su realización o explotación, ni, en general, ha desarrollado conductas que permitan comprobar que *verdaderamente ha quedado insatisfecho*».

Por otro lado, «si excluimos la aplicación del abuso del derecho en los supuestos en que exista la cobertura de una norma legal, estamos negando la posible aplicación de la figura pues, *por definición, el abuso de derecho requiere que una norma ampare a una persona en la titularidad y ejercicio formalmente legítimo de tal derecho*. El artículo 7.2 del Código Civil no dice casualmente cuando se refiere al ejercicio del derecho que su titular “sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho”, sino que es precisamente este sobrepasar los límites del ejercicio de un derecho lo que da lugar a la percepción del abuso y a la consecuencia de que, entre otras medidas, se adopten las *judiciales que impidan su persistencia*. El artículo 11.2 LOPJ se refiere también expresamente a la figura y el artículo 247 de la LEC 1/2000 en su número 2 faculta a los tribunales o más bien les ordena rechazar “fundadamente” las peticiones o incidentes que se formulen con “manifiesto abuso de derecho”... *De lo dicho se desprende que nunca es argumento para excluir el abuso de derecho que haya amparo en una norma legal, sino justo lo contrario, que al amparo de una norma legal alguien proceda al ejercicio abusivo de su derecho*» (28). En definitiva, si la ley parece que ampara formalmente *continuar la ejecución por la diferencia entre el valor de*

(28) ROMERO CANDAU, P. A., y ROMERO CANDAU, R., «La continuación de la ejecución forzosa tras la subasta de los bienes hipotecados...», *op. cit.* Por ese motivo no compartimos la afirmación del Auto de 17 de diciembre de 2010, comentado, de que «no estaríamos ante un abuso de derecho, dado que, en definitiva, la ley procesal permite a la parte ejecutante solicitar lo que solicita». Si bien hay que destacar que el Auto hace una importante matización: «*desde el punto de vista formal y de estricto ejercicio del derecho*». Lo que conecta con su posterior referencia en el Auto de 16 de marzo de 2011, resolutorio del incidente de nulidad de actuaciones, a la doctrina del abuso del derecho «*entendida jurisprudencial y*

tasación y el importe de la adjudicación (50 por 100 del valor de tasación), según una interpretación estrictamente literal, no ampara realmente tal acto, ya que dicho acto por las circunstancias en que se realiza, que hemos analizado, sobrepasa manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho con daño para el deudor.

A todo lo expuesto hay que añadir que el deudor en el procedimiento de ejecución hipotecaria no ha podido alegar la existencia de cláusulas abusivas, o vicios del consentimiento, o las circunstancias en que se ha producido el incumplimiento y posiblemente, dada la interpretación mayoritaria del artículo 579 LEC, tampoco pueda hacerlo en la continuación de la ejecución, tras la adjudicación. Esta imposibilidad que, según el Auto de 30 de septiembre de 2010, del Juzgado de Primera Instancia, número 2 de Sabadell, implica una tacha de inconstitucionalidad, supone un argumento adicional para interpretar el artículo 579 LEC en el sentido en que lo hizo el Auto de 17 de diciembre de 2010 de la AP de Navarra (art. 5.3 LOPJ).

Es evidente que si hay abuso de derecho, puede hablarse de enriquecimiento sin causa, pues ya no puede considerarse que el enriquecimiento del acreedor tenga su amparo en un pacto libremente asumido o en una expresa disposición legal que lo autoriza (29).

2. LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y LA PROTECCIÓN DE LA PARTE MÁS DÉBIL EN LA CONTRATACIÓN

Se ha dicho que en sede de ejecución hipotecaria no se deja de estar ante el deber de dar protección a los consumidores. En efecto, la defensa de los mismos y la protección de sus legítimos intereses económicos informará la práctica judicial (art. 51.1 y 53.3 CE y art. 1 el RDL 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la LGDCU y otras leyes complementarias, en adelante, TR), esto es, *dará forma sustancial a las resoluciones judiciales* (cfr. DRAE 2001). El artículo 8.b) y f) del citado TR, señala como derecho básico de los consumidores la protección en particular frente a la *inclusión de cláusulas abusivas en*

doctrinalmente como la consideración de ser ilícito el ejercicio de los derechos, aunque estén reconocidos formalmente, cuando sea abusivo...».

(29) «¿Qué pasa si a continuación (después de la adjudicación por el 50 por 100 del valor de tasación) el banco vende la vivienda en un precio *muy superior* al de la adjudicación a un tercero, quizá dando a este una financiación del 100 por 100 (esto no es una fantasía. En la actualidad entidades financieras están dando salida a su patrimonio inmobiliario concediendo las hipotecas en condiciones *totalmente distintas* de las ofrecidas en general: es frecuente incluso que cuando un particular va a solicitar un préstamo se le diga que se le deniega para esa vivienda que pretende comprar pero que se le ofrezca la compra y la financiación para otra del propio banco, en un caso claro de competencia desleal), y además reclama el resto de la deuda al prestatario? ¿Seguiremos estando seguros de que no existe enriquecimiento injusto ni abuso de derecho? Mucho habría que decir también sobre la actuación del ejecutante como postor ordinario, cuando lo que se prevé en el artículo 670 LEC es que se adjudique el bien al menos por el 70 por 100 de la tasación o dando carta de pago de la totalidad del crédito...» (ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., «Dación en pago hipotecaria», *op. cit.*). No cabe argumentar, pues, que no existe abuso de derecho en tal caso por parte del acreedor, ya que el deudor siempre tuvo la opción de vender el bien, como ha afirmado alguna sentencia, pues como hemos explicado *ut supra*, en el actual contexto de crisis y dada la forma de concesión de los préstamos hipotecarios, el deudor no tiene esa posibilidad en muchos casos.

los contratos y ante situaciones de *inferioridad*, subordinación e indefensión (30). El artículo 9 de la misma norma sería aplicable a una *protección prioritaria de dichos derechos cuando guarden relación directa con la vivienda familiar*, en cuanto bien de uso común, ordinario y generalizado (31). Finalmente, su artículo 80 señala como requisitos que deben cumplir los contratos con consumidores que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, la accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor el *conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido, y la buena fe y justo equilibrio* entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

En cuanto a la protección a la parte más débil en la contratación se trata de un principio que no deriva solo de la legislación de consumidores y usuarios, sino también de la reguladora de las condiciones generales de la contratación (Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación), del Código Civil, artículo 1288 y artículo 54.2 LEC. Si bien el acreedor debe lograr la satisfacción de su crédito, y el deudor debe sufrir la ejecución del mismo, es evidente que aquella satisfacción debe ser una satisfacción material, no meramente formalista, y en la que se tenga en cuenta las circunstancias en que se contrajo el crédito (32).

En este ámbito de la protección al consumidor, hay que plantearse hasta qué punto ha estado, o no, en la práctica de la contratación de préstamos hipotecarios, a disposición del mismo, la información necesaria relativa también a *las consecuencias del impago. Un déficit de información, en este sentido, afecta a la buena fe, ya que dicha buena fe obliga a suministrar la debida información*. Si dicha falta de información puede acreditarse, resultaría contraria al artículo 80.b) del TR. Igualmente, al artículo 7.a) de la LCGC, pudiendo determinar *la no incorporación al contrato de la cláusula relativa a que la hipoteca no altera la responsabilidad patrimonial universal del deudor* (art. 9 y 10 LCGC) (33).

(30) El artículo 8.b) ha sido modificado por el artículo 3.1 de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, en el siguiente sentido: «b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos».

(31) Vid., también, artículo 10 del TR citado.

(32) Cfr. ROMERO CANDAU, P. A., y ROMERO CANDAU, R., «La continuación de la ejecución forzosa tras la subasta de los bienes hipotecados...», *op. cit.*

(33) En este sentido, quizá porque el legislador era consciente de la existencia de un déficit de información, el artículo 29 de la Ley de Economía Sostenible incide en el deber de informar: «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*». Igualmente, la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial, de 31 de marzo de 2011, que complementa la Directiva 2008/48/CE, relativa a los contratos de crédito al consumo, de 23 de abril de 2008, en sus artículos 7 y 8 indica que debe suministrarse una información básica referida a los elementos esenciales del crédito y que si hay garantía hipotecaria debe advertirse de las consecuencias para el consumidor ante su incumplimiento, debiendo ser tal información básica, fácilmente legible o claramente audible, según el caso. El artículo 11

Como dijimos *ut supra*, las entidades financieras han hecho un uso abusivo del principio de responsabilidad patrimonial universal, imponiendo así al deudor, por el contexto en que se establece en el contrato, una garantía patrimonial desproporcionada, y por ello, nula, contraria a la legislación de protección de los consumidores y usuarios. El artículo 8 LCGC indica que, en particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales, en todo caso, las definidas en el artículo 10.bis y Disposición Adicional 1.^a de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (hoy incorporada al RDL 1/2007). Este TR articula un *control de contenido* de las cláusulas predispuestas en contratos con consumidores que se articula legalmente en tres niveles, de mayor a menor abstracción: Como regla general, dicho contenido habrá de responder a los principios de *buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes*, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas (art. 80.2 TR); a continuación el artículo 82.1 establece que se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas *estipulaciones no negociadas individualmente* y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, *en contra de las exigencias de la buena fe, causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*. De acuerdo con el artículo 82.3 TR, el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato *y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato* o de otro del que este dependa. En un tercer nivel se señala que, en todo caso, *son abusivas las cláusulas que conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90 TR, en lo que a nosotros interesa, impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas* o resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato.

De acuerdo con el artículo 83 TR, las cláusulas abusivas serán *nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario. Solo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada, podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato. Teniendo presente que los*

regula las denominadas «explicaciones adecuadas». Según esta norma, los Estados miembros velarán porque los prestamistas y los intermediarios del crédito ofrezcan al consumidor explicaciones adecuadas sobre el contrato o los contratos de crédito que suministren, junto con todo posible servicio o servicios accesorios, para que el consumidor pueda evaluar si estos contratos se adaptan a sus necesidades y su situación financiera. Entiende el precepto que una explicación adecuada debe incluir información personalizada sobre las características de los créditos ofrecidos pero sin realizar ninguna recomendación. En dicha actuación tanto los prestamistas como los intermediarios de crédito *estudiarán con precisión por cualesquiera medios necesarios el nivel de conocimientos y de experiencia del consumidor para preparar las explicaciones* (que irán desde la información precontractual hasta las consecuencias de la celebración del contrato para el consumidor, por ejemplo, en el caso de impago). *A nuestro juicio no es procedente tal estudio, sino suministrar a cualquier consumidor una información accesible para la persona de menor nivel de conocimientos y experiencia.*

El artículo 14 *obliga al prestamista a evaluar la solvencia del deudor, de acuerdo con criterios como sus ingresos, sus ahorros, sus deudas y otros compromisos financieros.*

principios de protección de los consumidores y usuarios informarán la práctica judicial, y que la nulidad debe apreciarse de oficio por los tribunales, la apreciación de la nulidad de una cláusula de responsabilidad patrimonial universal, en el caso concreto, por el contexto contractual en que se pactó, puede llevar al Tribunal, a matizar la hipotéticamente letra clara de los artículos 671 y 579 LEC, en relación con los artículos 105 y 140 LH y 1911 CC, para obtener un resultado que suponga la integración del contrato con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 CC y al principio de buena fe objetiva, de forma sumaria, y a efectos de decidir sobre qué bienes y en qué cuantía prosigue la ejecución. Frente a este argumento no cabe oponer que con independencia de lo pactado en el contrato, la Ley establece el principio de responsabilidad patrimonial universal, porque dicho principio es respetado con una solución como la del Auto de Navarra (Sección 2.^a), y porque es evidente que el contexto contractual es determinante de la buena fe, equilibrio, proporcionalidad, etc., de la garantía patrimonial universal en el caso concreto, de la cual, como se ha explicado, puede hacerse un uso abusivo.

Finalmente, tampoco cabe alegar que los particulares pudieron pactar la hipoteca de responsabilidad limitada del artículo 140 LH. Este pacto no es una posibilidad real al alcance de los particulares en su negociación con las entidades de crédito en el momento de concertar la hipoteca con la que desean financiar la adquisición de su vivienda. Invocar dicha posibilidad de pacto sería tanto como afirmar que existe igualdad de pacto entre las partes contratantes, lo que es prácticamente una ilusión. «El contenido negocial de un préstamo hipotecario entre particulares y entidades de crédito no alcanza a este pacto... se centra en condiciones financieras, tipo de interés, porcentaje de financiación, comisiones, o pactos de vinculación, pero nunca sobre estas cuestiones» (34).

3. LA APLICACIÓN EQUITATIVA DE LAS NORMAS: EL ARTÍCULO 3.2 DEL CÓDIGO CIVIL

Señala el artículo 3.2 del Código Civil que «la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales solo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita». Como señala GARCÍA AMIGO: «se trata, por tanto, con la equidad de un criterio de aplicación de las normas jurídicas, no de una norma jurídica en sí o de una fuente de normas jurídicas —aunque fuera supletoria—. Como tal criterio de aplicación de las normas implica un modo flexible, que tiene en cuenta las circunstancias del caso concreto, y no una «aplicación rígida de formalismos legales» (STS de 31 de mayo de 1957).

Se puede definir la equidad o *epiqueya* como la moderación en el rigor del uso de las leyes. Se trata de una virtud por la cual el jurista temple el rigor de las leyes positivas, corrigiendo o supliendo sus deficiencias, cuando lo exige la justicia, dadas las peculiares circunstancias del caso que contempla. Clásicamente se ha considerado que la equidad puede rectificar la ley: para evitar algo injusto; para evitar una obligación que sin ser injusta, es demasiado dura para el obligado; para descartar la aplicación de la ley a casos especiales por sus circunstancias, que de haber sido pensados por el legislador, es de presumir que no hubieran sido comprendidos en ella.

La equidad, como se ha indicado antes, no es en el Derecho español una fuente supletoria de Derecho (art. 1.1). Tampoco es un elemento de interpretación (art. 3.1) sino una manera de aplicar las fuentes del Derecho. Si reflexionamos

(34) ROMERO CANDAU, P. A., y ROMERO CANDAU, R., «La continuación de la ejecución forzosa tras la subasta de los bienes hipotecados...», *op. cit.*

sobre el contenido del artículo 3.2 del Código Civil, podemos observar que con relación a la equidad del Código Civil admite la utilización de la equidad en la aplicación de las fuentes del Derecho y que las resoluciones de los Tribunales se fundamenten en ciertos casos exclusivamente en la equidad. Respecto a lo primero (utilización de la equidad en la aplicación de las fuentes del Derecho), siguiendo a FEDERICO DE CASTRO (35), podemos decir que habría que actuar en equidad *cuando existiese una inadecuación entre un caso concreto y la regla que parece regularlo, por producir la rígida aplicación de esta un resultado injusto. En tal caso, aunque la ley no diga expresamente que ese determinado precepto no se aplique en ese caso, su inaplicabilidad se deduciría del resultado injusto que la aplicación acarrearía*. El Tribunal procede entonces a hacer una interpretación correctiva de la ley, concretamente, *restrictiva, y excluye el caso del verdadero sentido de la ley*, dando así a la ley su propio sentido, *porque el legislador de haber pensado dicho caso lo habría excluido de la ley*. Si el caso excluido de una ley así interpretada no se halla comprendido tampoco en otra ley, no existiría ley aplicable. No existiendo, pues, precepto legal aplicable ni costumbre aplicable, habría que acudir a los principios generales del Derecho y resolver el caso con arreglo a estos; concretamente, con arreglo al principio del cual se deducía la inadecuación del precepto legal.

Aplicando lo expuesto al objeto de nuestro estudio, es evidente que, dadas las condiciones concretas en que se han pactado los préstamos hipotecarios, condiciones que estudiamos *ut supra* y que parecen predicables del caso resuelto por la AP de Navarra en su discutido Auto, se produce una inadecuación entre dicho caso y las reglas que parecen regularlo (arts. 579, 671 LEC en relación con el art. 105 y 140 LH y 1911 CC), *por producir la rígida aplicación de estas un resultado injusto*. En tales casos, la inaplicabilidad de tales normas se deduce del resultado injusto que la aplicación acarrearía. Son los principios generales del Derecho, informadores del ordenamiento jurídico, los que permitirán deducir al Tribunal, que el legislador, de haber pensado tal caso, *con tales circunstancias*, lo habría excluido de la aplicación de tales normas. Dichos principios generales del Derecho, que permitirían al Tribunal llegar a tal conclusión serían los siguientes (36): la ejecución ha de producir una satisfacción material del acreedor, no formal; se proscribía el abuso de derecho; los derechos deben ejercitarse según las exigencias de la buena fe; los contratos que tienen tracto sucesivo y dependencia de futuro son ley entre las partes contratantes tal como se pactaron, *rebus sic stantibus*, «mientras que estén así las cosas, o sea, mientras que no haya alteraciones» (37); la prohibición del pacto

(35) DE CASTRO Y BRAVO, F., *Compendio de Derecho Civil. Introducción y Derecho de la Persona*, 5.ª ed. Imprime: R. García Blanco, Madrid, 1970, pág. 98.

(36) Enunciamos todos los que serían aplicables a casos similares, aunque quizá no todos sean predicables del caso en estudio, según las matizaciones que hemos ido haciendo.

(37) Este principio constituiría por sí mismo un argumento independiente para llegar a una solución como la arbitrada por el Auto de 17 de diciembre de 2010. De acuerdo con el artículo 1091 del Código Civil: «las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos». Ahora bien, cabe que *si las circunstancias en que se basó el contrato se alteran*, aquel se modifique o se extinga si lo establece la ley o lo estipularon las partes. Pero si ni la ley ni las partes previeron tal modificación o extinción, ¿es admisible esta en general? A esto hay que responder que si se alteran *extraordinaria e imprevisiblemente las circunstancias en que se basó el contrato parece equitativo que este se extinga o se modifique a tenor de la alteración, pues de lo contrario resulta perjudicada la parte a la que la alteración le haya sido adversa*. Pero el Código Civil no tiene ninguna disposición general por la que se permita la extinción o modificación del contrato ante la alteración de circunstancias. Cabe preguntarse, entonces, cuál es la posición a adoptar ante el silencio legal.

comisorio (38); *venire contra factum proprium non valet; qui sentit commodum, sentire debet et onus; iure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiores* (Pomponio. D. 50, 17, 206); la protección del consu-

La tesis favorable a la modificación o extinción se fundamenta en la equidad (de este modo se libera de cumplir el perjudicado por la alteración) mientras que la favorable a la inmutabilidad del contrato se apoya en la conveniencia de la seguridad jurídica. Según esta tesis más valdría que se tenga que cumplir tal como se pactó que dar lugar a la inseguridad que la eventualidad de modificación o extinción implica.

En abstracto *no parece oportuno seguir de forma extrema ni una ni otra tesis. Es decir, no cabe sacrificar la equidad por el principio de seguridad jurídica hasta el punto de no permitir un cambio en las condiciones del contrato aunque haya habido una alteración enorme de las circunstancias básicas*. Pero tampoco cabe por el principio de equidad sacrificar la seguridad jurídica de forma que cualquier alteración por pequeña que sea (una ligera oscilación del mercado) de lugar a modificaciones. Estas oscilaciones pequeñas son un riesgo con el que las partes corren, que conocen y con el que cuentan al celebrar el contrato.

La doctrina ha adoptado diversas teorías para propugnar en el Derecho español la modificación o extinción del contrato por alteración de circunstancias básicas. Así se dice que en los contratos a que puede afectar la alteración de circunstancias se sobreentiende establecida la cláusula de origen medieval *rebus sic stantibus*, según la cual: *los contratos que tienen tracto sucesivo y dependencia de futuro se entienden tal como se pactaron «mientras que estén así las cosas, o sea, mientras que no haya alteraciones»*. Otros dicen que cuando el contratante a quien favorece la alteración de circunstancias exige el cumplimiento del contrato, *tal cual se pactó, se está ante un abuso de derecho*. Una tercera posición indica que teniendo presente que los contratos obligan a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, *el pedir que el contrato se cumpla tal cual se pactó cuando hay alteración de circunstancias es contrario a la buena fe y que dicha buena fe exige precisamente resolver o revisar el contrato*. Una cuarta posición afirma que la alteración de circunstancias al hacer muy gravoso el cumplimiento para una parte constituye un caso de fuerza mayor que extingue la obligatoriedad del contrato.

En cuanto a la jurisprudencia ha venido entendiendo desde hace algún tiempo que el contrato es *revisable o modificable* si concurriendo los requisitos que expondremos más adelante se alteran las circunstancias en las que se celebró. La jurisprudencia entiende que la alteración de tales circunstancias *no hace resoluble* el contrato porque esta solución es más fuerte y no necesaria, *debiéndose mientras se pueda conservar el contrato aunque sea modificado*. El Tribunal Supremo admite la revisabilidad del contrato sobre la base de la teoría de la cláusula *rebus sic stantibus*, si bien repite que debe ser aplicada con la máxima cautela y ponderación, pues el Tribunal tiene el temor de que tal revisabilidad pueda quebrantar la obligatoriedad del contrato. Puede obtenerse la revisión a petición de la parte perjudicada si: *la parte perjudicada no es culpable del cambio y carece de otro procedimiento para remediar el perjuicio que le supondría la inmutabilidad del contrato; la alteración de circunstancias entre el momento de la celebración y el cumplimiento es extraordinaria e imprevisible; dicha alteración produce un desequilibrio enorme entre las prestaciones de las partes* (ALBALADEJO, M., *Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones*, vol. 1.º, José M.ª Bosch, Editor, S. A., Barcelona, 1994, págs. 436 a 443).

A nuestro juicio, esta doctrina del TS es aplicable al supuesto en estudio, pues se ha producido una alteración de circunstancias extraordinaria e imprevisible (por lo menos, en su magnitud), de la que no es responsable el deudor hipotecario y que produce un enorme desequilibrio entre las prestaciones de las partes (como se deduce de lo expuesto hasta el momento). Desequilibrio que debe ser corregido por los Tribunales, *modificando el contrato*, en cuanto a la cláusula que establece la responsabilidad personal ilimitada del deudor sobre otros bienes distintos del bien hipotecado, *por la vía de atemperar, las consecuencias del incumplimiento, mediante la interpretación propugnada de los artículos 671 y 579 LEC*.

(38) Vid. JIMÉNEZ PARIS, T. A., «Dación en pago de la vivienda hipotecada y pacto comisorio», en *RCDI*, núm. 724, págs. 1159 a 1181.

midor, particularmente frente a cláusulas abusivas y situaciones de inferioridad; la protección constitucional de la vivienda, etc. Determinada la inaplicabilidad de las normas en cuestión, se procede a hacer una interpretación restrictiva de las mismas y se excluye el caso del sentido literal de la ley. ¿Qué hacer, entonces, para resolver el caso? Si no hubiera ley aplicable habría que resolverlo con arreglo a los principios generales del Derecho de los que se desprende el juicio de inadecuación. Pero en este supuesto, es posible aplicar la misma ley, ahora bien, *dándole un sentido distinto de su aparente tenor literal, sentido viable según hemos ido explicando en epígrafes anteriores, sentido que vendría exigido por la equidad e iluminado por los principios generales del Derecho explicitados, que no podemos olvidar, tienen carácter informador del ordenamiento jurídico (art. 1.4 CC) (39). De modo que es posible concluir que el juzgador puede corregir, en función de los principios generales del Derecho y de la equidad, la aplicación de las normas.*

(39) Se ha indicado también que la facultad moderadora de los tribunales tiene amparo en normas procesales (arts. 576.2; 584; 588; 592; 606; 607; 609; 670.4 LEC, entre otros), normas que dan fundamento a decisiones judiciales como las que son objeto de este comentario (ROMERO CANDAU, P. A., y ROMERO CANDAU, R., «La continuación de la ejecución forzosa tras la subasta de los bienes hipotecados...», *op. cit.*). No queremos finalizar sin dejar constancia de las críticas económicas que ha merecido el Auto de 17 de diciembre de 2010. Se ha dicho que resoluciones de esas características darían lugar a una contracción mayor del crédito (ya que se reduciría la *ratio* préstamo/valor del inmueble o *loan to value*, lo que exigiría un mayor ahorro previo a las familias y se concederían menos créditos y se endurecería el acceso a los mismos, por ejemplo, exigiéndose mayores intereses o un aumento de las garantías), así como a una reducción de la solvencia de los Bancos que terminarían soportando los contribuyentes a través de los rescates a aquellos. Igualmente se dice que se favorecería la conducta irresponsable de los deudores que se endeudaron hasta el límite de sus posibilidades.

En el otro lado de la balanza se piensa que los tasadores a quienes acuden las entidades crediticias serían más ajustados en sus valoraciones de los inmuebles y que los Bancos, por su parte, valorarían adecuadamente la solvencia de los deudores. Es decir, que se induciría a una conducta responsable por parte de acreedor y también de deudor, pues la exigencia de ahorro previo, es un importante factor moralizador de la vida social. Si la responsabilidad personal del deudor se matiza, lo fundamental para el Banco en el futuro será valorar la inversión, por lo que este tendrá la responsabilidad de fijar adecuadamente el valor de tasación y predecir de algún modo la evolución del mercado. En todo caso, la entidad financiera tenderá a minimizar sus riesgos por la vía de reducir la parte del precio que está dispuesto a financiar, asegurándose de esta manera que el importe de la deuda va a estar por debajo del valor de la finca aunque esta se deprecie mucho, de modo que cubra la cantidad prestada, los intereses ordinarios, los intereses moratorios derivados del impago y las costas y gastos de la ejecución. Este modo de operar, a nuestro juicio, hará más seguro el mercado hipotecario, pues las hipotecas serán verdaderamente garantías sólidas de las cédulas, bonos y participaciones hipotecarias. Producirá una bajada del precio del mercado inmobiliario y aunque inicialmente, en efecto, se producirá una cierta contracción del crédito (que por otro lado, ya se ha producido mucho antes del auto de Navarra. ROYO VILLANOVA señala que de los pocos préstamos que se conceden, el *loan to value* suele ser inferior al 60 por 100), a la larga las entidades financieras volverán a otorgar con fluidez créditos. En cuanto al peligro de insolvencia de las entidades crediticias, ha sido precisamente su *mala gestión* la que ha motivado la necesidad de su rescate. Decisiones como la del Auto de 17 de diciembre de 2010, a nuestro juicio, no van a provocar tal insolvencia, que, en todo caso, *ya estaría causada por otras razones*, pues la morosidad hipotecaria en los préstamos para compra de vivienda, a pesar de la magnitud de la crisis económica es muy baja. Según ÁLVAREZ ROYO VILLANOVA, el índice de morosidad en dichos préstamos está en torno al 2 por 100, mientras que en la construcción y promoción inmobiliaria, que es donde se ha admitido en mayor

A punto de concluir el presente trabajo, hemos tenido noticia de la publicación del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control de 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 (BOE de 7 de julio de 2011). La filosofía del Real Decreto-ley, expresada en su Exposición de Motivos, consiste en «adoptar medidas adicionales de protección para las familias con menores ingresos, así como [llevar a cabo] las reformas necesarias para garantizar que las ejecuciones hipotecarias se realicen sin dar lugar a situaciones abusivas o de malbaratamiento de los bienes afectados; *manteniendo plenamente, sin embargo, los elementos fundamentales de garantía de los préstamos y, con ellos, de la seguridad y solvencia de nuestro sistema hipotecario*». Más adelante indica: «la situación de determinados deudores hipotecarios requiere de acciones inmediatas para garantizar que se protegen adecuadamente sus derechos y, simultáneamente, evitar cualquier elemento de incerteza en la regulación de la ejecución hipotecaria». Las medidas adoptadas pasan por elevar el umbral de inembargabilidad cuando el precio obtenido por la venta de la vivienda habitual hipotecada en un procedimiento de ejecución hipotecaria sea insuficiente para cubrir el crédito garantizado. *A partir del Real Decreto-ley y, exclusivamente, para los deudores hipotecarios que han perdido su vivienda habitual, se eleva el mínimo inembargable hasta el 150 por 100 del SMI y un 30 por 100 adicional por cada miembro del núcleo familiar que no perciba ingresos superiores a dicho SMI (art. 1 que sustituye al art. 15 del RDL 6/2010, de 9 de abril. Disposición Derogatoria del RDL 8/2011)*. En relación con las ejecuciones hipotecarias se prevé que la adjudicación al acreedor en subasta de un inmueble hipotecado se realizará por un precio *nunca inferior al 60 por 100 del valor de tasación, independientemente de la cuantía de la deuda total*. Se modifican así el artículo 670.4.II y el artículo 671, por el artículo 2.2 y 3 del Real Decreto-ley. A primera vista, la reforma constituye una mejora de la posición de los deudores hipotecarios, *aunque no soluciona enteramente el problema planteado*. Si bien

volumen las daciones en pago extintivas de la deuda hipotecaria, roza el 12 por 100 (datos de septiembre de 2010) (aunque el autor da una serie de razones por la que la cifra está más cerca del 50 por 100). «*El problema real para el sistema financiero se encuentra en los préstamos a promotoras*» (ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., «Dación en pago hipotecaria», *op. cit.*, págs. 28, 29 y 30). En todo caso, para aplicar la solución expuesta a lo largo de este trabajo, entendemos que el Tribunal deberá cerciorarse de una serie de circunstancias *relativas al deudor, entre otras*: la buena fe del deudor (este se encontró en situación de no poder hacer frente al préstamo hipotecario de modo involuntario), la situación en que se contrajo el crédito (se asumió por el deudor un endeudamiento responsable, o siendo irresponsable, la entidad crediticia fue igualmente irresponsable por no valorar adecuadamente la solvencia del deudor), la existencia de una justa causa que impida el pago del préstamo (por tal habría que entender una causa sobrevenida contra la voluntad del deudor); que la vivienda hipotecada es la única vivienda disponible y residencia habitual del deudor (art. 47 CE).

Una opción que tiene el deudor antes de llegar a la realización forzosa del bien hipotecado es la que le brinda el artículo 693.3 LEC (enervar la ejecución y liberar el bien). Se cuestiona si solo el deudor puede imponer la rehabilitación al Banco o también otros ejecutados como el tercer poseedor que ha adquirido posteriormente la vivienda, o el hipotecante no deudor que soporta la ejecución sobre su vivienda familiar. Si se aplica al procedimiento sumario hipotecario o también a la ejecución ordinaria o incluso a la venta extrajudicial ante Notario del artículo 129 LH. En general hay una tendencia doctrinal y jurisprudencial a ampliar los supuestos de aplicación.

un comentario de la misma requeriría un estudio más detenido, podemos anticipar que el artículo 671, en su nueva redacción, acoge en buena medida la interpretación por nosotros propugnada. *En todo caso, la reforma no tiene efectos retroactivos, por lo que en los procesos pendientes, puede resultar de aplicación la solución jurídica aquí defendida.*

IV. CONCLUSIONES

1. Una resolución judicial como la del Auto de la AP de Navarra (Sección 2.^a), de 17 de diciembre de 2010, tiene una clara fundamentación jurídica y no constituye una resolución contraria al ordenamiento jurídico vigente, aunque en el caso concreto de aquel Auto su fundamentación no haya sido todo lo explícita que hubiese sido deseable.
2. Los argumentos expuestos y las interpretaciones propuestas lo son respecto del bien hipotecado, «única vivienda disponible y residencia habitual del deudor», pues es la vivienda la que goza de una especial protección constitucional (art. 47). Su hipotética aplicación a otros supuestos requeriría un estudio más detenido de la cuestión.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

AJPII, núm. 2 de Estella, de 13 de noviembre de 2009 (*AC* 2010/2235).
AJPI, núm. 44 de Barcelona, de 4 de febrero de 2011 (*AC* 2011/42).
AJPI, núm. 2 de Sabadell, de 30 de septiembre de 2010.
AAP de Ciudad Real, Sección 2.^a, de 7 de marzo de 2006 (*JUR* 2006/160755).
AAP de Ciudad Real, Sección 2.^a, de 15 de marzo de 2006 (*JUR* 2006/231/724).
AAP de Navarra, Sección 2.^a, de 17 de diciembre de 2010 (*AC* 2011/1).
AAP de Navarra, Sección 3.^a, de 28 de enero de 2011 (*AC* 2011/40).
AAP de Navarra, Sección 2.^a, de 16 de marzo de 2011 (*JUR* 2011/113699).
STS de 8 de julio de 2003 (*RJ* 2003/4334).
STS de 16 de febrero de 2006 (*RJ* 2006/720).
STS de 25 de septiembre de 2008 (*RJ* 2008/5570).
RDGRN de 19 de mayo de 2008 (*RJ* 2008/7714).
RDGRN de 20 de mayo de 2008 (*RJ* 2008/7715).

RESUMEN

*ADJUDICACIÓN EN PAGO
CONTINUACIÓN DE
LA EJECUCIÓN SOBRE OTROS
BIENES DEL DEUDOR,
DISTINTOS DEL BIEN
HIPOTECADO*

*El Auto de 17 de diciembre de 2010,
de la Sección 2.^a de la AP de Navarra,*

ABSTRACT

*AWARD AS PAYMENT
CONTINUATION OF FORECLOSURE
PURSUING OTHER ASSETS
BELONGING TO THE BORROWER,
APART FROM THE MORTGAGED
PROPERTY*

*The ruling of 17 December 2010 of
the Second Section of the Provincial*

determina que producida una adjudicación en pago en un proceso de ejecución hipotecaria, el valor real que entra en el patrimonio del deudor es el valor de tasación inicialmente pactado en la escritura de constitución de hipoteca, por lo que solamente procederá continuar la ejecución sobre otros bienes del deudor, por el importe del crédito que exceda de dicho valor de tasación. En este estudio tratamos de demostrar que una resolución de tales características tiene base jurídica y no es contraria al ordenamiento jurídico vigente.

Appellate Court of Navarra states that, when an award is made as payment in a mortgage foreclosure case, the real value assigned to the mortgaged property is the appraised value originally quoted in the mortgage deed. Therefore, foreclosure may pursue other assets belonging to the borrower only in order to cover that portion of the loan that surpasses the property's appraised value. This study endeavours to demonstrate that a ruling of this sort is based on legal grounds and is not contrary to current legislation.

2. MERCANTIL

EL DEBER DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL EN LAS ADQUISICIONES DE EMPRESAS. EN TORNO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 15 DE JUNIO DE 2010

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Doctor en Derecho y Abogado*

SUMARIO: I. LOS HECHOS Y LA *RATIO DECIDENDI* DE LA SENTENCIA DE CASACIÓN.—II. LA INFRACCIÓN DEL DEBER DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL.—III. UN SUPUESTO DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.—IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. LOS HECHOS Y LA *RATIO DECIDENDI* DE LA SENTENCIA DE CASACIÓN

La sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de junio de 2010 (*RJ* 2010/5151), trata el resarcimiento del daño moral sufrido por el adquirente de una empresa como consecuencia del incumplimiento doloso del contrato por parte del vendedor. En la resolución se estima la suficiencia de la imputación objetiva del daño moral al incumplimiento, como consecuencia de los padecimientos morales y físicos soportados durante el cierre de la empresa por causa del incumplimiento contractual doloso del demandado.

La controversia trae causa en que con fecha 24 de enero de 2002 el recurrente en casación compró a los demandados en escritura pública todas las participaciones de la entidad Fast English, S. L. (franquiada de Open Master Spain, S. A.) por importe de 204.344,44 €. A partir del segundo trimestre del año 2000, la sociedad franquiciadora entró en una difícil situación económica al fracasar la expansión de su negocio, haciéndose pública su crítica situación económica en el mes de febrero de 2002, declarándose en quiebra en el mes de mayo de 2002, con la repercusión negativa que ello supuso para sus franquiciadas, ya que en el mes de marzo de 2002 la franquiciadora dejó de prestar servicios a sus franquiciadas. En el mes de septiembre de 2001, los demandados recibieron de la franquiciadora las llamadas «tablas de presupuestos provisionales» (previsiones económicas para el siguiente ejercicio 2001/2002), que eran sustancialmente inferiores a las de años anteriores. Además, y «...a pesar de conocer la difícil situación financiera de la empresa, los demandados, para conseguir su propósito de venta, ocultaron al comprador la verdadera situación de la misma, consiguiendo que el mismo aceptara evaluarla con las cuentas del ejercicio 2000/2001, aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil de las que se deducía una rentabilidad neta del 5 ó 6 por 100 (...) y que en lugar de una empresa saneada y rentable entregaron una empresa inservible para el negocio, con cuantiosas deudas, con obligaciones de futuro contraídas extremadamente gravosas, con unos derechos de franquicia y arrendamiento que se extinguieron al poco tiempo, habiendo tenido que afrontar el comprador numerosas dificultades, pagos, reclamaciones judiciales laborales y

de acreedores, reclamaciones de alumnos, penalidades y coacciones que incidieron negativamente en su vida personal y familiar causándoles daños morales».

La condena que se solicitó, en virtud de lo anterior, como indemnización de daños y perjuicios era el pago de la cantidad total de 270.210,08 €, de los que 114.112,08 € correspondían a las cantidades anticipadas y entregadas como precio de compra, 12.600 € a retribuciones personales por su trabajo en la empresa, 10.000 € a aportaciones para el funcionamiento de la misma, 653 € a aportaciones a caja, 5.220 € a pago a proveedores, 27.652, 63 € a una reclamación laboral y 100.000 € en concepto de daños morales.

La sentencia del juzgado de primera instancia, número 8 de Madrid, con fecha 30 de julio de 2004 estima parcialmente la demanda y condena al pago de 227.533,94 €.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 23 de enero de 2006, estima la existencia de dolo en el vendedor, al afirmar lo siguiente:

«Pues bien, si tal y como se desprende del artículo 1266 del Código Civil, “hay dolo cuando con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes es inducido el otro a celebrar un contrato que sin ellas no hubiera hecho”, y si según la jurisprudencia del TS, el dolo exige la concurrencia de dos elementos, uno el empleo de maquinaciones engañosas que tanto pueden consistir en acciones como en omisiones, y otro la inducción que producen en el otro contratante tales maniobras, siendo en todo caso preciso la prueba del mismo por parte de quien lo invoca (SSTS de 28 de febrero de 1961 y 29 de marzo de 1994, entre otras muchas), es claro que en el presente caso, de la prueba practicada resulta acreditado el invocado engaño, por cuanto resulta también probado que los demandados ciertamente conocían con anterioridad a la venta no solo las dificultades que la franquiciadora atravesaba al serles debidas diversas cantidades por esta, con la necesaria incidencia que ello producía en su negocio, hasta el punto de tener que desembolsar 5.000.000 para obtener liquidez con la que hacer frente a sus pagos, sino también, que frente a lo que en el recurso se afirma acerca de la motivación, siquiera fuera parcial, de su decisión de vender, asentada, en la disminución de ingresos en el último ejercicio, es claro que tales razones no le fueron expuestas al comprador antes de la venta, ya que en todo momento se le dijo que el motivo era la imposibilidad de los socios de atender adecuadamente el negocio, uno por razones de edad y enfermedad, y otro por su trabajo, así como tampoco concuerdan sus afirmaciones acerca de la normal marcha del mismo y la carencia de pérdidas, pues el mismo balance correspondiente al ejercicio septiembre 2000/agosto 2001, tomado en cuenta en el momento del otorgamiento de la escritura de venta, arrojaba ya pérdidas, y nada más posesionarse el actor de la empresa comenzaron a aparecer otras considerables, claramente ocultadas tales como sus deudas con la franquiciadora que eran conocidas por los demandados, y que estos, tratando de ampararse en la cláusula de salvaguarda alegaban no ocultar, dudas (deudas) que además manifestaron ser de un montante mucho menos elevado que las realmente existes (existentes). Tampoco pueden ampararse en el hecho de que la contabilidad de la empresa era elaborada por una entidad externa, excusando de esta manera su responsabilidad, cuando el administrador de dicha empresa afirmó que se limitaba a supervisarla, y tampoco lo es que la contabilidad se ajustara al plan general de contabilidad, ya que una partida tan importante como era la de las cantidades entregadas anticipadamente por los alumnos no figuraba en el pasivo. (...)

En consecuencia la existencia de diferencias con respecto a las cuentas presentadas por la misma en el Registro Mercantil, la fijación del precio en función de

una situación de mercado no real, la ocultación al vendedor de datos y circunstancias relevantes cuyo conocimiento por parte de este le hubieran hecho desistir de la conclusión del contrato, y voluntariedad de aparentar una mayor rentabilidad económica del negocio de la que realmente tenía para forzar un precio superior; denota un dolo civil en la conducta de los demandados que determinaron posteriormente la frustración del negocio y que acarrea la correspondiente indemnización de daños y perjuicios».

Sin embargo, la sentencia de apelación desestimó la petición de 100.000 € por daños morales, en base a los siguientes razonamientos:

«La Sala muestra su disconformidad con la petición de 100.000 euros que formuló el actor por daños morales, por considerar que los padecimientos relatados no pueden ser considerados como daños morales. Tal y como expone la STS, de 7 de marzo de 2005: “Como señala la sentencia de 11 de noviembre de 2003, el reconocimiento del daño moral indemnizable —como ha recogido la citada sentencia de 31 de mayo de 2000— requiere un padecimiento o sufrimiento psíquico —sentencias de 22 de mayo de 1995, 19 de octubre de 1996 y 24 de septiembre de 1999— y la más reciente doctrina jurisprudencial se ha referido al impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, impotencia, zozobra, angustia, trastorno de ansiedad, impacto emocional, etc. —ver sentencias de 23 de julio de 1990, 22 de mayo de 1995, 19 de octubre de 1996, 27 de enero de 1998 y 12 de julio y 24 de septiembre de 1999—. La sentencia de 31 de octubre de 2002, en un supuesto de ruina funcional del artículo 1591 del Código Civil, declara: “No es correcta la apreciación del daño moral. El concepto de este es claro y estricto; no comprende aspectos del daño material. Si una lesión del derecho subjetivo atenta a la esfera patrimonial del sujeto no pretenda este que alcance también a la esfera individual. Hay daño moral exclusivamente cuando se ha atentado a un derecho inmaterial de la persona”, y tal y como concluye dicha sentencia, “no cabe alegarlo si se produce y se reclama un perjuicio patrimonial, es decir, cuando la lesión incide sobre bienes económicos, a modo de una derivación del daño patrimonial”, doctrina esta aplicable al caso ahora enjuiciado en que los daños relatados por el actor y en los que pretende sustentar su petición de indemnización por daño moral no pueden ser considerados como constitutivos de daño moral».

No obstante, la sentencia de casación estima el recurso sobre la base de los siguientes razonamientos acerca del daño moral:

«Los daños morales, asociados frecuentemente por la jurisprudencia a los padecimientos físicos o psíquicos, son aquellos que afectan a la integridad, a la dignidad o a la libertad de la persona, como bienes básicos de la personalidad (así se deduce, por ejemplo, de la definición del daño no patrimonial contenida en los PETL, art. 10:301). La dificultad para determinar el alcance de los bienes de la persona que son susceptibles de padecer un menoscabo imputable a la acción de otras personas y la estrecha relación de los daños morales con los avatares de la convivencia humana impiden aplicar exclusivamente criterios fenomenológicos de causalidad para determinar su conexión con la conducta del deudor que incumple y exigen tener en cuenta criterios de imputación objetiva, entre los cuales debe figurar el criterio de la relevancia del daño, pues solo aplicando estos podrá admitirse la lesión de un interés protegido por el Derecho. En el ámbito de la responsabilidad extracontractual resulta asimismo significativo, como criterio para calibrar la imputabilidad, el alcance obligatorio del contrato para quienes en él intervienen, de acuerdo con lo que resulte de su interpretación.

En el caso de incumplimiento doloso del contrato, esta imputabilidad resulta ampliada. El Código Civil, en uno de los preceptos mediante los que regula la responsabilidad contractual, que han sido extendidos por la jurisprudencia a la responsabilidad extracontractual, dispone que, mientras el deudor de buena fe responde de los “daños previstos” y de los “daños previsibles” (art. 1107.I CC), el deudor en caso de dolo responde de los daños “que conocidamente se deriven del hecho generador” (art. 1107.II CC). Interpretando este precepto, la jurisprudencia [SSTS de 23 de febrero de 1973, 16 de julio de 1982 (RJ 1982/4249) y 23 de octubre de 1984 (RJ 1984/4971)] ha centrado el ámbito de la responsabilidad del deudor doloso en el nexo de causalidad, privándole de toda limitación o moderación legal, convencional o judicial de la responsabilidad. Pero el artículo 1107 del Código Civil comporta también una ampliación de los criterios de imputación objetiva para la determinación de los daños que deben ser resarcidos por parte del deudor que incumple, pues establece que estos comprenderán no solamente los que pudieron preverse en el momento de contraerse la obligación, sino los que conocidamente se deriven del incumplimiento, de donde se infiere que, en la línea propuesta por la doctrina para la interpretación del artículo 1107 del Código Civil, es procedente, en caso de dolo, además de la aplicación del criterio del carácter relevante del daño, la aplicación de un criterio de imputación fundado en la conexión objetiva del daño moral con el incumplimiento.

A este principio responde el criterio que para la indemnización del daño moral se recomienda en los artículos 9:501 y 9:503 de los PETL, según los cuales, si no existe una cláusula penal que determine otra cosa, el resarcimiento incluye el daño moral, cuya extensión se limita a los daños que fueran previsibles al tiempo de la perfección del contrato y sean resultado del incumplimiento, salvo el caso de que este sea doloso o debido a culpa grave, en que deberán indemnizarse todos los daños morales. La inclusión del daño moral en el deber de resarcimiento se prevé también en los Principios sobre contratos comerciales internacionales elaborados por UNIDROIT (art. 7.4.2) (...)

En el caso examinado, dada la naturaleza puramente económica y mercantil del contrato, no consta que en el contenido del contrato se hubiesen tomado en consideración, implícita o explícitamente, los daños morales que pudiera producir su incumplimiento. Sin embargo, la sentencia de instancia declara que el incumplimiento fue doloso, por lo cual la imputación objetiva alcanza a los daños morales relevantes derivados del incumplimiento, independientemente de que el cumplimiento del contrato comportase o no la obligación de preservar a la otra parte de dichos daños.

La conclusión a que llega la sentencia recurrida no se ajusta a esta doctrina, pues afirma que “[l]a Sala muestra su disconformidad con la petición de 100.000 euros que formuló el actor por daños morales, por considerar que los padecimientos relatados no pueden ser considerados como daños morales” y justifica esta consideración en que no cabe reclamar daño moral “si se produce y se reclama un perjuicio patrimonial”.

Considerado, pues, por la sentencia recurrida implícitamente como existente el daño que la sentencia de primera instancia declara probado; descrito este como una serie de acontecimientos que suponen un grave menoscabo de la integridad de la persona del demandante en su vertiente física, psíquica y de bienestar social y familiar; y demostrado igualmente que este daño se produjo como consecuencia del cierre de la empresa directamente acarreado por los incumplimientos de la demandada, que la sentencia recurrida considera de carácter doloso, concurre un criterio de imputación objetiva, sancionado por el artículo 1107 del Código Civil, que obliga al deudor a responder de los daños morales causados».

Aunque la cuestión principal del presente trabajo sea tratar la cuestión sobre los deberes de información precontractual en el ámbito de los contratos de adquisiciones de empresas, existen otras cuestiones que serán abordadas en un trabajo posterior y que también han suscitado nuestro interés tras la lectura de esta sentencia del Tribunal Supremo, a saber, la conclusión de la sentencia de casación acerca de la indemnización del daño moral en el supuesto de autos, lo que pasa por analizar en su momento el concepto de daño moral y su posible resarcimiento como consecuencia de un incumplimiento contractual. Para ello, resultará conveniente con carácter previo exponer las razones que han motivado dicho resarcimiento, es decir, la calificación como doloso del incumplimiento causado por el vendedor en un campo como el de los contratos de adquisiciones de empresas, donde en contadas ocasiones ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre supuestos análogos el Tribunal Supremo, para finalizar —también en su momento— si aun admitiendo la posibilidad de resarcir el daño moral como consecuencia de un incumplimiento contractual, la atención a las reglas de la causalidad e imputación objetiva hubiesen permitido en el presente caso el pretendido resarcimiento por los daños morales alegados.

II. LA INFRACCIÓN DEL DEBER DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL

Como hemos tenido oportunidad de comprobar, tras la transcripción de los correspondientes fundamentos de ambas instancias, en el caso de autos el vendedor de las participaciones sociales de la empresa franquiciada no solamente ocultó la situación de insolvencia de la empresa franquiciadora, sino que también indujo a contratar al comprador en función de una contabilidad empresarial que no era la que se correspondía con el momento en que tuvo lugar la compraventa, omitiendo por otro lado datos importantes en cuanto a las pérdidas de la sociedad objeto de adquisición, de ahí que pueda concretarse de inicio una situación en la que el vendedor no solo llevó a cabo una actitud de carácter positivo o activo, mostrando una contabilidad que realmente no se correspondía con la imagen fiel de la empresa, sino también una actitud negativa o pasiva, consistente en silenciar determinados aspectos del negocio, que resultarían claves para la concreción de las fines perseguidos por el comprador en la presente adquisición.

Lo anterior implica —a nuestro juicio— que el análisis de la situación que presentan los hechos de la presente sentencia, con el propósito que ahora nos ocupa, haya de realizarse desde lo que se ha venido en llamar como deberes de información precontractual, o bien, como obligaciones del vendedor que se derivan de la buena fe.

En las fuentes romanas, la cuestión ya fue objeto de tratamiento. De esta forma, en el *Digesto* 19, 1, 13 [2] y [3], en cuanto al interés del comprador en no ser engañado en relación con la venta de un esclavo ladrón o fugitivo, se dice que: (1) «[2] Lo que hemos dicho de “en cuanto interesa al comprador no ser engañado” comprende muchos supuestos; por ejemplo, si el esclavo indujo a otros para que se fugasen con él, o si sustrajo algunas cosas. [3] Pero ¿qué ocurre si ignoraba que era ladrón y aseveró sus buenas costumbres y fidelidad,

(1) *El Digesto de Justiniano*. Tomo I. Constituciones Preliminares y Libros 1-19. Versión castellana por A. D'Ors, F. HERNÁNDEZ TEJERO, P. FUENTESECA, M. GARCÍA-GARRIDO y J. BURILLO. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1968.

y lo vendió caro? Veamos si está obligado por la acción de compra: yo opinaría que sí. Ciertamente que lo ignoró, pero no debió afirmar tan fácilmente cosas que ignoraba. Por lo tanto, “hay que distinguir” entre este y el “que actúa a sabiendas”: el que es sabedor debió advertir que era ladrón; el que lo ignoraba, no debió arriesgar sin más una afirmación temeraria».

Como puede comprobarse en las fuentes romanas ya se recogía la obligación de informar por parte del vendedor de una circunstancia conocida por él y que afectaba negativamente al objeto de la compraventa: «...*en cuanto interesa al comprador no ser engañado...* (quanti emptoris interfuit non decipi) *el que es sabedor debió advertir...* (qui scit praemonere debuit)», lo que sin duda constituye un claro antecedente del deber de informar precontractual.

Ha sido tradicional exponer sobre esta materia el ejemplo del mercader de Rodas que POTHIER (2) —quien a su vez tomara de CICERÓN— para poder argu-

(2) POTHIER, *Tratado del contrato de compra y venta*, Barcelona, imprenta y litografía de J. Roger, 1841, págs. 125-127:

«Cicerón en el libro 3 de los oficios propuso esta cuestión sobre la especie de un comerciante que llegando a Rodas en tiempo de gran carestía con varios cargamentos de trigo, lo pone a la venta. Pregunta si ese comerciante tendrá obligación de declarar a los compradores que van a llegar otros barcos cargados del mismo artículo. Trae sobre esto las opiniones de dos filósofos estoicos Diógenes y Antípatro. El primero era de pensar que ese comerciante podía lícitamente ocultar lo que sabía sobre la inmediata llegada de los demás barcos, y vender su trigo al precio corriente. Antípatro, su discípulo, cuyo sentir adopta al parecer Cicerón pensaba por el contrario, que un disimulo de esta naturaleza era contrario a la buena fe (...). Esta cuestión mira solo al fuero interno, pues no debe dudarse que en el externo ningún comprador puede quejarse de que el vendedor no le haya instruido en las circunstancias extrínsecas a la cosa vendida, cualquiera que fuere el interés que en saberlas tuviese. La decisión de Cicerón sufre muchas dificultades aun en el fuero interno, de manera que la mayor parte de los que han escrito sobre el derecho natural, la consideraran como extremadamente rigurosa.

Estos autores piensan que la buena fe que debe reinar en el contrato de compra y venta no obliga al vendedor a otra cosa más que a hacer conocer la cosa que le vende por lo que ella es en sí, sin ocultarle ninguno de sus defectos, y a no vendérsela a mayor precio del que tiene al tiempo del contrato, que ninguna injusticia comete vendiéndola a ese precio, por más que sepa que luego después ha de bajar mucho; que no debe participar al comprador las noticias que él tenga sobre las circunstancias que han de motivar esa baja, puesto que el comprador no tiene para exigirle esto más derecho que el que le compete para reclamar su participación en sus beneficios. Si lo hubiese hecho, no fuera mas que un acto gratuito de beneficencia que no está obligado a ejercer sino con aquellos que se hallan en extrema necesidad en la cual no se hallaban los Rodios, pues si les faltaba trigo, no les faltaba dinero para comprarlo. Sus ganancias en tal caso no son injustas, pues son una recompensa debida a la diligencia con que procuró llegar el primero, y del riesgo que corrió de perder en sus géneros, si algún accidente le hubiese impedido llegar a tiempo. Tan prohibido debe estar vender al precio corriente un artículo sin advertir las circunstancias que deben hacerlo bajar, como comprar también al precio corriente sin advertir las circunstancias que deben hacerlo subir. Nadie ha pensado en acusar de injusto a José por haberse aprovechado del conocimiento que tenía de los años de esterilidad, para hacer comprar a Faraón la quinta parte de los trigos de sus súbditos al precio corriente, sin advertirles de los años de esterilidad que habían de venir:

A pesar de estas razones y autoridades no creo que puede defenderse de la nota de injusta la ganancia, que haga un vendedor por la reticencia de algún hecho que deberá causar una baja en el precio, cuando esta ha de ser de mucha consideración y verificarse dentro de muy corto intervalo, como fuera en el caso propuesto en que nuestro comerciante tuviese noticia de que estaba para arribar al puerto de Rodas una flota cargada de trigo, circunstancia que

mentar que de acuerdo con la buena fe (3), esta obliga al vendedor al menos en el fuero externo, a no disimular ninguna de las circunstancias extrínsecas que al comprador le interesa conocer.

No sin dificultades ha sido abordado el tema en nuestra doctrina civilista actual, de esta forma, DIEZ-PICAZO (4) afirma al respecto que: «No puede dudarse de la existencia de deberes precontractuales de información, regidos en muy buena medida por los criterios de la buena fe y del uso de los negocios, como ha señalado E. GÓMEZ CALLE (*Los deberes precontractuales de información*, Ed. La Ley, Madrid, 1994). Debemos dar por supuesto que el deber de información es también del deber de que la información facilitada sea veraz o, por lo menos, responda al conocimiento que la parte que la suministra pueda tener al respecto.

La materia expuesta y la introducción de criterios valorativos y de arbitrariedad debe arrancar de dos premisas claras. Es la primera que corresponde a cada parte el deber de buscar la información, que GÓMEZ CALLE llama el deber de autoinformarse. La segunda es el deber de dar respuesta a las peticiones expresas de información que la otra parte pueda formular.

Sin embargo, más allá de esas claras premisas iniciales, la zona de investigación se torna por demás confusa. No puede decirse fácilmente que una de las partes esté en el deber de informar a la otra por el hecho de que esta última se encuentre en una situación de imposibilidad o gran dificultad de obtener la información por sí misma, por razones personales, por razones de complejidad técnica o de especialización, aunque es cierto que en algunos casos, especialmente en materia de protección a consumidores, la ley coloca en el empresario el deber de información.

Puede admitirse que, en algunos casos, cuando entre las partes existe una situación de específica confianza, esta determine un especial deber de información, que puede dimanar de una relación previa existente entre las partes (bancos y clientes), empresas que habitualmente negocian entre sí, o las especiales condiciones profesionales. En este último caso es manifiesto que las normas legales en vigor imponen a los profesionales determinados deberes de informar de las características y riesgos de las actividades contractuales que luego se deben desarrollar.

Tampoco es especialmente claro si en la existencia de los deberes precontractuales de información influye el que esta última sea costosa o no».

Que la veracidad e integridad de la información proporcionada por la parte concedora de la misma ha de ser total en dichos términos, evidentemente, enten-

por cierto había de causar una baja considerable en el precio de este artículo. En el contrato de compra y venta, lo mismo que en los demás contratos conmutativos, exige la equidad que lo que cada una de las partes da sea equivalente a lo que recibe, y que ninguna de ellas quiera enriquecerse a costa de la otra. Ahora bien, en la especie propuesta si por medio de su disimulo logra ese comerciante vender el trigo a 50 pesos el moyo que es su precio corriente, ¿puede sin hacer ilusión persuadirse que ese trigo, que él sabe que dentro de dos días no valdrá más que 10 pesos, sea el equivalente de los 50 que ahora recibe? Diríase que basta que al tiempo del contrato valga los 50 pesos. Más yo respondo: por más que una cosa tenga un valor actual y momentáneo de 50 pesos, si ha de bajar necesariamente, ¿puede ser considerada por quien sabe esta circunstancia como un verdadero equivalente del dinero del dinero que recibe que siempre valdrá 50 pesos? ¿No es querer enriquecer a expensas de los compradores por medio de ese afectado silencio al obligarles así a comprar una cosa que consta que a los dos días ha de venderse por cuatro quintas partes menos?»

(3) CICERÓN, *De Officiis*. Libro III. Capítulo XII.

(4) DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I. *Introducción. Teoría del Contrato*, 6.ª ed., Thomson-Civitas, 2007, págs. 312 y 313.

demostramos que ha de ser así. Ahora bien, el problema sobre esta controvertida cuestión es comprender la necesidad y el alcance de la información a suministrar cuando nos encontramos fuera de situaciones típicas en las que así se ha previsto por el legislador (por ejemplo, en materia de saneamiento en la compraventa).

La doctrina (5) se ha preocupado de dar diversas soluciones al respecto, tanto desde un punto de vista jurídico generalmente basado en el principio general de la buena fe, como económico.

En nuestra opinión destacan las reflexiones que en su día realizara, GÓMEZ CALLE (6) sobre el coste de adquirir la información y la asimetría en su consecución, aunque como hemos tenido ocasión de observar, estos criterios no son a nuestro juicio y por sí solos lo suficientemente relevantes o determinantes sobre el nacimiento del deber de informar, puesto que no puede descansar el hecho sobre razonamientos tan estrictamente derivados de economía de costes, la razón de ser del nacimiento de un deber precontractual de información, de ahí que GÓMEZ CALLE afirmara incluso que dichos razonamientos económicos adquieren relevancia si la correspondiente información supusiera un incremento del valor del bien, puesto que si supone un decremento en el valor del bien, el deber de informar existiría: «(...) siempre que la información sea necesaria para evitar que el bien ocasione daños o que la noticia afecte a las presuposiciones del contrato o datos tenidos en cuenta a la hora de celebrarlo, incluidos los intereses particulares de cualquiera de las partes, incorporados al contrato puestos en conocimiento de la otra en la fase negociadora» (7).

Por su parte, BASOZÁBAL ARRUE (8) propone la siguiente fórmula: «La falta de información sobre las presuposiciones contractuales (...) será relevante *cuando la parte ignorante pueda imputar a la otra su ignorancia*»:

1. Por haber sido esta la que le proporcionó —de forma culpable o no— la información falsa o errónea.
2. Por haber incurrido en una omisión contraria a la buena fe, atendiendo:
 - a) a la relación contractual existente entre ambas;
 - b) a la condición de las partes;
 - c) al comportamiento de las partes;
 - d) a que la obtención de la información haya sido onerosa;
 - e) a que la posición del «deudor de la información» en el contrato no permita obtener una contraprestación por revelarla (salvo dolo, información privilegiada, monopolio o desproporción notoria en el acceso a la información);
 - f) a que la otra parte se encuentre protegida en su ignorancia por una previsión legal, en los términos de esta».

En opinión de CARRASCO, los deberes precontractuales de información están íntimamente ligados con el dolo negativo o reticencia dolosa, concluyendo que existe un deber atípico de suministrar información a la contraparte en los si-

(5) Vid., para una mayor extensión sobre el particular, con abundantes referencias doctrinales y jurisprudenciales. DE LA MAZA GAZMURI, *Los límites del deber precontractual de información*, Civitas, 2010.

(6) GÓMEZ CALLE, *Los deberes precontractuales de información*, La Ley, Madrid, 1994.

(7) Vid., *op. cit.*

(8) BASOZÁBAL ARRUE, «En torno a las obligaciones precontractuales de información», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXIII, 2009, fasc. II, págs. 699 y 700.

güentes casos: (9) «[1] Debe comunicar la información relevante quien previamente ha creado con su conducta o palabras un estado de cosas tal que, de no hablar ahora, equivaldría a una maquinación engañosa activa, como aquel que previamente le ha representado a la otra parte medias verdades. [2] Debe hablar el contratante que se encuentra con la otra parte en una relación preexistente tal que resulte exigible que hubiere debido hacer conocer a la otra parte la circunstancia silenciada, porque la otra parte podía legítimamente confiar en él o porque el poseedor de la información estaba sujeto al cumplimiento de deberes fiduciarios de los intereses ajenos. [3] Debe hablar el vendedor, cuando conoce cualidades negativas de la cosa que no pueda ignorar que son relevantes para la otra parte y afectan sustancialmente a la equivalencia entre valor y precio. [4] Debe hablar el proveedor profesional de bienes o servicios, cuando la contraparte es un consumidor, y el primero conoce extremos que afectarán sensiblemente al precio de la cosas. [5] Debe hablar el contratante que conoce hechos relevantes que pueden hacer ineficaz el contrato o la posibilidad de su cumplimiento, pues la destrucción del valor del contrato para las partes es un extremo respecto del cual la reserva de información por una parte no tiene valor productivo alguno».

Desde un punto de vista del Análisis Económico del Derecho, PAZ ARES (10) exponía la cuestión a través del desarrollo de dos ejemplos: «Imaginemos que usted y yo suscribimos un contrato de compraventa en virtud del cual yo adquiero una finca de su propiedad —una finca llena de matorrales, situada un poco a desmano— y usted, a cambio, recibe el precio libremente pactado. Supongamos también que durante las negociaciones yo he omitido decirle que previamente he llevado a cabo una investigación geológica que me ha permitido establecer la existencia de una valiosa bolsa de gas en el terreno de su propiedad o que —construyendo otra hipótesis— no le he informado que está proyectada la construcción de una autopista por las inmediaciones de la finca, cosa de la que tuve noticia por un amigo que trabaja en el Ministerio de Obras Públicas. Cuando usted llega a tener conocimiento de las circunstancias que le he silenciado, interpone una acción de nulidad de contrato por dolo al amparo del artículo 1270 del Código Civil, aduciendo que mi conducta reticente le indujo a error. ¿Cómo debe decidir nuestro juez prospectivo este nuevo caso difícil en el que se advierte una imperfección contractual creada por una información asimétrica? En principio, desde el punto de vista de la eficiencia puramente asignativa (o eficiencia estática), parece claro que el derecho a la anulación del contrato debe atribuírsele a usted, y ello porque a mí me resultaba menos costoso revelar la información que a usted obtenerla. De hecho, las exigencias de la buena fe precontractual obligan a las partes a descubrir los datos relevantes. Sin embargo, desde el punto de vista de la eficiencia productiva (o eficiencia dinámica), esta conclusión no está siempre al abrigo de dudas o reservas. La teoría económica nos indica que es necesario distinguir el aspecto tecnológico (o productivo) de la información y su aspecto distributivo. Nuestro juez prospectivo tendrá también que diferenciar estas dos dimensiones. Habrá de diferenciar, en definitiva, las informaciones productivas de las informaciones meramente distributivas. Las primeras son un tipo de información que puede ser

(9) CARRASCO PERERA, *Derecho de Contratos*. Parte I. Capítulo 8. *El Dolo*, Thomson-Reuters, Aranzadi, 2010, pág. 351.

(10) PAZ-ARES, «Principio de eficiencia y Derecho Privado», en *Estudios en homenaje a M. Broseta Pont*, T. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 2890-2891.

empleada para incrementar el producto social; las segundas son informaciones que crean una ventaja en la negociación, pero que no contribuyen a la creación de riqueza; solamente pueden ser utilizadas para distribuir riqueza existente a favor de la parte que la posee. En efecto, el hecho de que yo supiera que estaba en proyecto la construcción de una autopista que acabaría con el aislamiento de su finca es una circunstancia puramente redistributiva, que cumple un papel única y exclusivamente en el proceso de negociación. En estos casos, el principio de eficiencia conduce a atribuirle a usted el derecho a obtener información sobre la autopista de que yo disponía. Nuestro juez, en consecuencia, deberá asimilar mi conducta reticente al dolo positivo y anular el contrato al amparo del artículo 1270 del Código Civil. En otro caso, si el ordenamiento permitiese que los descubridores de informaciones redistributivas puedan emplearlas para transferir riqueza a su favor, las contrapartes que quisieran evitar la expoliación se sentirían incentivadas a adoptar precauciones excesivas y a invertir en la búsqueda de información, lo que se revela manifiestamente ineficiente. Es un dispendio que una parte trate de producir información que la otra ya posee. La conclusión es muy distinta en el caso de las informaciones productivas. Es cierto que desde el punto de vista estrictamente asignativo (...) no siempre está justificada la atribución sobre bienes informacionales, porque se trata de bienes públicos, cuyo consumo no engendra rivalidad. Desde esta perspectiva (...) tampoco estaría justificado que yo haya silenciado la probable existencia de una valiosa bolsa de gas en el subsuelo de su finca. Pero aquí es justamente el terreno donde las razones de la eficiencia productiva se imponen sobre las razones de eficiencia distributiva. La regla que se desprende es exactamente la contraria a la anteriormente establecida (...) el derecho no puede establecer un deber de comunicar informaciones productivas, porque de lo contrario se desincentivarían inversiones en la producción de esas informaciones socialmente valiosas».

Por lo tanto, PAZ-ARES distingue entre informaciones productivas que contribuyen a la riqueza social y que no son de obligada revelación a la contraparte, de aquellas informaciones meramente distributivas que solo generan riqueza a favor de la parte que la posee y que sí deberían ser objeto de suministro informativo a la contraparte.

En el Derecho inglés puede afirmarse que no existe un deber general de información precontractual (*caveat emptor*), no obstante en determinadas circunstancias esta regla general cesa, como son los casos en que existan obligaciones legales de información (por ejemplo, Financial Services and Market Act 2002); cuando los contratos sean de aquellos que se denominan *uberrimae fidei* (contratos para la toma de participación en sociedades, negocios familiares, contratos de compraventa de bienes inmuebles —en determinadas situaciones—, contratos de seguro, contratos de colaboración empresarial); cuando entre las partes existan especiales deberes fiduciarios o de confianza, o bien, cuando tal obligación venga impuesta por determinadas conductas de las partes (11).

(11) BEALE, en *Chitty on Contracts. Chap. 6 - Misrepresentations*, vol. I, *General Principles*, 6-014 [511] - [512], 2008. Thomson Reuters, afirma lo siguiente: «Non disclosure. The general rule is that mere non-disclosure does not constitute misrepresentation, for there is, in general, no duty on the parties, to a contract to disclose material facts to each other, however dishonest, such non disclosure may in particular circumstances. So, for example, in *Percival vs. Wright*, a company director who had inside information about certain facts likely to enhance the value of the company's shares was held to be under no duty to disclose this fact to a shareholder from whom he bought some shares. For the same reason it is

Para el Derecho estadounidense, KRAVWIEC y ZEILER (12) han realizado una importante contribución casuística sobre esta materia (*Duty to disclose*) sobre la base del análisis de 466 casos jurisprudenciales ocurridos a lo largo de más de doscientos años, desde 1789 a 2002.

El paradigmático *case* acaecido en el Derecho estadounidense es el célebre *Laidlaw vs. Organ* - 15 U.S. (2 Wheat) 178 (1817). Al final de la guerra entre Inglaterra y Estados Unidos que se inició en 1812 en el contexto de que determinados comerciantes americanos no respetaban el bloqueo impuesto por Inglaterra a la Francia napoleónica, el día 18 de febrero de 1815, Organ negociaba la compra de una partida de tabaco con Girault, agente de Laidlaw, sin que llegaran a un acuerdo sobre el precio. En esa tarde, tres caballeros habían visitado una de las naves británicas donde conocieron que se había firmado un Tratado de Paz que ponía fin a la citada guerra y al bloqueo del puerto de Nueva Orleans, lo cual no se hizo público hasta la mañana siguiente. Resultó que uno de esos caballeros era el hermano de un socio de Organ quien informó a Organ de dichas noticias durante la noche, ante lo cual Organ se apresuró a retomar las negociaciones con Girault, antes de que se hiciera público lo anterior, y sin ponerle de manifiesto las nuevas noticias sobre el fin de la guerra, llegaron a un inminente acuerdo sobre la compra de la partida de tabaco, antes de que se elevara considerablemente el precio del mismo como consecuencia del público anuncio del fin de la guerra y del citado bloqueo naval. El Juez Marshall falló acogiendo la posición de Organ en lo que ahora nos atañe, afirmando que el conocimiento por parte del comprador de circunstancias extrínsecas que puedan tener influencia en el precio de la mercancía no necesitan ser reveladas al vendedor, cuando era igual de accesible para ambas partes dicha información (13).

En el citado análisis llevado a cabo por KRAVWIEC y ZEILER, se nos ofrece un resultado empírico en función de la siguiente clasificación:

not possible to set up an estoppel on the basis of an omission to disclose unless a duty to disclose can be established in the particular circumstances of the case. Tacit acquiescence in another's self-deception does not itself amount to a misrepresentation, provided that it has not previously been caused by a positive misrepresentation. But there are exceptions to the general rule that there is no duty to disclose. First, there are many statutory exceptions. Second, there are exceptions at common law where the contract is within the class of contracts *uberrimae fidei*, where there is a fiduciary relationship between the parties, and where failure to disclose some fact distorts a positive representation. It is also possible for a person to be guilty of misrepresentation by conduct».

(12) KIMBERLY D. KRAWIEC and KATHRYN ZEILER, «Common-Law disclosure duties and the sin of omission: Testing the meta-theories», *Virginia Law Review*, Volume 91. December 2005, Number 8.

(13) El fallo del Juez Marshall fue el siguiente: «*The question in this case is, whether the intelligence of extrinsic circumstances, which might influence the price of the commodity, and which was exclusively within the knowledge of the vendee, ought to have been communicated by him to the vendor? The court is of opinion that he was not bound to communicate it. It would be difficult to circumscribe the contrary doctrine within proper limits, where the means of intelligence are equally accessible to both parties. But at the same time, each party must take care not to say or do anything tending to impose upon the other. The court thinks that the absolute instruction of the judge was erroneous, and that the question, whether any imposition was practised by the vendee upon the vendor ought to have been submitted to the jury. For these reasons the judgment must be reversed, and the cause remanded to the district court of Louisiana, with directions to award a venire facias de novo.*».

A) LA CLASE DE INFORMACIÓN

1. *Información sobre circunstancias intrínsecas y extrínsecas*

Existe un mayor grado de responsabilidad y deber de información cuando la misma se refiere a circunstancias intrínsecas que son aquellas que se refieren directamente al objeto de la transacción, tales como la naturaleza, carácter, condición, título o utilidad, en vez de a circunstancias extrínsecas que se refieren a las condiciones de mercado propias del objeto del contrato y que solo accidentalmente están conectadas con la misma aunque puedan disminuir o incrementar el precio o incluso ser causa de la contratación o declinación de la misma, tales como, hechos relativos a la paz o a la guerra, el incremento o caída de los mercados.

No obstante, en función de la evolución doctrinal al respecto, que entiende que el criterio distintivo relativo a circunstancias intrínsecas y extrínsecas no explica más que parcialmente el problema se observa una tendencia en la práctica jurisprudencial americana al reemplazo del presente criterio, por la observancia de otras circunstancias más determinantes acerca del grado de franqueza exigible a la contraparte contractual correspondiente.

2. *Intenciones personales y opiniones de las partes*

KRAVWIEC y ZEILER se remiten en este apartado al ejemplo que pusiera el profesor GUILIAN VERPLANCK (14), que es el siguiente: un administrador de una importante aseguradora cree, en función de su propio conocimiento del sector asegurador y su compañía, que las primas son inadecuadas para compensar los riesgos que asumen las aseguradoras. Si vende la cartera asegurada a un comprador con menor conocimiento de la industria aseguradora que él, el administrador, no está obligado a revelar su opinión concerniente a que la cartera está sobrevalorada. Sin embargo, si la información no revelada versa sobre las pérdidas de la aseguradora que han reducido a la mitad su capital social (como hecho verificable) sí existe obligación de revelar esta información contable.

KRAVWIEC y ZEILER entienden que la anterior hipótesis de VERPLANCK puede ser explicada sobre los hechos de la distinción jurisprudencial, relativa a las circunstancias extrínsecas e intrínsecas de la cosa, o bien, por el hecho de que las partes carecen de igual acceso a la información relativa a las pérdidas sociales, ya que la información concerniente al sector asegurador antes apuntada es teóricamente accesible para cualquier persona.

3. *Información no revelada relativa a defectos latentes*

En contraposición con los defectos patentes, se considera que existe una obligación de revelar los defectos latentes ya que generalmente son inaccesibles para una de las partes, es decir, para el comprador, de ahí que el criterio de accesibilidad a la información y el coste de acceso a la misma, sean considerados a la hora de establecer el anterior deber de información.

(14) Vid. GUILIAN C. VERPLANCK, *An Essay on the Doctrine of Contracts: Being an Inquiry How Contracts Are Affected in Law and Morals by Concealment, Error, or Inadequate Price* (Arno Press 1972), apud. Kravwicz & Zeiler ... pág. 1803.

4. *Información concerniente a defectos o vicios que pueden causar daños personales o materiales*

Existe un deber de informar aquello que pueda causar daños personales o materiales, en la práctica jurisprudencial norteamericana, esto se ha podido comprobar, por ejemplo, en la obligación de las empresas de tabaco de informar sobre los riesgos que el tabaco tiene contra la salud (*Cipollone v. Liggett Group, Inc.*, 505 US 504, 524 - 1992), o bien, la obligación que tienen los vendedores de inmuebles de revelar la presencia de amianto o plomo (*Kezer v. Mark Stimson Assocs.*, 742 A.2d 898, 903 Me. 1999).

5. *Información previamente revelada que debería haber sido actualizada o corregida*

La práctica también demuestra (*Oran v. Stafford*, 226 F. 3d 275, 286 - 2000) que existe deber de informar no solo cuando el declarante descubre con posterioridad que la información previamente suministrada ha sido incorrecta (*duty to correct*), sino también cuando la información fue razonablemente suministrada en su momento aunque puede llegar a ser errónea como consecuencia de sucesos posteriores (*duty to update*).

B) LA CLASE DE NEGOCIO

1. *Transacción realizada entre partes con relaciones confidenciales o fiduciarias*

Si bien (en la opinión que recogemos) existen claros casos donde los componentes fiduciarios o confidenciales son muy claros, así por ejemplo, en las relaciones entre principal y agente, administrador y accionista, la constatación práctica del carácter fiduciario de la relación en la generalidad de las situaciones no resulta lo suficientemente clara, de ahí que los tribunales hayan obviado la abstracción y generalización del supuesto para analizar el caso a caso, aunque resulta cada vez más probable la tendencia a exigir la revelación de información en estos casos.

2. *Contratos de seguros*

Se hace notar la obligación de información en el contrato de seguro que vienen exigiendo los tribunales en relación con todos los hechos que puedan afectar a la contratación, pese a que cierto sector doctrinal entienda aplicable esta laxitud al aseguramiento marítimo donde los contratos son suscritos en la mayoría de las ocasiones cuando el barco está en alta mar y no existe la posibilidad de realizar inspección alguna.

3. *Desigualdad informativa entre las partes contractuales*

KRAVWIEC y ZEILER recogen la teoría de igualdad de acceso de SCHEPPELE (15) y su repercusión en los tribunales, cuando afirma que las partes tienen igualdad

(15) Kim LANE SCHEPPELE, *Legal Secrets: Equality and Efficiency in Common Law* (1988) at 120, apud Kravwicz & Zeiler ... págs. 1813-1815.

de probabilidades para encontrar la información si ellas ponen el mismo nivel de esfuerzo en la búsqueda, o bien, si ellas son capaces de hacer un nivel de esfuerzo equivalente en dicha búsqueda.

Así en relación en *Laidlaw vs. Organ*, SCHEPPELE considera que el descubrimiento por ORGAN de la información fue puramente fortuita y que Laidlaw estaba en las mismas condiciones que ORGAN de haber tenido un socio que contare con un hermano a bordo de la nave inglesa quien le pudiera haber informado durante la noche del fin de la guerra, lo cual ha sido contradicho.

4. Contratos de venta de bienes inmuebles

A pesar de la existencia de normativa específica que recoge esta obligación de información por parte del vendedor (por ejemplo, residenciales), existe una práctica consolidada en la jurisprudencia norteamericana tendente a exigir especiales deberes de información al vendedor cuando se trata de ventas de bienes inmuebles.

C) LA FORMA EN LA QUE LA INFORMACIÓN FUE ADQUIRIDA

1. Información adquirida casualmente vs. información adquirida deliberadamente

KRAVWIEC y ZEILER exponen al respecto la conocida teoría de Anthony KRONMAN (16) sobre si la información fue deliberadamente adquirida, es decir, aquella información en la que para su obtención se ha incurrido en unos costes específicos para dicho cometido, o si la información fue casualmente adquirida, o sea, aquella información cuyos costes de adquisición se hubiesen satisfecho incluso si la información no hubiera estado disponible. Citando como ejemplo el siguiente: si un hombre de negocios que adquiere información de forma casual mientras utiliza un autobús, dicha información será casualmente adquirida, excepto si montó en autobús específicamente para adquirir dicha información, en cuyo caso, la información será deliberadamente adquirida.

A pesar de las críticas que la teoría económica de KRONMAN ha levantado en otros autores estadounidenses debido a la dificultad práctica para su adopción, KRAVWIEC y ZEILER concluyen que en determinadas resoluciones jurisprudenciales sí que han observado la conexión entre en el deber de informar impuesto por los tribunales y el hecho de que la información fuera casualmente adquirida.

2. Información adquirida ilegal o torticeramente

Es una tónica generalizada que los tribunales imponen deberes de información a aquella parte que ha adquirido la misma de forma ilegal o torticera. KRAVWIEC y ZEILER exponen el siguiente ejemplo. Si A se ha internado en la finca de B sin autorización de este y realiza unas prospecciones cuyo resultado es que en la citada finca existe petróleo y si luego A adquiere la finca de B, sin haber revelado dicha información, B tiene derecho a rescindir el contrato.

(16) Anthony T. KRONMAN, *Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts*. 7 J. Legal Stud. 1,6 (1978), apud Kravwicz & Zeiler ... págs. 1818-1821.

D) LAS CARACTERÍSTICAS DE LA PARTE DESINFORMADA

1. *La parte desinformada es el comprador o el arrendatario*

KRAVWIEC y ZEILER observan cómo con frecuencia los tribunales son proclives a exigir un deber de información a la parte contractual correspondiente, cuando la parte desinformada es el comprador o arrendatario. En este sentido, recuerdan la explicación que KEETON (17) realizara al respecto: el comprador no está ordinariamente obligado a revelar información relevante que afecte al valor de la propiedad que es objeto de venta, mientras que el vendedor tiene la obligación de comunicar aquellos defectos de la cosa vendida que supongan una depreciación del valor del objeto de la compraventa.

E) COMPORTAMIENTO DE LA PARTE INFORMADA

1. *La parte informada ha emitido declaraciones tergiversadas o medias verdades*

De la práctica de los tribunales se puede concluir que estos generalmente tienen una mayor tendencia a imponer deberes de información a aquella parte que emite declaraciones erróneas o tergiversadas o incluso medias verdades que aquellos supuestos en que la parte informada sencillamente ha silenciado.

2. *La parte informada realiza actuaciones para impedir el descubrimiento de la información*

Con frecuencia se concluye por los tribunales que existe una mayor facilidad para exigir un deber de información a aquella parte informada que ha impedido mediante acciones u omisiones el acceso a la información por la parte desinformada, que en aquellas situaciones en que la parte informada simplemente ha permanecido en silencio.

Por otro lado, ni en el ámbito del proceso armonizador del Derecho europeo de contratos (18) ni en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos (19) se han tratado específicamente, de forma

(17) W. PAGE KEETON, *Fraud - Concealment and Non-Disclosure*, 15 *Tex. L. Rev.* 1,21 (1936), apud Kravwicz & Zeiler ... págs. 1822-1823.

(18) BASOZÁBAL (vid., *op. cit.*), pág. 682, critica las propuestas armonizadoras de la siguiente forma: «Los PECL llegan a enumerar algunos de los factores que deberían informar el nacimiento de las obligaciones de información, pero no responden a la cuestión sobre cómo interactúan tales componentes, y con su falta de tratamiento unitario, distinguiendo las violaciones de obligaciones de informar provenientes del dolo, oscurecen la comprensión y el adecuado tratamiento del problema. El DFCR ha optado por distinguir situaciones y establecer para cada una su correspondiente regla de determinación de la información debida. Se encarga de cuál resulta la información exigible, siendo la pregunta principal, y previa a esta, cuándo resulta exigible la información. En cuanto a las soluciones, distingue según se haya llegado o no a contratar: Sin contrato, la solución es la correspondiente a la *culpa in contrahendo*; si se ha llegado a contratar, se ofrecen los remedios por incumplimiento contractual, aunque se trate de obligaciones anteriores a la perfección del contrato (como hace el propio Código Civil en los supuestos de dolo), y también los previstos para la invalidez por error. Se opta por la compatibilidad. Con todo, comprobamos que sus “reglas” y “soluciones” no resuelven los casos que se vienen proponiendo a lo largo de estas páginas, por lo que habrá que seguir buscando».

(19) Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Año LXIII, enero de 2009.

autónoma y suficiente las obligaciones precontractuales de información, aunque sí se desprenden de la regulación realizada acerca del error y del dolo.

Así, el artículo 4:103 (20) de los Principios del Derecho Europeo de Contratos (21) establece en cuanto al error esencial de hecho o de derecho, lo siguiente:

- [1] Una parte podrá anular un contrato por existir un error de hecho o de derecho en el momento de su conclusión si:
 - a)
 - i) el error se debe a una información de la otra parte,
 - ii) la otra parte sabía o hubiera debido saber que existía tal error y dejar a la víctima en dicho error fuera contrario a la buena fe, o
 - iii) la otra parte hubiera cometido el mismo error; y
 - b) la otra parte sabía o hubiera debido saber que la víctima, en caso de conocer la verdad, no habría celebrado el contrato o solo lo habría hecho en términos esencialmente diferentes.
- [2] No obstante, la parte no podrá anular el contrato cuando:
 - a) atendidas las circunstancias su error fuera inexcusable, o
 - b) dicha parte hubiera asumido el riesgo de error o debiera soportarlo conforme a las circunstancias.

(20) El artículo II 7:201 del *Draft Common Frame of Reference*, establece que:

- [1] A party may avoid a contract for mistake of fact or law existing when the contract was concluded if:
 - a) the party, but for the mistake, would not have concluded the contract or would have done so only on fundamentally different terms and the other party knew or could reasonably be expected to have known this; and
 - b) the other party:
 - ii) caused the mistake;
 - iii) caused the contract to be concluded in mistake by leaving the mistaken party in error, contrary to good faith and fair dealing, when the other party knew or could reasonably be expected to have known of the mistake;
 - iv) caused the contract to be concluded in mistake by failing to comply with a pre-contractual information duty or a duty to make available a means of correcting input errors; or
 - v) made the same mistake.
- [2] However a party not avoid the contract for mistake if:
 - a) the mistake was inexcusable in the circumstances; or
 - b) the risk of the mistake was assumed, or in the circumstances should be borne, by that party.

(21) *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DFCR)*. Outline Edition. Sellier. European law publishers, München, 2009.

No obstante, el DFCR sí que ha regulado con carácter general ciertas obligaciones de información precontractual en el artículo II.-3:201 cuando se establece que la contraparte ha de suministrar a la otra la información que razonablemente puede esperar, teniendo en cuenta los estándares de calidad y cumplimiento que serían normales en cada circunstancia, aunque el planteamiento del mismo ha sido criticado al afirmarse, por VALPUESTA GASTAMINZA que: «Una visión panorámica de las obligaciones de información precontractual impuestas en esta Sección produce una cierta sensación de caos y falta de claridad. Al haber reunido una serie de aspectos relativos a la información exigida que se hallan en diversas Directivas, cada una con sus límites y ámbitos de aplicación concretos, el resultado es de varios regímenes superpuestos parcialmente coincidentes pero no coordinados». Eduardo VALPUESTA GASTAMINZA, *Unificación del Derecho Patrimonial Europea. Marco Común de Referencia y Derecho Español*. Capítulo 4. Libro II. *Contratos y otros actos jurídicos*, pág. 110. Editorial Bosch, 2011.

Análogo tratamiento recibe el error en el artículo 1298 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos al referirse al error del siguiente modo:

1. El contratante que en el momento de celebrar el contrato padezca un error esencial de hecho o de derecho, podrá anularlo si concurre alguna de las circunstancias siguientes:
 - 1.º Que el error hubiera sido provocado por la información suministrada por la otra parte contratante.
 - 2.º Que esta última hubiera conocido o debido conocer el error y fuere contrario a la buena fe mantener en él a la parte que lo padeció.
 - 3.º Que la otra parte hubiera incidido en el mismo error.
2. Hay error esencial cuando sea de tal magnitud que una persona razonable y en la misma situación no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente diferentes en caso de haber conocido la realidad de las cosas.
3. Los contratos no serán anulables por error cuando este sea inexcusable y cuando la parte que lo padeció, de acuerdo con el contrato, debía soportar el riesgo de dicho error.
4. Tampoco podrá anularse el contrato cuando la otra parte contratante, tras ser informada del error, comunique sin dilación su voluntad de ejecutarlo en los términos pretendidos por la parte que lo ha sufrido.
5. La inexactitud en la expresión o transmisión de una declaración de voluntad será tratada conforme a las reglas de interpretación de los contratos y en los casos en que no puedan ser resueltos por ellas se aplicará lo dispuesto en este artículo.

Por su parte, el dolo es tratado en el artículo 4:107 (22) de los Principios del Derecho Europeo de Contratos (23), como uno de los supuestos de anulación del contrato, del siguiente modo:

-
- (22) El artículo II 7:205 del *Draft Common Frame of Reference*, dispone que:
- «[1] A party may avoid a contract when the other party has induced the conclusion of the contract by fraudulent misrepresentation, whether by words or conduct, of fraudulent non-disclosure of any information which good faith and fair dealing, or any pre-contractual information duty, required the party to disclose.
 - [2] A misrepresentation is fraudulent if it is made with knowledge or belief that the representation is false and is intended to induce the recipient to make a mistake. A non-disclosure is fraudulent if it is intended to induce the person from whom the information is withheld to make a mistake.
 - [3] In determining whether good faith and fair dealing required a party to disclose particular information, regard should be had to all the circumstances, including:
 - a) whether the party had special expertise;
 - b) the cost to the party of acquiring the relevant information.
 - c) Whether the other party could reasonably acquire the information by other means; and
 - d) the apparent importance of the information to the other party».

(23) *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.

1. Una parte puede anular el contrato cuando su consentimiento se ha obtenido por medio de una actuación dolosa de la otra parte, de palabra o de acto, o porque la otra parte ocultó maliciosamente alguna información que debería haber comunicado si hubiera actuado de buena fe.
2. La actuación de la parte o su silencio son dolosos si su objeto era engañar.
3. Para determinar si, de acuerdo con la buena fe, una parte tenía la obligación de comunicar una información concreta, deberán considerarse todas las circunstancias, y en especial:
 - a) si la parte tenía conocimientos técnicos en la materia;
 - b) el coste de obtener dicha información;
 - c) si la otra parte podía razonablemente obtener la información por sí misma, y
 - d) la importancia que aparentemente tenía dicha información para la otra parte.

En la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, el dolo está recogido en el artículo 1300.1 cuando se prescribe que:

1. Hay dolo cuando uno de los contratantes induce al otro a prestar su consentimiento con palabras o maquinaciones insidiosas o mediante la ocultación maliciosa de alguna información que teniendo en cuenta las circunstancias y conforme a la buena fe, debería haberle comunicado.
2. Para que haga anulable el contrato, el dolo deberá haber sido grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes.
3. El dolo incidental solo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios.

En el ámbito concreto de las adquisiciones de empresas, AGUAYO (24) propone la siguiente recapitulación a su análisis del deber precontractual de información:

(24) Juan AGUAYO, *Las manifestaciones y garantías en el Derecho de Contratos español*, Thomson-Civitas, 2011, págs. 142 y 143.

Continúa este autor (*op. cit.*, págs. 143 y 144) poniendo el siguiente ejemplo: «El accionista de control de una sociedad anónima se plantea vender sus acciones. Sus asesores le recomiendan que organice un proceso competitivo entre varios posibles compradores. Para facilitar el proceso, pide a un despacho de abogados que elabore un completo *vendor's due diligence*. En el informe final se ofrece una completa evaluación de la empresa societaria y en particular se pone de manifiesto una serie de recomendaciones, de problemas y de contingencias de los que no se era consciente. Se entregan copias del informe de *vendor's due diligence*, a los potenciales compradores seleccionados para presentar una oferta vinculante. A los potenciales compradores se les permite, si bien durante un periodo de tiempo limitado, el acceso a un *data room* donde se ponen a disposición las informaciones sobre las que se ha basado el *vendor's due diligence*, y se mantiene una reunión con el equipo gestor de la sociedad en la que pueden formularse preguntas sobre temas relevantes. Con carácter general, la información contenida en el *data room* (principalmente copias de documentos, contratos, declaraciones fiscales, etc.) y la suministrada en la reunión con los directivos es información no costosa. Se trata de información de la que se dispone como resultado de una relación cotidiana con la sociedad y la actividad que esta desarrolla. En consecuencia, son datos de los que habría que informar. El informe de *vendor's due diligence*, es información costosa por cuanto ha supuesto el pago de honorarios a los abogados que lo han elaborado. Es también devaluadora del bien, puesto que pone de manifiesto algunas informaciones negativas acerca de la empresa societaria. Por último, el coste es asimétrico. Así resulta

«El recurso a los criterios económicos es muy útil para, por un lado, ayudar a fundamentar el deber de información, que ya se basa en el principio de la buena fe y de otro lado, para precisar sus límites.

En consecuencia habrá situaciones en las que la reticencia informativa será lícita cuando se dispusiera de la información como consecuencia de un proceso costoso, pero de costes simétricos para las partes, o con costes que siendo asimétricos no puedan ser repercutidos en el precio del bien en cuestión.

Contrariamente, habrá que informar cuando la información no sea costosa o, cuando siéndolo, sea de las que devalúan la cosa, siempre que el coste sea asimétrico y repercutible en el precio (prima de confianza)».

Como podemos observar de las anteriores consideraciones realizadas por AGUAYO y del ejemplo que cita (vid., nuestra nota 24), este autor realiza una exposición del problema desde criterios casi exclusivamente económicos y desde el análisis de un paradigmático y «ordenado» proceso de adquisición desde la fase precontractual a la contractual, en lo que se refiere al deber de suministro de información relevante por las partes, especialmente, como no podía ser de otra forma, del vendedor.

En nuestra opinión, en el ámbito de las circunstancias propias de los contratos de adquisición de empresas resulta imprescindible obtener con el mayor grado posible un adecuado y correcto conocimiento por parte del comprador, entre otros extremos, de los estados financieros de la sociedad en cuestión, cumplimiento de las obligaciones por parte de la sociedad *target*, así como en general de los activos y pasivos de la misma, lo que cristalizará en su momento contractual correspondiente en las *Representations & Warranties* (25) que se solicitan al vendedor, con el objeto de que el comprador cuente con la información correcta para poder confirmar su interés en la contratación y determinar no solo el precio del objeto de la compraventa, sino también las garantías que se solicitan al comprador para su responsabilidad por los pasivos ocultos o contingencias latentes de la compañía adquirida que tuvieran causa en un hecho anterior a la compraventa aunque se manifestaran con posterioridad a la misma, lo que supone que entendamos que sí existe un deber de información precontractual por parte del vendedor al comprador derivado de los extremos propios que conforman el contenido de la

de la complejidad del bien objeto de negocio (la empresa societaria), de la proximidad del vendedor respecto del mismo y de los condicionantes del proceso de subasta que el vendedor ha organizado entre varios potenciales compradores, precisamente por razones de orden, de coste y de tiempo. Obsérvese además que la asimetría puede contemplarse comparando de un lado al vendedor y del otro a los potenciales compradores en su conjunto. El coste es repercutible y el vendedor pedirá un precio que incluya los gastos derivados del informe. El vendedor ha organizado la fase preliminar con varios potenciales compradores de manera que les hará entrega del informe de *vendor's due diligence*, que es lo que tiene sentido desde el punto de vista del análogo económico del Derecho».

(25) En relación con el incumplimiento de las mismas, así como respecto de las frustraciones para el comprador en contratos de adquisición de empresas, nos permitimos remitirnos a anteriores trabajos nuestros sobre este particular. FRANCISCO REDONDO TRIGO, «La causa en los contratos de compraventa de acciones. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de diciembre de 2009», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, núm. 720, págs. 1903-1933; FRANCISCO REDONDO TRIGO, «El incumplimiento de las declaraciones y garantías en las adquisiciones de empresas en la sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de noviembre de 2008», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, núm. 713, págs. 1560-1589.

misma, aunque es cierto, deber de información precontractual que ha de modularse en función de las circunstancias específicas del supuesto.

Además y con carácter previo, en estos procesos de adquisición de empresas es común la firma de una carta de intenciones (*letter of intent* o *memorandum of understanding*) que normaliza la fase de negociaciones de las partes y cuya principal misión suele consistir en poder ir analizando la sociedad a los fines indicados mediante el correspondiente proceso de *Due Diligence*, aparte de originar —en nuestra opinión— verdaderos compromisos contractuales (por ejemplo, calidad, frecuencia y cantidad de la información social a suministrar en esta fase de negociaciones, obligaciones de exclusividad en las negociaciones cuyo incumplimiento pudiera sustentar una ruptura injustificada de las negociaciones...) en sí mismos, aunque no en relación con el contrato de compraventa a estipular, dando lugar a lo que se ha denominado «contractualización de la fase de negociaciones» (26), lo que supone que ya desde esta fase de generación del contrato de compraventa que se proyectará, las partes contractuales han configurado el suministro de información de la sociedad *target* como algo sustancialmente primordial para la posterior perfección de la compraventa.

Pero incluso con carácter posterior a la perfección del contrato de compraventa, las partes pueden prevenir en el mismo un análisis de la información social suministrada, o incluso, una nueva información a suministrar por el vendedor si esta no era considerada definitiva o bien se prevén cambios en la misma, que van a suponer incluso mecanismos de ajustes al precio convenido en el convenio de perfección negocial.

Es decir, en la práctica y desde la fase de generación, pasando por la de perfección e incluso en la de consumación —si hubiera habido condicionantes suspensivos a la operación— el suministro de información por parte de la vendedora a la compradora se configura como uno de los elementos propios de la prestación debida, por lo que la distribución de riesgos contractuales a este respecto suele

(26) DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, págs. 325 y 326, trata así el particular: «En la práctica moderna no ha sido infrecuente redactar documentalmente los pactos por los que deba regirse la fase de negociaciones. Ocurre ello sobre todo en la negociación de contratos de gran envergadura económica. Los contratos rectores de la fase negociadora comienzan bosquejando o delineando el contrato que las partes pretenden negociar y sus líneas centrales. Como las partes tienen la intención de celebrar el contrato, a esos pactos o acuerdos se les ha llamado en alguna ocasión “acuerdos de intenciones”, que son contratos destinados a normar la fase negociadora y a establecer los recíprocos derechos y deberes de las partes dentro de ella. Las partes no tienen obligación de celebrar el contrato y pueden, en cualquier momento, finalizar la negociación del modo que estimen más acorde con sus intereses. Sin embargo, es habitual que se obliguen a negociar de buena fe y a facilitar la información necesaria para que la otra parte contratante pueda adquirir el conocimiento preciso del objeto del contrato y de sus circunstancias. Es usual, asimismo, establecer un pacto de confidencialidad u obligación de no revelar la existencia de la negociación y un pacto de no negociar con terceras personas. Es habitual que exista algún depósito de cantidad o suma de dinero y que se establezca el alternativo destino que a tal cantidad haya de darse, según el contrato que se negocia llegue o no a celebrarse, por la vía de una cláusula penal.

En los casos en que existan tales “acuerdos de intenciones” o contratos rectores de negociación, el fundamento de la responsabilidad precontractual tiene claramente un carácter contractual, aunque el contrato rector, como todos los contratos *ex artículo 1258* del Código Civil, haya también de integrarse con los deberes y obligaciones dimanantes de la buena fe».

Sobre el mismo asunto, vuelve DÍEZ-PICAZO en su trabajo: «La existencia del contrato», en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 39, año 2009, págs. 179-194.

encontrarse perfectamente definida *ab initio*, originándose pues (en la mayoría de las ocasiones) un auténtico (*duty to disclose*) o deber de información de carácter negocial o contractual por parte del vendedor al comprador, cuya configuración sustenta o supone un genuino deber de información precontractual por parte del comprador en base a las reglas de la buena (*ex art. 7 del CC*) y por qué no también en relación con la aplicación de las reglas de integración contractual (*ex art. 1258 del CC*), en cuanto a la existencia de tal deber desde la propia fase de contractualización de las negociaciones.

Si doctrinalmente, como hemos expuesto, se admite en Derecho español la existencia de un deber de autoinformarse, en este específico sector de la contratación que ahora nos ocupa también se propugna la existencia de ese deber de autoinformarse como límite al deber de información precontractual. De esta forma, AGUAYO (27) recapitula su análisis al respecto afirmando que: «En conclusión, el deber de información en Derecho español está limitado por las cargas y obligaciones de informarse, y todo ello constituye una referencia objetiva para quien va a contratar. Es en esta tensión entre deber de información y autoinformación donde hay que entender la función informativa de las manifestaciones y garantías. El contenido y los límites al deber de información, y en particular la autoinformación, explican por qué acudir a recursos que, como las manifestaciones y garantías y el proceso de *due diligence*, facilitan la obtención ordenada de la información. Partiendo de esas informaciones se atribuirán responsabilidades entre las partes, cumpliéndose entonces con la función principal de las manifestaciones y garantías. (...) El simple hecho de pedir manifestaciones y garantías puede considerarse una de las formas diligentes de obtener información, al provocar o buscar la reacción de quien se espera haga tales manifestaciones en el contrato. Esta forma diligente de actuar se combina y se complementa a menudo con la realización de un proceso de *due diligence*».

En sede de principio, compartimos con carácter general las anteriores afirmaciones, sobre la necesaria contraposición de los intereses contractuales en juego, es decir, sobre la ponderación que ha de realizarse a la hora de exigir un deber precontractual de información al vendedor, junto con el límite existente al mismo que viene impuesto por el también deber de autoinformarse por parte del comprador, que entendemos que jurídicamente ha de tener también su ubicación en las reglas de la buena fe (art. 7 del CC). También, como no, admitimos que ha de realizarse una correcta valoración de las características del negocio jurídico en particular, así como de las que son propias de las partes contractuales y de la naturaleza de la propia información de la que se pretenda el *duty to disclose*, pero en nuestra opinión, tales afirmaciones genéricas nos pueden hacer subsumir el problema en un verdadero galimatías jurídico de difícil solución, en un campo sobre el cual se ha admitido (como hemos visto) la dificultad que existe para ofrecer soluciones generalizadas al respecto, lo que pudiera suponer el entendimiento del problema desde un (probablemente) acertado análisis teórico y práctico en determinadas ocasiones donde el arquetipo contractual configurado por las partes así lo permite, aunque en otros supuestos la labor del jurista conforme a los postulados dogmáticos antes reflejados (con el fin que entendemos que no puede ser otro, que proporcionar una consecuencia práctica al problema) en torno al deber de información contractual existente en Derecho español, pudiera suponer que dicho ejercicio pudiera ser tildado de excesivamente teórico,

(27) AGUAYO, vid., *op. cit.*, págs. 158 y 159.

por lo que corriera el riesgo —en palabras de SAVIGNY— de convertirse en un «vano ejercicio del espíritu».

Para ilustrar al lector de los riesgos que puede conllevar el análisis de un determinado supuesto de hecho desde un aspecto exclusivamente dogmático, creemos que nos puede valer el ejemplo que al respecto proponía IHERING, cuando evidentemente criticaba el distanciamiento existente entre teoría y práctica a la hora de analizar un problema jurídico.

IHERING (28) se preguntaba lo siguiente al respecto: «¿Qué cosa más simple puede haber que un préstamo ordinario o mutuo con el correspondiente documento acreditativo de la deuda? Pero el primer caso de estos que se me presentó fue para mí una experiencia vergonzosa y humillante.

Se trataba de un préstamo hecho por SCHULZE a ZWICKAUER (...). Pues bien, SCHULZE había prestado a ZWICKAUER la suma de cien táleros, en presencia de dos testigos, haciéndose extender un recibo del siguiente tenor:

«El abajo firmante reconoce, por el presente, deber al señor SCHULZE la suma de 100 táleros, al 5 por 100 de interés, pagaderos con un mes de preaviso. Schilda, 31 de septiembre de 1817. ZWICKAUER». Seguía el siguiente aditamento: «Garantizan lo que antecede A. SCHMIDT y K. MEIER».

SCHULZE había entablado una demanda sosteniendo que había dado a ZWICKAUER esos 100 táleros en préstamo contra la entrega de dicho documento, que acompañaba, y que había solicitado el reintegro hacía un mes, sin que ZWICKAUER le devolviera el dinero. Este no compareció a prestar declaración, lo que, según la práctica de nuestro país, importaba una presunción de *litiscontestatio* negativa. El juez a cargo de mi juzgado me preguntó cómo resolvería yo esa cuestión y como no supe darle de inmediato una respuesta terminante, le pedí que me diera tiempo para pensarlo. En mi casa sometí la relación al más minucioso análisis, echando mano de PUCHTA, de VANGEROW y hasta del *Corpus Iuris*, y llegué a la siguiente conclusión. La acción promovida por el demandante era la *condictio ex mutuo*; pero en el derecho romano el concepto de mutuo o préstamo implica la transmisión de la propiedad (nótese que nuestro art. 1753 del CC español prescribe que: «El que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere su propiedad, y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad», es decir, que el prestatario también se hace con la propiedad del dinero) seguida de un eventual consumo de las piezas de dinero prestadas (PUCHTA, *Pandekten*, 304, L. 2, 1, 4 de reb. cred. 12, 1). Ahora bien, como el demandante no había invocado en su escrito ni que él fuera propietario de ese dinero, presupuesto necesario para transmitir su propiedad, ni tampoco que el demandado la hubiera consumido, la demanda era inconcluyente y, por tanto, correspondía rechazarla «con las naturales consecuencias». La risa del viejo magistrado vino a interrumpir mi exposición. Puede ser que él ni conociera esa disposición del derecho romano; lo cierto es que casi se exasperó cuando yo, muy seguro de mi teoría, invoqué al derecho romano y a PUCHTA. Cortó toda ulterior discusión declarando categóricamente que, aunque todos los códigos del mundo contuvieran una norma tan absurda, él nunca la aplicaría, por que la misma haría imposible cualquier operación de préstamo. Ni siquiera llegamos a hablar de mi eventual

(28) R. VON IHERING, *Bromas y veras en la ciencia jurídica. Ridendo dicere rerum*. Editorial Civitas, 1987, págs. 69 y 70.

propuesta de que el actor debiera probar alternativamente o la propiedad o el consumo de la cosa».

Así, en el supuesto de hecho analizado por esta sentencia del Tribunal Supremo no nos consta la configuración contractual o precontractual del deber de informar, lo que supone que la anterior conclusión haya de analizarse desde las consideraciones realizadas para los deberes precontractuales atípicos. Puede ocurrir en la práctica que nos encontremos con procesos de adquisición que se alejan del arquetipo contractual que hemos expuesto, es decir, donde no ha habido una configuración tan detallada por las partes acerca de la información a suministrar, bien por no haber existido esa llamada «contractualización de las negociaciones», bien por no haberse llevado el *due diligence*, o bien, por la carencia de manifestaciones y garantías en el contrato, cuya finalidad, por otro lado es principalmente la de «hacer hablar» al vendedor a los efectos no solo de limitar su responsabilidad derivada de la falta de adecuación del objeto ideal de la compraventa, es decir, los componentes patrimoniales de la misma en su sentido más amplio (en contraposición, con el objeto real de la misma, que estaría formado por las acciones o participaciones sociales en cuestión), sino la de permitir no solo la correcta formación de la voluntad del comprador, e incluso la de configurar el régimen de satisfacción o propósito comercial que este tiene al perfeccionar la compraventa en cuestión, cuya contravención entendemos presupuesto de incumplimiento de la prestación debida.

En estos casos atípicos en cuanto a su regulación y en cuanto a su existencia (aunque no infrecuentes) es donde consideramos que un análisis desde los postulados jurídicos y económicos expuestos puede dificultar el entendimiento del problema y llevarnos a soluciones inadecuadas. A nadie escapa que en el supuesto analizado por la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de junio de 2010, a la postre —como no podía ser de otra forma— resultó de vital importancia para el desarrollo de las relaciones contractuales el desconocimiento por parte del vendedor de la insolvencia del franquiciante de la empresa franquiciada cuyas participaciones sociales se adquirieron, así como del ocultamiento de la verdadera situación contable-financiera de la empresa cuyas participaciones sociales conformaron el objeto real de la compraventa.

Ante esta situación particular, ¿debe venir la solución que ofrezcamos al caso, tras un depurado análisis y aplicación, uno por uno, de los requisitos postulados doctrinalmente para la existencia del deber de información precontractual?; ¿escrupulosamente, han de verificarse la concurrencia de presupuestos económicos tales, como asimetría de información o costes de adquisición de la información?; ¿ha de llevarse a cabo un proceso intelectual consistente en observar hasta dónde podía haber llegado la obligación de autoinformarse por parte del comprador, en una situación donde se le había inducido a contratar en función de una información contable distorsionada?, ¿cómo podía, de otro modo, haberse autoinformado el comprador de las irregularidades contables existentes y de la situación de insolvencia de la franquiciadora? El hecho de no haberse podido constatar lo anterior ¿supondría una inexistencia de informar, por parte del vendedor, acerca de dichas irregularidades contables y financieras, pese a no haberse realizado una revisión contable y financiera de la sociedad por parte del adquirente, o bien, porque no se hubiere recogido una previsión contractual específica de responsabilidad del vendedor ante dicha situación o sobre la solvencia de la franquiciadora? En nuestra opinión, la respuesta a dichos interrogantes no puede ser otra que la negativa. Es decir, la propia esencia del propósito comercial para el comprador residiría en una adquisición regular y un cumplimiento del

objeto real e ideal de la compraventa a los fines por él pretendidos, a saber, el normal desarrollo de la actividad social mediante la empresa adquirida.

De esta forma y para los contratos de adquisición de empresas, bien mediante compraventa de participaciones o acciones sociales (como ocurren en el caso analizado), bien mediante la compra de activos y pasivos, o incluso a través de operaciones de reestructuración societaria (por ejemplo, ampliaciones de capital) como desarrollo de un acuerdo de inversión, entendemos que también existe un deber genérico de informar por parte del vendedor al comprador; ponderable no obstante según las circunstancias, en virtud de:

- i) la particularidad de los intereses en juego en el contrato de adquisición de empresas, donde el vendedor ha de suministrar datos correctos, concretos, veraces, exactos e íntegros en relación con la sociedad objeto de adquisición, sin los cuales ni siquiera sería posible determinar el interés del comprador en la adquisición, siendo componentes que por otro lado influyen de manera muy sensible en el precio y garantías de la compraventa, lo que permitiría por tanto establecer un régimen de responsabilidades contractuales con un grado mínimo de eficiencia distributiva.
- ii) el conocimiento de la empresa por parte del vendedor, donde si bien es cierto que no siempre este lo tendrá con un grado de detalle exhaustivo debido a las propias realidades contables y financieras de la empresa, no es menos cierto que dicha información social se encuentra en manos del vendedor, sin que el recurso a una pormenorizada exigencia autoinformativa para el comprador pueda suponer la exoneración del referido deber de información precontractual al vendedor.
- iii) la propia configuración negocial de la adquisición donde el hecho de no revelar una información sensible a los fines apuntados, puede suponer en función de las características de la información obviada la existencia de una auténtica reticencia dolosa.

Sin embargo, la conexión entre la inexistencia de manifestaciones y garantías y la responsabilidad por dolo ha sido tratada de forma estricta en nuestra doctrina. Así, CARRASCO (29) opina lo siguiente: «La inexistencia de manifestaciones expresas sobre cualidades de los bienes transferidos solo podría dar lugar a nulidad por dolo si el silencio pudiera interpretarse como reticencia dolosa; es decir, cuando existe un deber de hablar y comunicar circunstancias importantes para la otra parte, y el vendedor las silencia. Sin embargo, de no existir tales manifestaciones, sería dudoso si el vendedor de acciones de una sociedad tiene el deber de comunicar extremos relativos a contingencias como las que habitualmente se encuentran en las Bases de Compra de estos contratos, toda vez que en inmensa mayoría tales extremos solo tienen una conexión indirecta con el valor de las acciones.

Además, aunque así fuera, el dolo por omisión quedaría muy relativizado en su alcance cuando el comprador ha podido conocer el estado financiero de la sociedad a través del proceso de *due diligence*. Es decir, nos encontraríamos ante la doble circunstancia de que el coste de conocer la información relevante puede ser simétrico para cada una de las partes o, al menos, con la extrema dificultad de poder imputar al vendedor las consecuencias de un silencio universal, pues la

(29) CARRASCO PERERA, «Representaciones y garantías», en *Régimen Jurídico de las Adquisiciones de Empresas*, Editorial Aranzadi, 2001, pág. 218.

imputabilidad del silencio solo empieza a ser explicable cuando el vendedor sabe qué es lo que tiene que comunicar del conjunto innumerable de circunstancias que rodean a la empresa adquirida, y nada de esto puede determinarse mientras que —precisamente por medio de las Manifestaciones y Garantías— el comprador no ha seleccionado los extremos cuyo conocimiento es esencial para él. O al menos, normalmente el vendedor no podrá determinar por su propia cuenta cuánto de esencial es un extremo determinado en la presuposición contractual del comprador».

De acuerdo con el análisis y consideraciones expuestas y retomando los hechos principales de la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de junio de 2010, en cuanto a este punto, el vendedor de las participaciones sociales no solo ocultó información contable (pérdidas) de la sociedad, así como la noticia relativa a la insolvencia de su franquiciador de forma consciente y deliberada sino que opinamos que indujo a contratar sobre la base de una contabilidad que no era la más real y actualizada de la empresa. En este caso, la inexistencia de manifestaciones y garantías al respecto (como así creemos), no puede llevarnos a afirmar que no concurriría un deber de información precontractual del vendedor sobre dichos extremos, que imposibilitarían —como de hecho así sucedió— el desarrollo de la actividad social por parte de la sociedad cuyas participaciones sociales fueron objeto de adquisición.

En este sentido y como hemos apuntado existió una actitud no solo negativa, sino positiva en cuanto a la información que debería haberse suministrado y aquella que se suministró, susceptible de responsabilidad por parte del vendedor.

III. UN SUPUESTO DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

La comentada conducta del vendedor nos inclinaría en un primer momento a incardinar esta infracción del deber de información contractual dentro del dolo o del error, según los artículos 1269 y 1270 del Código Civil, como de hecho se ha venido también produciendo en determinadas sentencias del Tribunal Supremo que han tenido la ocasión de versar sobre supuestos de adquisiciones de empresas.

Así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de octubre de 1981 (RJ 1981/4001), que aprecia la nulidad de un contrato de compraventa de acciones por dolo causante debido a que no se había informado al comprador de la inexistencia de un terreno en el patrimonio de la sociedad, en base a lo se conoce como «reticencia dolosa» del vendedor. Esta sentencia en relación con el deber de informar exigible por la buena fe (arts. 7 y 1258 del CC) apoya su conclusión: «*b) porque la apreciación de los hechos corresponde a esa descripción del dolo reticente, no otra que la de la ambigüedad de la vendedora, que no obstante decir que no es dueña luego lo contradice mostrando una escritura pública de propiedad y después oculta una Orden Ministerial que, de haber sido notificada (es del año 1971 y el contrato de 1973) y conocida por las compradoras otro hubiera sido el convenio.*»

Por otro lado, la sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de enero de 1982 (RJ 1982/179), consideró excusable el error, consistente en la ignorancia, por parte de la entidad compradora de una empresa dedicada a la explotación de un manantial de aguas minero-medicinales, de que las aguas en cuestión no eran aptas para el consumo humano (30).

(30) Vid., sobre esta sentencia, FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, «De nuevo sobre el error en el consentimiento», en *Estudios jurídicos del profesor Federico de Castro*. Tomo II. Centro

Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de junio de 2000 (RJ 2000/6747) (31), quizá la sentencia del Tribunal Supremo que con mayor detenimiento había tratado con anterioridad esta problemática. La conducta del Estado, a la sazón vendedor, fue calificada como dolosa al decirse que: «*La conducta censurable del Estado no se agota en que obró sin la necesaria buena fe, ya que la sentencia sienta que concurrió dolo, que apoya en el factum demostrado para decretar que la transgresión se produjo voluntariamente y con plena conciencia de la antijuridicidad del acto, al ocultar deliberadamente la denegación de la referida licencia de apertura, y ofrecer a la parte compradora unas garantías y seguridades que, al ser inexistentes, maliciosamente resultaron sustraídas y autorizan a contemplar “dolo incidental”, que obliga a indemnizar los daños y perjuicios causados, conforme al artículo 1270 del Código Civil, en relación con el 1104 (...) Habiéndose sentando actuación incumplidora contractual contraria a la buena fe y dolosa en la vendedora, el resarcimiento indemnizatorio, partiendo del principio general reparador que proclama el artículo 1101 del Código Civil, hace aplicable el artículo 1107 en relación al apartado final del 1270. Se ha de responder de todos los daños y perjuicios, es decir, se trata de un resarcimiento pleno de los que resulten conocidos y provengan de la falta de cumplimiento de las obligaciones contraídas*» (32).

Recientemente, la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de junio de 2010 (RJ 2010/2675) declara la nulidad por error de una compraventa de acciones en la que se garantizaba por los vendedores un estado contable y patrimonial de la empresa del que se desprendía su viabilidad cuando realmente estaba en quiebra de hecho.

No obstante, si ante contratos de adquisiciones de empresas con *Representations and Warranties*, ya tuvimos la ocasión de considerar que la calidad y fin de las manifestaciones y garantías, en cuanto al propósito negocial, debe suponer (en nuestra opinión) la cualificación de las mismas como verdadero motivo causal de la celebración del contrato de adquisición y no un mero deseo del comprador en cuanto al objeto de la adquisición instrumentada mediante el correspondiente contrato de compraventa, por lo que su incumplimiento puede ser digno de tutela mediante la correspondiente resolución contractual (cosa distinta, es que

de Estudios Registrales, 1997; José Ramón VERDA Y BEAMONTE, *La reticencia en la formación del contrato*, Aranzadi Civil, III. Parte Estudio, 1998.

(31) Comentada por VERDA Y BEAMONTE, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, octubre-diciembre de 2000, págs. 1353-1358.

(32) CARRASCO (vid., *op. cit.*, Derecho de Contratos), págs. 1268, 1269 y 1270, expone su juicio crítico y restrictivo a la aplicación del dolo *in contrahendo* en los supuestos de adquisiciones de empresas, del siguiente modo: «(...) Es evidente que no cualquier dolo (esto es, conocimiento de estado de cosas por la parte deudora) puede ser decisivo para eliminar las limitaciones de responsabilidad establecidas en los contratos de esta clase (...). Me explico. El vendedor —que no es seguramente el contable de la compañía, por más que forme parte del consejo de administración— probablemente no conoce que el balance auditado por un profesional es falso o declara falsedades. Pero un balance se funda en un estado de cosas (por ejemplo, que un crédito contra tercero tiene que considerarse enteramente fallido), y este estado de cosas en otro estado de cosas (que el deudor de dicho crédito está pasando dificultades de liquidez) y este en otro (que el deudor en cuestión se dedica a un negocio que está en declive), y así sucesivamente. ¿Qué nivel de conocimiento es suficiente en el vendedor para que su conducta sea dolo? Porque es evidente que en una regresión indefinida siempre se llegará a un estado de cosas que el vendedor —salvo que se trate de un incapacitado total— conoce; un estado de cosas que de una manera u otra tendrá repercusión en el balance de la compañía (...).»

el comprador opte por la misma, debido a las consecuencias perjudiciales que en su caso pudieran derivarse de la correspondiente restitución de prestaciones), o bien, dignas del amparo de la responsabilidad contractual del vendedor por entrega defectuosa, también en los casos de inexistencia de las mismas —como es el supuesto de autos y según las características del mismo— consideramos que el remedio del comprador defraudado ante el incumplimiento del deber de información contractual ha de ser el propio de la responsabilidad contractual.

MORALES MORENO (33) define el problema como un supuesto de incumplimiento, de la siguiente forma: «El incumplimiento de los deberes precontractuales de información ha tenido y continúa teniendo tratamiento jurídico precontractual, canalizado a través del dolo (causal e incidental), el error o la culpa *in contrahendo*, con efectos también diversos. Pero este tratamiento no es el más adecuado, cuando la información precontractual se proyecta sobre el objeto o contenido del contrato y genera problemas de incumplimiento. Lo más razonable en estos casos es atraer a la responsabilidad contractual tanto la lesión del interés en el cumplimiento como la del interés de integridad. Por ejemplo, si el vendedor de un cuadro engaña al comprador sobre la autenticidad del mismo, no solo comete dolo *in contrahendo* sino que incumple el deber de prestación: entregar el cuadro presupuesto en el contrato (tenido como auténtico). O el vendedor que, dolosamente, oculta al comprador la enfermedad del animal vendido no solo incumple su deber de prestación, entregar un animal sano, sino que pone en riesgo el interés de integridad del comprador conectado a la correcta ejecución del contrato. Por eso responde, en la vía contractual, de la muerte, por contagio, de los demás animales del comprador. Y se le aplica el artículo 1107.II».

Por otro lado, FENOY PICÓN (34) opina lo siguiente sobre la concurrencia de remedios propios del error, del dolo y del incumplimiento, admitiendo la facultad de elección para el legitimado de los remedios precontractuales (dolo y error) y los remedios contractuales por incumplimiento: «[63] Como he indicado, la *Propuesta civil* no ofrece una respuesta expresa para los casos en que, por el supuesto de hecho, puede haber concurrencia entre los remedios del error, del dolo y los del incumplimiento lo cual sorprende, si se tiene en cuenta que los Principios UNIDROIT (art. 3.7) y los PECL (art. 4:119) ofrecen una regla expresa y se recuerda la influencia que tales Principios, sobre todo los últimos, han tenido sobre la *Propuesta civil*. Dejando al margen el hecho de que cada uno de los citados Principios acoja una solución distinta (la de la prevalencia de unos remedios sobre otros, la de libre elección), también sorprende el silencio de la *Propuesta civil* si se tiene presente que el problema de la colisión entre el error y el incumplimiento ha sido tratado por nuestros autores a propósito del contrato de compraventa. Por todo ello, parece oportuno pensar que la *Propuesta civil* ha dejado a los intérpretes la decisión oportuna y su argumentación, y hoy, lo cierto es que en el Ordenamiento español (Código Civil y TRLGDCU) parece predominar la solución adoptada por los PECL: el legitimado puede optar entre los remedios que podríamos denominar precontractuales (anulación, *culpa in contrahendo*) y los remedios contractuales por incumplimiento. No parece, por ello, que la Pro-

(33) Antonio Manuel MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2010. Discurso leído el día 8 de febrero de 2010 en el acto de su recepción pública como Académico de Número, pág. 90.

(34) Nieves FENOY PICÓN, «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato. Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: aspectos generales. El incumplimiento», en *Anuario de Derecho Civil*, núm. LXIII-1, enero de 2010.

puesta civil vaya a ser entendida conforme a los Principios UNIDROIT, en donde prevalece la aplicación de los remedios del incumplimiento frente a los del error».

Así, somos de la opinión que en este supuesto resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de junio de 2010, puede argumentarse la infracción de un deber de información precontractual que al referirse sobre las cualidades y satisfacciones que el objeto del contrato habían de proporcionar al comprador el régimen y remedios propios del incumplimiento de la prestación contractual debida.

Sin embargo, no ha sido este el tratamiento dado por Rodrigo BERCOVITZ (35) al comentar la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de junio de 2010. Este autor afirma lo siguiente al respecto:

«Puede llamar la atención que la doctrina establecida en esta sentencia se refiera a la interpretación del artículo 1107 del Código Civil, esto es, a la indemnización de daños por incumplimiento de obligaciones, cuando el conflicto no deriva de un supuesto semejante, sino de un supuesto de dolo. Así resulta de los hechos alegados por el demandante y probados. Los demandados le vendieron una empresa mediante engaño, ocultándole que se trataba de una empresa inviable, habida cuenta de los datos que ya conocían entonces, derivados fundamentalmente de la mala marcha de la empresa cuya franquicia explotaban. Es un caso del artículo 1269 del Código Civil, cuya sanción en principio es la anulación del contrato a instancia de la parte que sufrió el vicio de consentimiento (arts. 1265, 1300 y 1301 CC).

¿Cómo se pasa de los mencionados artículos relacionados con el dolo contractual al artículo 1107.II, relacionado con el dolo en el cumplimiento de las obligaciones, de las obligaciones contractuales en este caso, esto es, con el incumplimiento de contrato? Hay que tener en cuenta que el comprador engañado no ejerció la acción de anulación, sino que ejerció una acción de indemnización de daños y perjuicios, basada en los artículos 1101, 1102 y 1124 del Código Civil. Hay que tener en cuenta también que en el momento de interponer la demanda la empresa ya había sido liquidada».

Al hilo de lo anterior, en lo que sí coincidimos tanto con el actor como con la sentencia del Tribunal Supremo (otra cuestión será que no coincidamos con el fallo de esta sentencia, ya que no entendemos indemnizable el daño moral alegado en este caso, *ex art. 1107.2 del CC*) es la ubicación del problema en sede de incumplimiento contractual, más que dentro del marco del dolo vicio del consentimiento, por las razones ya apuntadas. Además y pese a nuestra propuesta, no compartimos la idea que se apunta al respecto, consistente en la inaplicación del artículo 1107.2 del Código Civil al presente caso, al pretenderse su tratamiento dentro del dolo *in contrahendo*. Aún en este supuesto, coincidimos igualmente con MORALES MORENO (36) en su análisis del artículo 1107.2 del Código Civil, cuando razona lo siguiente:

- «a) El acto doloso es, al mismo tiempo, “una falta de cumplimiento de la obligación” (art. 1107.II). Esto explica que la responsabilidad derivada del dolo se incluya en el marco de la responsabilidad contractual. Y

(35) Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «El dolo y la indemnización del daño moral», en *Aranzadi Civil*, núm. 9/2011. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2011.

(36) Vid., *op. cit. Incumplimiento del contrato...*, pág. 176.

también justifica la existencia de una regla especial de imputación del daño, fundada en la conducta dolosa.

El dolo puede aparecer en cualquiera de las manifestaciones del incumplimiento, susceptibles de generar responsabilidad contractual. Así: en el incumplimiento (doloso) de deberes precontractuales de información, en el de deberes de prestación, en el de deberes de cuidado. Pondré algunos ejemplos:

1. En el ejemplo que utiliza POTHIER (*pecus morbosus*), el dolo implica el incumplimiento de un deber precontractual de información, sobre una circunstancia que provoca que el bien vendido puede causar daños a otros bienes del comprador (cfr. art. 1486.II).
2. El dolo del deudor puede manifestarse en el incumplimiento (o cumplimiento defectuoso) de un deber de prestación. Por ejemplo: en una venta genérica, el vendedor conoce que el objeto entregado puede causar daños al comprador. O, existiendo un compromiso de prestar dinero en un determinado momento, el prestamista incumple su obligación con la intención de privar al comprador del beneficio de la inversión que sabe va a realizar. En este caso, aunque ese daño no esté comprendido en el fin de protección del contrato, es indemnizable por haber sido causado intencionadamente (...).

Tampoco coincidimos con la posibilidad apuntada por Rodrigo BERCOVITZ, acerca de que quizá hubiera sido más adecuado que el actor hubiera basado sus pedimentos en base a una acción de responsabilidad extracontractual. Este autor se refiere al respecto diciendo que: «Llegados a este punto, si se trata de una indemnización por culpa *in contrahendo*, procede preguntarse si no sería más adecuado aplicar el artículo 1902 del Código Civil, en el que tampoco existiría inconveniente en aceptar, incluso con mayor facilidad que en el artículo 1107 del Código Civil (así ha resultado de nuestra jurisprudencia hasta el momento), la indemnización del daño moral. Ciertamente que si se quería admitir la demanda, y esta se basaba en el artículo 1124 del Código Civil, no había más remedio que acceder a la indemnización de daños y perjuicios de acuerdo con el artículo 1107 del Código Civil».

Así, pese a que seamos de la opinión que la imputación objetiva derivada del artículo 1107 del Código Civil sea análoga a la predicable respecto de la responsabilidad extracontractual (37), no por ello consideramos que puede afirmarse la viabilidad de una acción de responsabilidad extracontractual en vez de una acción de responsabilidad contractual.

(37) MORALES MORENO opina lo siguiente (vid., *op. cit.*, *El incumplimiento...*, pág. 178): «a) La regla de imputación objetiva del artículo 1107.II no es diferente de la aplicable a la responsabilidad extracontractual. Sin embargo, no todos los autores comparten la idea de que la regla del artículo 1107.II es coincidente con la de la responsabilidad extracontractual».

Previamente y con la misma conclusión, vid. Pantaleón PRIETO, «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», en *Anuario de Derecho Civil*. Tomo XLIV, fascículo 3.º, 1991, pág. 1036, quien había afirmado que: «En materia de imputación objetiva del daño, el contratante que incumple dolosamente no debe ser tratado de distinta manera que un extraño que, sin relación contractual previa con el dañado, ocasione intencionalmente un evento dañoso análogo. O dicho de otra forma: en la hipótesis del dolo del responsable, las soluciones a los problemas de imputación objetiva del daño han de ser las mismas en materia de responsabilidad contractual y extracontractual».

En este sentido, coincidimos con DÍEZ PICAZO (38) cuando analiza la llamada «unidad de culpa civil» y «las tendencias hacia la redefinición de la responsabilidad contractual» cuando afirma lo siguiente: «(...) La misma tesis ha sido después repetida a través del tópico o de la fórmula que habla de la “órbita estricta de lo pactado”. Esta forma de pensar puede entenderse partiendo de que solo es contrato “lo expresamente pactado”, que sería la órbita estricta. El artículo 1258 del Código Civil deja claro que los deberes accesorios derivados de la buena fe o de los usos de los negocios, como pueden ser los deberes de información o deberes de protección, son también deberes contractuales cuya violación genera una responsabilidad que es estrictamente contractual, lo que denota sin más, la falta de solidez del punto de vista comentado.

La consecuencia de todo ello es que cualquier intento de fundar la distinción de los dos tipos de responsabilidad, sobre la naturaleza de las obligaciones incumplidas, colocando a un lado las obligaciones dimanantes de lo estrictamente pactado, que sería una responsabilidad contractual, y al otro, la extracontractual formada por la infracción de los deberes de conducta que, sin pacto expreso de las partes y como deberes accesorios, se integran en el contrato como consecuencia de la buena fe o de los usos, es un intento baldío. Por eso, hay que entender que cualquier incumplimiento de estos deberes accesorios integrados en la relación contractual genera también una responsabilidad contractual. Entre estos deberes accesorios de conducta, integrados en la relación contractual se encuentran, muy especialmente, los llamados deberes de información y los deberes de protección. Los deberes de información afectan al contratante que posee la información necesaria o a aquel a quien es más accesible, tanto para definitiva utilidad de la prestación (instrucciones de manejo de una máquina compleja, etc.), como para la puesta en conocimiento de la otra parte contratante de los riesgos o de los peligros que, en la ejecución de la prestación o en el ulterior disfrute de la misma puede incurrir (...).

Es decir, si consideramos la existencia de una infracción de un deber de información contractual en el presente caso, según lo apuntado, debemos estimar que la acción viable para el resarcimiento de la posición del vendedor, ha de ser la de responsabilidad contractual.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- AGUAYO, Juan: *Las manifestaciones y garantías en el Derecho de Contratos español*, Thomson-Civitas, 2011.
- BASOZÁBAL ARRUE: «En torno a las obligaciones precontractuales de información», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXIII, 2009, fasc. II.
- BEALE: *Chitty on Contracts*. Chap. 6 - Misrepresentations. Vol. I, General Principles. 6-014 [511] - [512], 2008. Thomson Reuters.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «El dolo y la indemnización del daño moral», en *Aranzadi Civil*, núm. 9/2011. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2011.
- BOLETÍN DE INFORMACIÓN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA, año LXIII, enero de 2009.
- CARRASCO PERERA: *Derecho de Contratos*. Thomson-Reuters. Aranzadi, 2010.

(38) DÍEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, V. *La responsabilidad civil extracontractual*, Civitas, 2011, págs. 228 y 229.

- CARRASCO PERERA: *Representaciones y Garantías. Régimen Jurídico de las Adquisiciones de Empresas*. Editorial Aranzadi, 2001.
- CICERÓN: *De Officiis*. Libro III. Capítulo XII.
- D'ORS, A.; HERNÁNDEZ TEJERO, F.; FUENTESECA, P.; GARCÍA-GARRIDO, M., y BURILLO, J.: *El Digesto de Justiniano*. Tomo I. Constituciones Preliminares y Libros 1-19. Versión castellana por A. D'ors, F. Hernández Tejero, P. Fuenteseca, M. García-Garrido y J. Burillo. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1968.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico: «De nuevo sobre el error en el consentimiento», en *Estudios jurídicos del profesor Federico de Castro*. Tomo II. Centro de Estudios Registrales, 1997.
- DE LA MAZA GAZMURI: *Los límites del deber precontractual de información*. Civitas, 2010.
- DÍEZ-PICAZO: «La existencia del contrato», en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 39, año 2009.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, V. *La responsabilidad civil extracontractual*. Civitas, 2011.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Vol. I. *Introducción. Teoría del Contrato*, 6.ª ed., Thomson-Civitas, 2007.
- FENOY PICÓN, Nieves: «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato. Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: aspectos generales. El incumplimiento», en *Anuario de Derecho Civil*, núm. LXIII-1, enero de 2010.
- GÓMEZ CALLE: *Los deberes precontractuales de información*. La Ley, Madrid, 1994.
- KEETON, W. Page: *Fraud-Concealment and Non-Disclosure*, 15 Tex. L. Rev. 1, 21 (1936).
- KRAWIEC, Kimberly D. and ZEILER, Kathryn: «Common-Law disclosure duties and the sin of omission: Testing the meta-theories». *Virginia Law Review*. Volume 91. December 2005. Number 8.
- KRONMAN, Anthony T.: «Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts». 7 *J. Legal Stud.* 1,6 (1978).
- LANDO, Ole, y BEALE, Hugh: *Principios de Derecho Contractual europeo*. Partes I y II (*Los trabajos de la «Comisión de Derecho Contractual europeo»*). Colegios Notariales de España, 2003. Edición española.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2010.
- PAZ-ARES: «Principio de eficiencia y Derecho Privado», en *Estudios en homenaje a M. Broseta Pont*, T. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- POTHIER: *Tratado del contrato de compra y venta*. Barcelona, imprenta y litografía de J. Roger, 1841.
- PRIETO, Pantaleón: «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», en *Anuario de Derecho Civil*. Tomo XLIV, fascículo 3.º, 1991.
- REDONDO TRIGO, Francisco: «El incumplimiento de las declaraciones y garantías en las adquisiciones de empresas en la sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de noviembre de 2008», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, núm. 713.
- «La causa en los contratos de compraventa de acciones. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de diciembre de 2009», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, núm. 720.
- SCHEPPELE, Kim Lane: *Legal Secrets: Equality and Efficiency in Common Law (1988) at 120*.

- STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE/RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DFCR)*. Outline Edition. Sellier. European law publishers, München, 2009.
- VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo: *Unificación del Derecho Patrimonial europeo. Marco Común de Referencia y Derecho Español*. Editorial Bosch, 2011.
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: «La reticencia en la formación del contrato», en *Aranzadi Civil*, III. Parte Estudio. 1998.
- *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, octubre-diciembre de 2000.
- VERPLANCK, Guilian C.: *An Essay on the Doctrine of Contracts: Being an Inquiry How Contracts Are Affected in Law and Morals by Concealment, Error, or Inadequate Price* (Arno Press 1972).
- VON IHERING, R.: *Bromas y veras en la ciencia jurídica. Ridendo dicere rerum*. Editorial Civitas, 1987.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de junio de 2010 (*RJ* 2010/5151).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de junio de 2010 (*RJ* 2010/2675).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de junio de 2000 (*RJ* 2000/6747).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de enero de 1982 (*RJ* 1982/179).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de octubre de 1981 (*RJ* 1981/4001).

RESUMEN

CONTRATOS DE ADQUISICIÓN DE EMPRESAS DEBERES PRECONTRACTUALES DE INFORMACIÓN

El caso enjuiciado por la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de junio de 2010, nos ofrece un ejemplo de cómo la actitud del vendedor de las participaciones sociales de una sociedad de responsabilidad limitada, consistente en no informar acerca de irregularidades contables de la misma y de la insolvencia de su franquiciadora, puede originar una responsabilidad contractual para el mismo, la cual puede analizarse desde los deberes precontractuales de información, conforme al principio general de la buena fe.

ABSTRACT

CORPORATE ACQUISITION AGREEMENTS PRECONTRACTUAL INFORMATION DUTIES

The case settled by the Supreme Court's ruling of 15 June 2010 offers an example of how a seller can, by taking a certain attitude, create contractual liability for him- or herself. In the case at issue, the seller of an interest in a private limited company failed to inform the buyer of the company's accounting irregularities and the insolvency of the company's franchisor. This liability can be analyzed from the standpoint of pre-contractual information duties under the general rule of good faith.

ADENDA

En nuestro anterior trabajo titulado, «Las restricciones a la libre transmisibilidad de acciones en las adquisiciones indirectas», analizábamos una cláusula estatutaria juzgada en la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de enero de 2011 (*JUR* 2001/76357), que suponía un derecho de rescate en casos de adquisiciones indirectas, siendo de la opinión que la correspondiente restricción pueda arbitrarse mediante el establecimiento de un derecho de rescate convencional, que operara como un supuesto de exclusión establecido en los estatutos de una sociedad anónima. Sin embargo, el Tribunal Supremo negó la validez de dicha cláusula sobre la base de que la admisión de la misma convertiría a la sociedad anónima en una sociedad de tipo personalista, lo que resultaría contrario a los principios configuradores de la sociedad anónima.

Tras la realización de dicho trabajo, se ha producido la publicación de la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas (*BOE*, núm. 184, de 2 de agosto de 2011), cuya Exposición de Motivos reza (en lo que ahora nos atañe) del siguiente tenor literal:

«La presente Ley tiene por objeto, en primer lugar, la reducción del coste de organización y funcionamiento de las sociedades de capital, la introducción de algunas normas de modernización del derecho de esta clase de sociedades, reclamadas insistentemente por la práctica, así como la supresión de algunas de las más injustificadas diferencias entre el régimen de las sociedades anónimas y el de las sociedades de responsabilidad limitada».

Pues bien, entre las modificaciones legislativas que se introducen cabe hacer notar por su directa relación con nuestro referido trabajo la admisibilidad también para las sociedades anónimas de la posibilidad de introducir en los estatutos causas de exclusión de accionistas. De ahí, que se ofrezca la siguiente nueva redacción del artículo 351 de la Ley de Sociedades de Capital:

«Artículo 351. *Causas estatutarias de exclusión de socios.*

En las sociedades de capital, con el consentimiento de todos los socios, podrán incorporarse a los estatutos causas determinadas de exclusión o modificarse o suprimirse las que figurasen en ellos con anterioridad».

La anterior modificación legislativa supone, a nuestro juicio, un avance en nuestro Derecho de Sociedades que prima la visión contractualista frente a la institucionalista del tipo social, al contrario que entendiera la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de enero de 2011.

Francisco REDONDO TRIGO
Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Doctor en Derecho y Abogado

3. URBANISMO

SUPERFICIES REGISTRALES DE TITULARIDAD INDETERMINADA

por

JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ

Despacho Jurídico y Urbanístico Laso & Asociados

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA EXTENSIÓN OBJETIVA QUE SE PROPONE.—III. LAS SITUACIONES DE HECHO RESULTANTES DE LOS ASIEN-
TOS PRACTICADOS.—IV. SU TRATAMIENTO REGISTRAL.—V. ¿A QUIÉN
CORRESPONDE LA LEGITIMACIÓN PARA LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN
SOBRE LA SUPERFICIE INDETERMINADA?—VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

A diferencia de lo que constituye la tarea habitual de esta Sección, dedicada a los comentarios de resoluciones o sentencias, en esta oportunidad de modo excepcional, vamos a referirnos a comentarios surgidos a la luz de elaboraciones determinantes de decisiones nacidas de la admisión de propuestas concretas contenidas en documentos inscritos, cuando estos inciden en una determinada problemática.

Consideramos que resulta de interés esta innovación por cuanto, por una parte son manifestación de una de las funciones más genuinas prestadas por la praxis registral, que ha tenido la elasticidad y sentido suficiente para dar acogida a las nuevas realidades sociales dentro de los principios tradicionales, creando así la savia de una permanente actualización y, de otra, porque así como las resoluciones ponen fin a una controversia aislada, aunque previsiblemente susceptible de reiteración en el tiempo, los actos registrales provocan también decisiones definitivas, de mucha mayor extensión en su aplicación, en las que se articulan formas nuevas de incorporación de la realidad.

II. LA EXTENSIÓN OBJETIVA QUE SE PROPONE

El abanico que aquí se proyecta entendemos que tiene un punto de partida común aunque, desde su formulación, pueden producirse diversas hipótesis o desarrollos distintos.

Como punto de partida nos referimos a aquellos supuestos en los que frente a las exigencias propias de los principios de especialidad y legitimación del Registro surgen situaciones en las que, en base a la voluntariedad de la inscripción, quedan en entredicho o están indeterminadas la extensión del objeto o, en este caso, de la superficie de la finca, e incluso de su titular definitivo.

Con ello se produce el fenómeno de que estando preocupado el sistema registral en conseguir un régimen unitario cierto para cada finca inscrita bajo un solo número, se confiesa desde el propio Registro que una parte indeterminada de la finca queda en una situación difusa no ya solo en su extensión sino en cuanto a su titularidad también.

El caso se da frecuentemente en la práctica cuando al extenderse un asiento las partes declaran que de la superficie resultante del Registro una parte de ella, con o sin determinación de su cuantía, ha quedado comprometida en otro acto de disposición anterior, esté o no formalizado en título inscribible y se especifique también o se omita el titular llamado a ser reconocido como tal.

Esta es la formulación más característica y a ella responde la regulación contenida en el artículo 47 del Reglamento Hipotecario en sus párrafos segundo y tercero, según resulta de la reforma procedente del Real Decreto de 12 de noviembre de 1982.

Así las cosas, antes y después de la reforma, debe señalarse que era frecuente la existencia de inscripciones en las que se relataba esta circunstancia cuando, con ocasión especialmente de un acto de enajenación, se aludía a la previa existencia de otros actos de disposición cuya segregación no estaba inscrita. Es decir, se introducía la mención en un momento histórico de la vida registral y se arrasaba en el futuro, a veces sin que llegara a clarificarse la situación definitiva.

Pero incluso podría extenderse su aplicación a otros supuestos menos identificables con los anteriores, como son los casos modernos contenidos, por ejemplo, en los actos reparcelatorios, especialmente con participación de las Juntas de Compensación, con respecto a titularidades indeterminadas dejadas también en su extensión superficial a la decisión de ellas, como suele ocurrir frecuentemente en las reservas globales de superficie para entregar a las Compañías eléctricas para el emplazamiento de los centros de transformación, en determinadas reservas de derechos de reversión o retrocesiones de cesiones gratuitas, contempladas incluso con carácter general en el primer Reglamento de Reparcelaciones, a las que simplemente nos referiremos aquí sin mayor detalle.

En todo caso el que ha sido un supuesto paradigmático es el de la mención a expropiaciones realizadas pendientes de inscripción, fruto además de la ya secular doctrina germánica de los administrativistas, según la cual si el dominio público no está afectado por el registro tampoco le necesita, convirtiendo en una práctica habitual, especialmente en épocas anteriores, la no inscripción de las expropiaciones y el desinterés en regularizar las situaciones, lo que ha dado lugar a múltiples conflictos surgidos ante la nueva y frecuente readaptación de las estructuras ferroviarias o de carreteras, fruto de las alteraciones en la ordenación del territorio, cuando ya la mera posesión era insuficiente y resultaba necesario volver al Registro, lo que se ha hecho en ocasiones diríamos por la puerta de atrás, acudiendo al cómodo expediente de la certificación de dominio, profusamente utilizada por entes híbridos, mitad públicos, mitad privados que, como el dios Jano unas veces huyen al derecho privado y otras emplean las prerrogativas públicas en un trato privilegiado que ha perdido para ellos toda legitimidad.

III. LAS SITUACIONES DE HECHO RESULTANTES DE LOS ASIENTOS PRACTICADOS

Situándonos ya en las alternativas más frecuentes podemos referirnos a los asientos practicados antes de la regulación del Reglamento, e incluso las posteriores cuando en la realidad no se ha procedido siguiendo sus previsiones y las que resultan de su aplicación.

La forma habitual que se consignaba tradicionalmente en la práctica de los asientos era simplemente la que se limitaba a mencionar actos de disposición comprendidos en segregaciones no inscritas, unas veces con identificación de ellas y sus

destinatarios y otras de modo genérico sin cuantificar su alcance o bien, tratándose de expropiaciones, la mera expresión de su concurrencia. En base a ello, los asientos sucesivos se limitan a arrastrar la mención a la espera de que llegue algún día el título anunciado, aunque en la práctica resulta también que esos títulos nunca llegan o incluso puede ocurrir que se haya desistido *de facto* a la expropiación.

La publicidad registral ha servido de buena fe para dejar constancia que no toda la superficie inscrita pertenece materialmente al titular y así advertir a las partes interesadas de la indeterminación dominante, pero también existe el riesgo de patrimonializar indebidamente superficies ajenas no regularizadas.

La reforma del Reglamento ha pretendido aportar un dato más de clarificación al llevar a la nota marginal la superficie pendiente de concretar y así dejar más definida la titularidad real de quien ostenta el dominio, añadiéndose la referencia a la innecesariedad de su regularización para practicar cualquier segregación, aunque del precepto no se deduce que preceptivamente sea obligada esta.

Pero incluso ha ocurrido que, antes del Reglamento e incluso también después, omitiendo sus previsiones, se ha dejado reducida la superficie inscrita a la neta sin dejar constancia de la que se halla pendiente con lo cual si se producen asientos sucesivos se pierde el rastro de las vicisitudes de origen.

Ante esta variedad de situaciones de origen es cuando surge la necesidad de conseguir la aplicación de un régimen jurídico coherente.

IV. SU TRATAMIENTO REGISTRAL

Para ceñirnos según un esquema general a estas hipótesis, entendemos:

1.º La primera referencia es la de que la existencia de superficies indeterminadas en ningún caso autoriza a considerar que se ha producido su expulsión del Registro. Desde el punto en que la finca se hallaba íntegramente inscrita nada autoriza a suponer que quepa una especie de desinmatriculación de la superficie indeterminada.

Frente a lo que en ocasiones se ha podido creer ni sería posible inmatricular una superficie que coincidiera con la indeterminada ni el titular de ella está necesitado de acudir para rehabilitarla a los medios inmatriculadores, que además serían imposibles de utilizar porque de ser identificada la finca es evidente que su prueba vendría dada por el asiento mismo.

Quiere decirse por tanto que si se hubiera llegado a omitir se trataría realmente de un supuesto de superficie latente que quedaría rehabilitada con solo reproducir el tracto suspendido.

2.º La innovación de la reforma de 1982 no ha supuesto realmente una alteración del régimen registral aplicable sino meramente hacer más plástico, diríamos, el contenido del asiento, diferenciando lo acaecido entre la nota y el asiento principal.

Sin embargo no adelanta lo que debió haber sido un criterio de clarificación ya que el problema central de no haberse reservado el transmitente la segregación global de la superficie pendiente, la concreción en el resto o la división, supone que se mantenga la incertidumbre de qué realidad era la que contemplaba aquel cuando por primera vez hizo la mención, respecto de la cual el transcurso del tiempo incrementará su incertidumbre.

Entendemos por eso que el Reglamento, en cuanto permite que se practiquen segregaciones a pesar de que falten otras por inscribir, siendo la norma

usual reguladora de las segregaciones la alternativa de la descripción del resto o la identificación del lindero por el que se efectúa la segregación, pudo haber eliminado esta posibilidad y exigir en todo caso la descripción del resto y no la mera referencia a la superficie resto en la nota al margen que englobara toda la superficie presentada ya que él es el que conocía de qué superficie se trataba.

Es cierto que la previsión reglamentaria es tan solo que en la nota figure el resto y que parece llevar necesariamente a que se segregue la superficie neta, sin dejarla englobada en la finca de origen, lo que en la práctica no ocurría antes de la reforma del Reglamento e incluso a partir de entonces tampoco se da siempre, pero ya hemos indicado que a nuestro juicio no lo hace preceptivo.

No obstante el hecho de que el Reglamento no lo haya hecho no parece impedir la posibilidad de que el Registrador pida que se describa el resto y que se segregue necesariamente la superficie neta para dar claridad a las situaciones resultantes del Registro al ser un principio de orden público el de facilitar este objetivo. En este sentido existe algún testimonio en la doctrina de la Dirección General que admite la exigencia por el Registrador de la inscripción separada de un elemento privativo en la división horizontal y una superficie independiente que carece de la condición de anejo, como se desprende de la Resolución de la Dirección General de 8 de enero de 1998.

Pero, aun así, cuando no se ha hecho la segregación previa la superficie indeterminada, ¿a favor de quien está inscrita aunque conste en la nota de la superficie resto? Mientras no se segregue la superficie neta no puede decirse que el titular sea el disponente porque solo puede haber un único titular y este será el nuevo no el anterior.

3.º La rehabilitación de la titularidad durmiente, prescindiendo ahora del que es el punto central de la cuestión referido a la intervención de quien sea el titular registral, puede conseguirse en función de las vicisitudes que se produzcan, resultando especialmente significativo cuando existen procesos coincidentes o posteriores derivados de transferencias coactivas del dominio como es el caso de las expropiaciones o reparcelaciones. Así:

- En los casos de expropiaciones pendientes que no hayan tenido acceso al Registro, debe permitirse que el titular de la superficie reconocida rehabilite también la suspendida en los casos en los que no se haya realizado realmente la expropiación. Como este es un hecho negativo en principio parece que podría servir la manifestación unilateral del titular pero como realmente se está aludiendo a una transferencia pública lo adecuado debe ser la acreditación formal de la inexistencia por la Administración que hubiera debido ser la expropiante.
- En los casos similares seguidos de efectivas expropiaciones fácilmente ocurre en actuaciones urbanísticas que el titular de los bienes reconoce la existencia de una superficie inscrita a su favor pero que se ha expropiado. En tales casos parece aconsejable que se siga lo practicado en situaciones de este orden que se forme una finca independiente al aportarse la finca original que independice la superficie expropiada con inscripción a favor de la Administración Urbanística para su entrega a la Administración titular.
- Pero también el titular de la expropiación no inscrita o la Administración cesionaria de una superficie que conforme al planeamiento debió ser obligatoria están interesados en ocasiones en rehabilitar su título, cuando lo conoce, porque en otro caso el intento es acudir a la certificación de

dominio. Resulta en estos casos con el transcurso del tiempo difícil descubrir las vicisitudes sufridas y es por ello frecuente que cuando el titular del bien ni siquiera insinúa la existencia de una expropiación pendiente termine reconociéndosele al menos como titularidad dudosa en los procesos reparcelatorios. En definitiva en situaciones como estas si no existen rastros en el Registro la situación se hace contenciosa.

- De forma análoga en los casos de reparcelación no ligada con expropiaciones pendientes, cuando la finca aportada no absorbe toda la superficie íntegra y tiene que cancelarse la finca de origen debería segregarse el resto y, si no se hiciera así, aún cuando hubiera cancelación formal del asiento de la finca de origen no por ello debe entenderse que ha desaparecido de la vida registral la superficie pendiente de segregación ya que la cancelación debe ser de la aportada a la reparcelación no de la exterior a la unidad de actuación.

V. ¿A QUIÉN CORRESPONDE LA LEGITIMACIÓN PARA LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN SOBRE LA SUPERFICIE INDETERMINADA?

Es esta, probablemente, la cuestión más relevante que se presenta y donde legítimamente mayores dudas pueden suscitarse ante el hecho consumado de que no se hubiera segregado previamente a favor del titular que hizo la manifestación la superficie mencionada, cuando, además, siempre se parte también de la hipótesis de que el titular que soporta por primera vez la mención y sucesivamente sus subadquirentes respecto de una superficies de destino incierto, no adquirieron más que la superficie reconocida a su favor y, por fin del hecho que el Reglamento permite que las sucesivas segregaciones se hagan en el folio de la finca matriz.

Con ello se da la situación singular de que el folio de la finca identifica a un solo titular y nada más que a él, a pesar de que se reconoce al mismo tiempo que ese titular formal no es materialmente dueño de la superficie restante mencionada. Si esto es así, ¿se da un supuesto de excepción al tracto, reservando el deber de disposición a favor de quien habiendo sido titular en el Registro ya no lo es? Pero, ¿puede accederse a la inscripción de un título respecto del que el titular formal no es parte?

Según la experiencia conocida y el juego dialéctico de los principios hipotecarios, podrían identificarse tres situaciones:

- a) La parte más simple e inequívoca se da en los casos en los que el acto de disposición posterior recae sobre todo o parte de la superficie neta adquirida respecto de la cual no puede objetarse en sede registral que el titular pueda disponer sin ninguna restricción. Es cierto que a pesar de partirse de una situación cuantitativamente inequívoca, cualitativamente podría decirse que existe el riesgo de entregar además la superficie reservada, pero tal temor no puede ser causa impeditiva de la facultad de hacerlo y, en todo caso, si se produjera una extralimitación, precisamente causada por la indefinición del primer disponente, ello no impide que de buena fe y bajo los parámetros de una posesión no cuestionable pueda hacerse, de tal manera que si a pesar de ello ocurriera alguna extralimitación serán los jueces y Tribunales los encargados de corregirla.
- b) Supuesto de superficie reservada con identificación formal de los títulos públicos de segregación no inscritos. La situación podría estimarse que

es aquí la inversa: el favorecido por el título público anterior no inscrito, aunque no esté identificado nominalmente, podría acceder al Registro al objeto de inscribir la segregación pendiente y el acto posterior de disposición sin necesidad del concurso del titular registral actual, como una modalidad de excepción al tracto, considerando que sigue siendo titular de ella el antiguo titular. No obstante, si no se practicó la segregación, ¿puede ser tal acto indiferente al titular vigente de tal modo que no tenga para nada que intervenir cuando podría afectarse a su propia superficie y el es el único titular vigente?

- c) La última hipótesis viene dada en los casos en los que se aluda a supuestas segregaciones sin indicación de si proceden de títulos públicos o privados de tal modo que ni se conoce la cuantía total ni se identifican los títulos de los que proceden. En tales casos bajo la hipótesis de la falta de segregación debe reputarse al titular registral como un supuesto de titular fiduciario de la superficie íntegra y, por ello, que pueda realizar todos los actos de disposición precisos, incluso si exceden de los que se correspondan con la superficie comprada de acuerdo con los criterios de buena fe y posesión acreditada, sin perjuicio de su revisión judicial, pero sin que tenga que ser llamado el anterior titular.

La negativa a permitirle que lo haga supondría una intromisión en la valoración de las circunstancias concurrentes hecha por el Registrador que no tiene a su disposición un procedimiento contradictorio respecto del cual ni siquiera se podría saber quién sería su contradictor.

VI. CONCLUSIONES

Hemos tratado de traer aquí cuestiones suscitadas en la práctica resueltas objetivamente de acuerdo con las circunstancias concurrentes en cada caso y de las que se existen testimonios en los libros de los registros gracias a la tarea creadora de sus titulares que se han hechos eco de la obligada actualización de los principios por los que se rige a una realidad cambiante en una sociedad predominantemente urbana.

No existe por ellos recetas concretas sino formas de aproximación a los problemas reales bajo las ideas expuestas.

RESUMEN

SUPERFICIE REGISTRAL TITULARIDAD INDETERMINADA

A lo largo de este trabajo se han tratado de descubrir las situaciones reales surgidas en la práctica registral ante el problema de superficies indeterminadas pendientes de inscripción con ocasión mencionadas en actos de disposición realizados sobre otra parte de ellas cuan-

ABSTRACT

REGISTERED AREA INDETERMINATE OWNERSHIP

This paper attempts to describe the real situations that arise in registration practice when there is a problem of indeterminate areas pending registration. Such areas are sometimes mentioned in acts of disposal, when a person wishes to dispose of part of an as-yet-unregis-

do el disponente no la segrega previamente sino que quedan embebidas en el único folio abierto a la finca en su totalidad, resultando además que tan solo queda también un solo titular. Todo ello, además, con o sin identificación de los actos pendientes y especialmente del llamado a ser favorecido por ellos, lo que ocurre con frecuencia en los casos de expropiaciones que siguiendo el viejo esquema de no necesitar del Registro su protección sistemáticamente se alejaron de él y ante las nuevas realidades de la ordenación del territorio sin embargo le necesitan. A la vista de estas situaciones se contemplan en este caso algunas de las posiciones alcanzadas en la práctica registral y que han causado estado efectivo en la vida jurídica.

tered property without first having the property legally divided. In that case, both parts of the property are subsumed in the same folio at the property registry office, the folio that registers the entire property. In addition, there remains only a single owner. Furthermore, if there are any acts pending registration at the time, they may or may not be identified. This sort of situation often arises in expropriations; under the old scheme, in which registration protection was not needed for expropriations, expropriations were systematically left unregistered, yet now, under the new reality of land planning, expropriations need to be protected by registration. This paper takes a careful look at some of the positions arrived at in registration practice that have had a legal effect on the status of property.

ACTUALIDAD JURÍDICA

I. Información legislativa

NORMAS ESTATALES

CORTES GENERALES

— Resolución de 14-7-2011. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 8/2011, de 1-7-2011, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control de 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.

— Reforma del Reglamento del Congreso de los Diputados por la que se modifican los artículos 79 y 82.

JEFATURA DEL ESTADO

— Ley Orgánica 6/2011. 30-6-2011. Modifica la Ley Orgánica 12/1995, de 12-12-1995, de represión del contrabando.

— Ley Orgánica 7/2011. 15-7-2011. Modificación del artículo 160 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19-6-1985, del Régimen Electoral General.

— Ley Orgánica 8/2011. 21-7-2011. Complementaria de la Ley del Registro Civil, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1-7-1985, del Poder Judicial.

— Ley Orgánica 9/2011. 27-7-2011. Derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas.

— Ley Orgánica 10/2011. 27-7-2011. Modificación de los artículos 31 bis y 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11-1-2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

— Ley Orgánica 11/2011. 1-8-2011. Aplicación a la Guardia Civil del artículo 13.1 de la Ley Orgánica 9/2011. 27-7-2011, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas.

- Ley 17/2011. 5-7-2011. Seguridad alimentaria y nutrición.
- Ley 18/2011. 5-7-2011. Reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia.
- Ley 19/2011. 5-7-2011. Denominación oficial: «Araba/Álava», «Gipuzkoa» y «Bizkaia», las demarcaciones provinciales llamadas anteriormente «Álava», «Guipúzcoa» y «Vizcaya».
- Ley 20/2011. 21-7-2011. Registro Civil.
- Ley 21/2011. 26-7-2011. Dinero electrónico.
- Ley 22/2011. 28-7-2011. Residuos y suelos contaminados.
- Ley 23/2011. 29-7-2011. Depósito legal.
- Ley 24/2011. 1-8-2011. Contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad.
- Ley 25/2011. 1-8-2011. Reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11-7-2007, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas.
- Ley 26/2011. 1-8-2011. Adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- Ley 27/2011. 1-8-2011. Actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.
- Real Decreto-ley 8/2011. 1-7-2011. 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.
- Real Decreto-ley 9/2011. 19-8-2011. Medidas para la mejora de la calidad y cohesión del sistema nacional de salud, de contribución a la consolidación fiscal, y de elevación del importe máximo de los avales del Estado para 2011.
- Real Decreto-ley 10/2011. 26-8-2011. Medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo.
- Real Decreto-ley 12/2011. 26-8-2011. Modifica la Ley 1/2000, de 7-1-2000, de Enjuiciamiento Civil, para la aplicación del Convenio Internacional sobre el embargo preventivo de buques y se regulan competencias autonómicas en materia de policía de dominio público hidráulico.
- Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo en materia de adopción de menores (revisado), hecho en Estrasburgo el 27-11-2008.
- Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo para la protección del patrimonio arqueológico (revisado), hecho en La Valeta el 16-1-1992.

PRESIDENCIA DEL GOBIERNO

- Real Decreto 1012/2011. 11-7-2011. Vicepresidencias del Gobierno.
- Real Decreto 1020/2011. 11-7-2011. Dispone que don José Blanco López, Ministro de Fomento, asuma las funciones de Ministro Portavoz del Gobierno.
- Real Decreto 1025/2011. 15-7-2011. Establece las Comisiones Delegadas del Gobierno.
- Real Decreto 1094/2011. 15-7-2011. Reestructura la Presidencia del Gobierno.

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

- Real Decreto Legislativo 1/2011. 1-7-2011. Aprueba el T.R. de la Ley de Auditoría de Cuentas.
- Real Decreto 976/2011. 8-7-2011. Modifica el Reglamento de Armas, aprobado por el Real Decreto 137/1993, de 29-1-1993.
- Orden 1803/2011. 30-6-2011. Establece el importe de las tasas por tramitación de autorizaciones administrativas, solicitudes de visados en frontera y documentos de identidad en materia de inmigración y extranjería.

MINISTERIO DE JUSTICIA

- Real Decreto 1026/2011. 15-7-2011. Aprueba el Reglamento del Mutualismo Judicial.
- Real Decreto 1051/2011. 15-7-2011. Dispone el cese de don Santiago Hurtado Iglesias como Secretario General Técnico del Ministerio de Justicia.
- Real Decreto 1052/2011. 15-7-2011. Nombra Secretario General Técnico del Ministerio de Justicia a don José Antonio Perales Gallego.
- Resolución de 20-6-2011. Publica las traducciones a las lenguas cooficiales propias de cada una de las Comunidades Autónomas del modelo de las cuentas anuales consolidadas.
- Resolución de 22-6-2011. Aprueba la utilización del modelo de contrato de arrendamiento financiero (*leasing*) de bienes muebles, y sus anexos, letras de identificación «L-CAJAMAR 2009», para ser utilizado por las cinco Cajas Rurales que forman parte del «Grupo Cooperativo Cajamar».
- Resolución de 14-7-2011. Convoca oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.
- Resolución de 18-7-2011. Aprueba el modelo de contrato de arrendamiento financiero (*leasing*) de bienes muebles, con letras de identificación «L-CRB2», para ser utilizado por la entidad Caja Rural de Burgos, SCC.

— Resolución de 26-7-2011. Resuelve el concurso para la provisión de Notarías vacantes convocado por Resolución de 16-5-2011 y se dispone su publicación y comunicación a las Comunidades Autónomas para que se proceda a los nombramientos.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA

— Real Decreto 1145/2011. 29-7-2011. Modifica el Reglamento general de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por Real Decreto 1065/2007, de 27-7-2007.

— Orden 1843/2011. 30-6-2011. Regula la publicación de anuncios en la Sede Electrónica de la AEAT para la notificación por comparecencia.

— Orden 1881/2011. 5-7-2011. Aprueba el modelo 763 de autoliquidación del Impuesto sobre actividades de juego en los supuestos de actividades anuales o plurianuales, se determina la forma y plazos de su presentación y se regulan las condiciones generales y el procedimiento para su presentación telemática y se modifica la Orden 2027/2007, de 28-6-2007, por la que se desarrolla parcialmente el Real Decreto 939/2005, de 29-6-2005, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación, en relación con las entidades de crédito que prestan el servicio de colaboración en la gestión recaudatoria de la AEAT.

— Orden 2288/2011. 2-8-2011. Modifica la Orden de 19-5-1987, que desarrolla el Real Decreto 505/1987, de 3-4-1987, por el que se dispone la creación de un sistema de anotaciones en cuenta para la Deuda del Estado.

— Resolución de 30-6-2011. Convalida la autorización para actuar como entidad colaboradora en la gestión recaudatoria correspondiente a Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid respecto a la nueva denominación de Bankia, S. A.

— Resolución de 1-7-2011. Aprueban las normas contables relativas a los fondos carentes de personalidad jurídica a que se refiere el apartado 2 del artículo 2 de la Ley General Presupuestaria y al registro de las operaciones de tales fondos en las entidades aportantes del sector público administrativo.

— Resolución de 4-7-2011. Publica el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 1-7-2011, por el que se modifica el de 30-5-2008, por el que se da aplicación a la previsión de los artículos 152 y 147 de la Ley General Presupuestaria, respecto al ejercicio de la función interventora en régimen de requisitos.

— Resolución de 5-7-2011. Autoriza la eliminación de determinada documentación administrativa, relativa al IS, Impuesto sobre la Renta de no Residentes y Carpeta Fiscal de las Personas Jurídicas.

— Resolución de 22-7-2011. Publica la revocación de un NIF.

— Resolución de 9-8-2011. Publica la rehabilitación de un NIF.

— Corrección de errores. Real Decreto 771/2011. 3-6-2011. Modifica el Real Decreto 216/2008, de 15-2-2008, de recursos propios de las entidades financieras, y el Real Decreto 2606/1996, de 20-12-1996, sobre fondos de garantía de depósitos de las entidades de crédito.

COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES

— Acuerdo 11-8-2011. Posiciones cortas sobre acciones españolas del sector financiero.

— Acuerdo 25-8-2011. Posiciones cortas sobre acciones españolas del sector financiero.

— Resolución de 28-7-2011. Aplicación del artículo 85.7 de la Ley 24/1988, de 28-7-2011, del Mercado de Valores.

BANCO DE ESPAÑA

— Resolución de 1-7-2011. Publica determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución de 19-7-2011. Publica determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución de 1-8-2011. Publica determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución de 18-8-2011. Publica determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Circular 3/2011. 30-6-2011. Aportaciones adicionales a los fondos de garantía de depósitos.

MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN

— Real Decreto 1148/2011. 29-7-2011. Aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.

— Orden 2100/2011. 26-7-2011. Modifica la fracción de cuota destinada a la financiación de la incapacidad temporal establecida en el artículo 24.1 de la Orden TIN/41/2011, de 18-1-2011, por la que se desarrollan las normas

de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional, contenidas en la Ley 39/2010, de 22-12-2010, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011.

— Resolución de 3-8-2011. Fija el saldo medio anual a que se refiere el artículo 6.3.d) de la Orden TIN/866/2010, de 5-4-2010, por la que se regulan los criterios que, en su función de colaboración con la Seguridad Social, deben seguir las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social y sus entidades y centros mancomunados, en la gestión de los servicios de tesorería contratados con entidades financieras.

— Resolución de 30-8-2011. Determina la forma y plazos de presentación de solicitudes y de tramitación para la concesión de ayudas económicas de acompañamiento por la participación en el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo, establecidas en el Real Decreto-ley 1/2011, de 11-2-2011, y prorrogadas por el Real Decreto-ley 10/2011, de 26-8-2011.

— Corrección de errores. Real Decreto 772/2011. 3-6-2011. Modifica el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 928/1998, de 14-5-1998.

MINISTERIO DE POLÍTICA TERRITORIAL Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

— Real Decreto 1099/2011. 22-7-2011. Ampliación de medios personales y económicos adscritos a los servicios traspasados por el Real Decreto 206/2010, de 26-2-2010, sobre traspaso de funciones y servicios a la Generalitat de Cataluña, en materia de Función Pública Inspector de la Inspección de Trabajo y Seguridad.

— Orden 1955/2011. 5-7-2011. Crea y regula el registro electrónico del MPT y AP, por la que se modifica la Orden PRE/3523/2009, de 29 de diciembre, por la que se regula el registro electrónico común.

— Orden 1956/2011. 5-7-2011. Crea la Sede Electrónica del MPT y AP.

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN

— Texto Consolidado del Reglamento Común al Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas, así como del Protocolo relativo a este Arreglo, hecho en Ginebra el 1-9-2009.

— Modificaciones al Reglamento del Tratado de cooperación en materia de patentes (PCT) (publicado en el *BOE* de 7-11-1989) adoptadas en la 41.ª Sesión

(24.^a extraordinaria) de la Asamblea de la Unión Internacional de Cooperación en Materia de Patentes, el 29-9-2010.

— Acuerdo sobre intercambio de información en materia tributaria entre el Reino de España y la Commonwealth de las Bahamas y Memorandum de Entendimiento entre las autoridades competentes del Reino de España y la Commonwealth de las Bahamas en relación con la interpretación o la aplicación del Acuerdo entre el Reino de España y la Commonwealth de las Bahamas sobre el intercambio de información en materia tributaria y el reconocimiento de otros compromisos pactados entre las autoridades competentes, hecho en Nassau el 11-3-2010.

— Acuerdo para el reconocimiento recíproco y el canje de los permisos de conducción nacionales entre el Reino de España y la República Tunecina, hecho en Madrid el 22-6-2010.

— Acuerdo Marco de la Facilidad Europea de Estabilización Financiera entre el Reino de Bélgica, la República Federal de Alemania, Irlanda, el Reino de España, la República Francesa, la República Italiana, la República de Chipre, el Gran Ducado de Luxemburgo, la República de Malta, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria, la República Portuguesa, la República de Eslovenia, la República Eslovaca, la República de Finlandia, la República Helénica y la Facilidad Europea de Estabilización Financiera, firmado en Bruselas el 5-7-2010, en Berlín el 16-6-2010, en Dublín el 10-6-2010, en Madrid el 10-6-2010, en París el 25-6-2010, en Roma el 16-6-2010, en Nicosia el 16-6-2010, en Luxemburgo el 11-6-2010, en la Valeta el 5-7-2010, en La Haya el 10-6-2010, en Viena el 9-6-2010, en Lisboa el 15-6-2010, en Liubliana el 11-6-2010, en Bratislava 15-7-2010, en Helsinki el 10-6-2010, en Atenas el 16-6-2010 y en Luxemburgo el 11-6-2010.

— Convenio entre el Reino de España y la República de Panamá para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio y prevenir la evasión fiscal, hecho en Madrid el 7-10-2010.

— Declaración de Aceptación por España de la adhesión de la República de Albania al Convenio sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil (publicado en el *BOE* de 25-8-1987), hecho en La Haya el 18-3-1970.

— Corrección de errores. Declaración de Aceptación por España de la adhesión de la República de Albania al Convenio sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil, hecho en La Haya el 18-3-1970.

— Declaración de Aceptación por España de la adhesión de la República de Serbia al Convenio sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil (publicado en el *BOE* de 25-8-1987), hecho en La Haya el 18-3-1970.

— Corrección de errores. Declaración de Aceptación por España de la adhesión de la República de Serbia al Convenio sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil, hecho en La Haya el 18-3-1970.

MINISTERIO DE FOMENTO

— Resolución de 29-6-2011. Establece el procedimiento para la presentación de la autoliquidación y las condiciones para el pago por vía telemática de diversas tasas correspondientes al Ministerio de Fomento.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN

— Real Decreto 1146/2011. 29-7-2011. Modifica el Real Decreto 1631/2006, de 29-12-2006, por el que se establecen las enseñanzas mínimas correspondientes a la ESO, así como los Reales Decretos 1834/2008, de 8-11-2008, y 860/2010, de 2-7-2010, afectados por estas modificaciones.

MINISTERIO DE CIENCIA E INNOVACIÓN

— Orden 2212/2011. 29-7-2011. Exime en determinados casos de la presentación del informe técnico en la emisión de los informes motivados previstos en el Real Decreto 1432/2003, de 21-11-2003, y se actualiza el formato para solicitar los mismos.

MINISTERIO DEL INTERIOR

— Orden 2323/2011. 29-7-2011. Regula la formación para el acceso progresivo al permiso de conducción de la clase A.

MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO

— Resolución de 21-6-2011. Crea la Sede Electrónica de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

MINISTERIO DE SANIDAD, POLÍTICA SOCIAL E IGUALDAD

— Real Decreto 1039/2011. 15-7-2011. Establece los criterios marco para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud.

MINISTERIO DE DEFENSA

— Orden 2134/2011. 27-7-2011. Modifica la Orden 370/2000, de 20-12-2000, por la que se desarrolla el Real Decreto 1638/1999, de 22-10-1999, que regula la enajenación de bienes muebles y productos de defensa en el Ministerio de Defensa.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

— Cuestión de inconstitucionalidad, número 3.296-2011, en relación con el artículo 64.4.^a de la Ley 16/2007, de 26-12-2007, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2008, por posible vulneración de los artículos 36 y 149.1.1 y 149.1.18 de la Constitución.

— Conflicto positivo de competencia, número 969-2011, en relación con la Comunicación del Director General de Coordinación Financiera con las Comunidades Autónomas y con las Entidades Locales del MEH, de 5-10-2010.

— Recurso de inconstitucionalidad 825-2011, en relación con diversos preceptos de la Ley Foral 16/2010, de 8-11-2010, por la que se crea el registro de profesionales en relación con la interrupción voluntaria del embarazo.

— Recurso de inconstitucionalidad 1.528-2011, en relación con el artículo 8.2, primer párrafo, de la Ley Foral 12/2010, de 11-6-2010, por la que se adaptan a la Comunidad Foral de Navarra las medidas extraordinarias para la reducción del déficit público.

— Recurso de inconstitucionalidad 3.859/2011, contra la Ley 5/2011, de 1-4-2011, de la Generalitat Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.

— Sentencia 118/2011. 5-7-2011. Recurso de inconstitucionalidad 488-2003. Interpuesto por el Parlamento de Andalucía en relación con diversos preceptos de la Ley 44/2002, de 22-11-2002, de medidas de reforma del sistema financiero. Competencias sobre Cajas de Ahorro y ordenación general de la economía: Nulidad parcial de los preceptos de la ley estatal que regulan las condiciones de reelección y limitan temporalmente la duración del mandato de los miembros de los órganos rectores de las Cajas de Ahorro; alcance de la competencia autonómica en materia de organización interna de las Cajas de Ahorro fundadas por la Iglesia católica.

— Sentencia 121/2011. 7-7-2011. Cuestión de inconstitucionalidad 10.663-2006. Planteada por la Sección 2.^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Sevilla, respecto al artículo 23 de la Ley 52/2003, de 10-12-2003, que da nueva redacción al artículo 3.1.b) del TR de la Ley de procedimiento laboral. Alcance de la reserva de Ley Orgánica en materia de delimitación de las competencias de los distintos órdenes jurisdiccionales: validez del precepto de la

ley ordinaria que atribuye al orden jurisdiccional contencioso-administrativo el conocimiento de las reclamaciones contra resoluciones y actos administrativos de alta de trabajadores en la Seguridad Social.

TRIBUNAL SUPREMO

— Sentencia 13-6-2011. Declara nulo el Real Decreto 1666/2008, de 17-10-2008, sobre traspasos de funciones y servicios de la Administración General del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos.

— Sentencia 14-6-2011. Declara nulo el Real Decreto 1666/2008, de 17-10-2008, sobre traspasos de funciones y servicios de la Administración General del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos correspondientes a las aguas de la cuenca del Guadalquivir.

— Sentencia 14-6-2011. Declara nulo el Real Decreto 1666/2008, de 17-10-2008, sobre traspasos de funciones y servicios de la Administración General del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos.

— Sentencia 29-6-2011. Declara la inaplicabilidad de la necesidad de autorización administrativa de los organismos de control prevista en el artículo 15 de la Ley 21/1992, de 16-7-1992, de Industria.

— Sentencia 30-5-2011. Anula y se deja sin efecto parte del artículo 9 del Real Decreto 819/2010, de 25-6-2010.

— Providencia 24-6-2011. Admite a trámite la cuestión de ilegalidad planteada por el TSJ de Madrid en la redacción dada por el Real Decreto 439/2007, de 30-3-2007.

TRIBUNAL DE CUENTAS

— Resolución de 7-7-2011. Amplía el ámbito de funcionamiento del Registro Telemático del Tribunal de Cuentas para la recepción de las cuentas de las Entidades del sector público empresarial y fundacional del Estado.

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

ANDALUCÍA

— Decreto 193/2011. 14-6-2011. Aprueba el Programa Estadístico de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2011.

— Decreto 239/2011. 12-7-2011. Regula la calidad del medio ambiente atmosférico y se crea el Registro de Sistemas de Evaluación de la Calidad del Aire en Andalucía.

— Orden 20-6-2011. Adopta medidas para la promoción de la convivencia en los centros docentes sostenidos con fondos públicos y se regula el derecho de las familias a participar en el proceso educativo de sus hijos e hijas.

ARAGÓN

— Decreto 143/2011. 14-6-2011. Aprueba el Catálogo de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma de Aragón.

— Decreto 15-7-2011. Modifica la organización de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

ASTURIAS

— Decreto 11/2011. 16-7-2011. Reestructuración de las Consejerías que integran la Administración de la Comunidad Autónoma.

— Decreto 26/2011. 16-8-2011. Primera modificación del Decreto 12/2011, de 16-7-2011, del Presidente del Principado de Asturias, de reestructuración de las Consejerías que integran la Administración de la Comunidad Autónoma.

— Resolución de 30-6-2011. Inscripción en el Registro de Demandantes de Vivienda Protegida del Principado de Asturias.

— Resolución de 1-7-2011. Inscripción en el Registro de Demandantes de Vivienda Protegida del Principado de Asturias.

— Resolución de 15-7-2011. Inscripción en el Registro de Demandantes de Vivienda Protegida del Principado de Asturias.

BALEARES

— Decreto 21/2011. 29-6-2011. Regula el régimen de suplencias del Vicepresidente Económico, de los Consejeros y de la Consejera del Gobierno de las Illes Balears.

CANARIAS

— Real Decreto 973/2011. 6-7-2011. Nombra Presidente del Gobierno de Canarias a don Paulino Rivero Baute.

— Decreto 86/2011. 8-7-2011. Determina el número, denominación y competencias de las Consejerías.

— Decreto 116/2011. 12-7-2011. Modifica el Decreto 86/2011, de 8-7-2011, por el que se determinan el número, denominación y competencias de las Consejerías.

— Decreto 170/2011. 12-7-2011. Determina la estructura central y periférica, así como las sedes de las Consejerías del Gobierno de Canarias.

— Decreto 256/2011. 28 -7-2011. Determina el calendario de fiestas laborales de la Comunidad Autónoma de Canarias para el año 2012, y se abre plazo para fijar las fiestas locales.

— Decreto 268/2011. 4-8-2011. Aprueba el Reglamento de gestión de los tributos derivados del Régimen Económico y Fiscal de Canarias.

CANTABRIA

— Decreto 11/2011. 30-6-2011. Aprueba directrices generales de la acción de gobierno en materia de organización de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria, y el desarrollo inicial de su actividad.

— Orden 19/2011. 18-7-2011. Modifica la Orden 19-12-2001, por la que se aprueban los modelos de documentos de ingreso 046 y 047.

— Orden 21/2011. 4-8-2011. Establece el Calendario de Fiestas Laborales para el año 2012 en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

— Resolución de 15-6-2011. Ordena la publicación del Reglamento de Acceso a los Servicios Electrónicos.

CATALUÑA

— Ley 4/2011. 30-6-2011. Convivencia y participación de la comunidad educativa.

— Ley 5/2011. 19-7-2011. Modificación de la Ley 4/2008, de 24-4-2008, del libro tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas.

— Ley 6/2011. 27-7-2011. Presupuestos de la Generalidad de Cataluña para 2011.

— Ley 7/2011. 27-7-2011. Medidas fiscales y financieras.

CASTILLA Y LEÓN

- Decreto 2/2011. 27-6-2011. Reestructuración de Consejerías.
- Decreto 3/2011. 30-6-2011. Crea y regula las Viceconsejerías.
- Decreto 45/2011. 28-7-2011. Aprueba el Reglamento de Carreteras de Castilla y León.

EXTREMADURA

- Real Decreto 974/2011. 7-7-2011. Declara el cese de don Guillermo Fernández Vara, como Presidente de la Comunidad Autónoma de Extremadura.
- Real Decreto 975/2011. 7-7-2011. Nombra Presidente de la Comunidad Autónoma de Extremadura a don José Antonio Monago Terraza.
- Decreto 15/2011. 8-7-2011. Modifica la denominación, el número y competencias de las Consejerías que conforman la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura.
- Decreto 104/2011. 22-7-2011. Establece la estructura orgánica básica de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura.
- Resolución de 2-8-2011. Acuerda la delegación de diversas competencias en materia de vivienda.

GALICIA

- Ley 2/2011. 16-6-2011. Disciplina presupuestaria y sostenibilidad financiera.
- Ley 3/2011. 30-6-2011. Apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia.
- Decreto 127/2011. 23-6-2011. Modifica el Decreto 8/2010, de 21-1-2010, por el que se regula la actividad de control de acceso a espectáculos públicos y actividades recreativas.

LA RIOJA

- Decreto 3/2011. 27-6-2011. Modifica el número, denominación y competencias de las Consejerías de la Administración General de la Comunidad Autónoma de La Rioja.
- Corrección de errores. Decreto 3/2011. 27-6-2011. Modifica el número, denominación y competencias de las consejerías de la Administración General de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

— Orden 2/2011. 19-7-2011. Establece el orden de prelación de las Consejerías de la Administración General de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

MADRID

— Ley 2/2011. 15-3-2011. Cañada Real Galiana.
— Decreto 57/2011. 30-6-2011. Modifica parcialmente las competencias y estructura orgánica de algunas Consejerías de la Comunidad de Madrid.

MURCIA

— Decreto 12/2011. 27-6-2011. Reorganización de la Administración Regional.

NAVARRA

— Decreto Foral 10/2011. 1-7-2011. Establece la estructura departamental de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra.

— Decreto Foral 79/2011. 18-7-2011. Modifica el Reglamento del IVA, aprobado por Decreto Foral 86/1993, de 8-3-1993, y el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación, aprobado por Decreto Foral 205/2004, de 17-5-2004.

— Decreto Foral 80/2011. 18-7-2011. Modifica el Reglamento del IS, aprobado por Decreto Foral 282/1997, de 13-10-1997, y el Decreto Foral 153/2001, de 11-6-2001, por el que se desarrollan las disposiciones de la Ley Foral General Tributaria en materia de infracciones y sanciones tributarias de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra.

PAÍS VASCO

— Ley 19/2011. 5-7-2011. Pasan a denominarse oficialmente «Araba/Álava», «Gipuzkoa» y «Bizkaia», las demarcaciones provinciales llamadas anteriormente «Álava», «Guipúzcoa» y «Vizcaya».

— Decreto Legislativo 1/2011. 24-5-2011. Aprueba el TR de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen presupuestario de Euskadi y se regula el régimen presupuestario aplicable a las Fundaciones y Consorcios del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

— Decreto 131/2011. 21-6-2011. Aprueba el Calendario Oficial de Fiestas Laborales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el año 2012.

VALENCIA

— Decreto 68/2011. 27-5-2011. Aprueba el Reglamento de Fundaciones de la Comunitat Valenciana.

II. Información de actividades

ARAGÓN

Los días 5 y 6 de mayo se celebró en Zaragoza, el III CONGRESO ESPAÑOL DE *DERECHO DE LA INSOLVENCIA. LA REFORMA DE LA LEY CONCURSAL*, organizado, entre otros, por Aranzadi y AEDIN, y patrocinado, entre otros, por el Colegio de Registradores, con el siguiente programa:

Día 5 de mayo:

Inauguración: *La reforma de la Ley Concursal*, por don Santiago HURTADO IGLESIAS, Secretario General Técnico. Ministerio de Justicia.

Conferencia de apertura: *El proceso de reforma de la Ley Concursal*, por don Jesús QUIJANO, Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad de Valladolid.

Primera mesa. Moderador: don Luis FERNÁNDEZ DEL POZO, Registrador de la Propiedad:

- «La publicidad registral del Concurso de Acreedores», por don Fernando CUIREL, Registrador de la Propiedad.
- «La administración concursal», por don Raimon CASANELLAS, Economista.
- «El concurso de la persona física», por doña M.^a Ángeles PARRA, Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza.

Segunda mesa. Moderador: don Fernando ZUBIRI DE SALINAS, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón:

- «Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración empresarial», por don Rafael ILLESCAS ORTIZ, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid.
- «La posición de los garantes en el concurso del deudor principal», por don Enrique SANJUÁN, Magistrado en excedencia, Abogado, Martínez-Echevarría, Pérez & Ferrero Abogados.

- «La tutela de los trabajadores en el concurso», por don Juan GARCÍA BLASCO, Decano de la Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza.

Tercera mesa. Moderador: don Eduardo GALÁN, Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad de Salamanca:

- «Los créditos públicos», por doña Concepción ORDIZ, Abogado del Estado.
- «Las autorizaciones judiciales», por don Santiago SENENT, Magistrado, Juzgado de lo Mercantil de Madrid.
- «El procedimiento abreviado», por don Alfonso MARTÍNEZ ARESO, Magistrado Audiencia Provincial de Zaragoza.

6 de mayo:

Cuarta mesa. Moderador: don Rafael SEBASTIÁN, Abogado, Uría Menéndez:

- «El reconocimiento de créditos», por don Antonio FERNÁNDEZ, Abogado, Garrigues.
- «La clasificación de créditos», por don José Ramón GARCÍA VICENTE, Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de Salamanca.
- «Los créditos contra la masa», por don Ignacio SANCHO GARGALLO, Magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona.

Quinta mesa. Moderador: don Enrique PIÑEL, Abogado:

- «El convenio», por don Francisco SERRANO GIL DE ALBORNOZ, Subdirector y Jefe del Servicio Jurídico de Ibercaja, Abogado del Estado (en excedencia).
- «La Liquidación», por don Fernando GONZÁLEZ DE ZULUETA, Deloitte Abogados y Asesores Tributarios.
- «La transmisión de la empresa concursada», por don Blas GONZÁLEZ NAVARRO, Magistrado, Juzgado de lo Mercantil de Granada.

Sexta mesa. Moderador: don Carlos CARNICER DÍEZ, Presidente del Consejo General de la Abogacía Española:

- «Las medidas cautelares», por don Enrique GARCÍA GARCÍA, Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid.
- «Las reformas en materia de calificación del concurso», por don Ignacio MORALEJO, Profesor Titular de Derecho Mercantil, Universidad de Zaragoza.
- «La conclusión del concurso», por don Javier LÓPEZ SÁNCHEZ, Profesor Titular de Derecho Procesal, Universidad de Zaragoza.

Conferencia de Clausura: *Lectura de las conclusiones*, por don Ignacio QUINTANA, Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad de Zaragoza.

Clausura del Congreso:

Don Leopoldo PONS ALBENTOSA, Presidente del Registro de Economistas Forenses, y don Ángel ROJO, Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad Autónoma de Madrid.

* * *

En los meses de mayo y junio, organizado por el Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Aragón y Soria, tuvo lugar el V CURSO DE FORMACIÓN COMPLEMENTARIA DE AGENTES DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA, con el siguiente programa:

Día 5 de mayo:

Presentación a cargo de don Fernando BAENA PINILLA, Presidente de la Junta Coapi:

— «Derecho Privado»: *Introducción al Derecho privado. Los derechos reales. La propiedad. El dominio. La posesión. La comunidad de bienes. El usufructo. Las servidumbres. El derecho real de garantía. La hipoteca. El Registro de la Propiedad*, por don José Antonio BURGOS DELGADO, API, Abogado (Junta Coapi).

Día 10 de mayo:

— «Obligaciones y contratos»: *El contrato. El contrato de compraventa, concepto, elementos, obligaciones del vendedor y del comprador. El pacto de reserva de dominio. Clases de compraventa. Otros como la opción de compra, la permuta. Contratos de arras o señal. Contratos de corretaje y mediación, la nota de encargo, con o sin exclusiva, la hoja de visita*, por doña M.^a Pilar EGA NAVAJAS, API y Abogado (Junta Coapi), y don Juan Ignacio PÉREZ GUERRERO, API (Junta Coapi).
— «Arrendamientos urbanos», por don José Manuel VALLÉS GONZÁLEZ, API y Abogado.

Día 12 de mayo:

— «Fiscalidad inmobiliaria»: *IVA, ITP, IRPF, gravámenes, plusvalía, etc.*, por don José LUÑO MARTÍN, API, Gestor Administrativo.
— «Redacción de contratos»: *Ejemplos prácticos de contratos*, por don José A. BURGOS DELGADO.

Día 17 de mayo:

- «Práctica profesional»: *Organización de la Agencia Inmobiliaria. El trato con el cliente. Publicidad y marketing. Redacción de minutas. Casos prácticos de gestionar una compraventa, un alquiler*, por don Ismael RUIZ ALONSO, API (Junta Coapi), y don Miguel VILLALBA MOLINERO, API (Junta Coapi).

Día 19 de mayo:

- «Urbanismo»: *El régimen urbanístico: El planeamiento, clases de suelo, la calificación del suelo, la gestión urbanística. Expropiaciones urbanísticas. Las valoraciones urbanísticas. Urbanismo y Registro de la Propiedad. Los delitos sobre ordenación del territorio*, por don Pablo PISA BENDITO, Abogado urbanista.
- «Ley Ordenación de la Edificación», por don Jesús ANDREU MIRALLES, Arquitecto.

Día 24 de mayo:

- Conferencia I: *La prueba pericial en el procedimiento judicial. Los procedimientos judiciales en materia inmobiliaria*, por el Ilmo. Señor Juez Decano, don Ángel DOLADO PÉREZ.

Día 26 de mayo:

- «Valoraciones inmobiliarias»: *La valoración inmobiliaria, métodos de valoración. Realización de informes*, por don Fernando BERNAD PÉREZ, API (Junta Coapi), y doña Marián CASAMIÁN ARMINGOL, API (Junta Coapi).

Día 31 de mayo:

- Conferencia II: *El API en la Notaría*, por don Honorio ROMERO HERRERO, Notario.

Día 2 de junio:

- Conferencia III: *Práctica registral*, por la Ilma. Señora doña Pilar PALAZÓN VALENTÍN, Decana de los Registradores de Aragón.

* * *

Los días 26 y 27 de mayo, organizado por la Institución «Fernando el Católico» (organismo autónomo de la Diputación Provincial de Zaragoza), tuvo lugar el SEMINARIO *DERECHO CIVIL PATRIMONIAL ARAGONÉS*, con arreglo al siguiente programa:

Inauguración del Seminario: *El Derecho Civil aragonés actual: El Código del Derecho Foral de Aragón*, por Don Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, Universidad de Zaragoza.

- «Objetivos y fines de la regulación aragonesa sobre Derecho Civil Patrimonial: Las novedades de la reforma», por don José Antonio SERRANO GARCÍA, Universidad de Zaragoza.
- «Título Primero. Relaciones de Vecindad. Capítulo I (Disposiciones Generales), y Capítulos II a IV», por doña María MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Universidad de Zaragoza.
- «Título Primero. Relaciones de Vecindad. Capítulo V. Luces y vistas», por don David ARBUÉS, Abogado, Colegio de Abogados de Zaragoza.

Coloquio. *El Derecho Civil Patrimonial en la práctica profesional y en el Registro de la Propiedad: Valoración de la reforma*, por don Ignacio MEDRANO, Magistrado de la AP de Zaragoza; doña Teresa CRUZ GISPER, Notaria de Zaragoza; don Manuel DOMÍNGUEZ PÉREZ, Registrador de la Propiedad; don Alfredo SÁNCHEZ-RUBIO, Universidad de Zaragoza. Modera: Don José Antonio SERRANO GARCÍA, Universidad de Zaragoza.

- «Título II: De las servidumbres. Capítulo I: Disposiciones Generales. Sección 1.^a y 2.^a: Concepto. Clases, caracteres y contenido de las servidumbres», por doña Elena BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Universidad de Zaragoza.
- «Título II: De las servidumbres. Capítulo I: Disposiciones Generales. Secciones 3.^a a 5.^a: Constitución, usucapión, extinción y modificación de las servidumbres», por doña M.^a Teresa ALONSO PÉREZ, Universidad de Zaragoza.
- «Título II: De las servidumbres. Capítulos II a IV: Servidumbres de luces y vistas; servidumbres forzosas de paso y de acceso a red general», por don Miguel LACRUZ MANTECÓN, Universidad de Zaragoza.
- «Título II: De las servidumbres. Capítulo V: Derecho de pastos y ademprios. José Luis ARGUDO PÉREZ, Universidad de Zaragoza.
- «Título III: Derecho de abolorio o de la Saca», por doña Aurora LÓPEZ AZCONA, Universidad de Zaragoza.
- «Título IV: De los contratos sobre ganadería. Disposiciones Transitorias, Disposición Derogatoria y Disposiciones finales», por doña Carmen BAYOD LÓPEZ, Universidad de Zaragoza.

Coloquio: *Reflexiones finales: Una visión de Derecho Comparado español.*

Mesa redonda: don Joaquín RAMS, Universidad Complutense de Madrid; don Josep FERRER I RIBA, Universidad Pompeu Fabra; doña María Belén TRIGO, Universidad Santiago de Compostela. Modera: doña Carmen BAYOD LÓPEZ, Universidad de Zaragoza.

Clausura: a cargo de «El Justicia de Aragón», Ilmo. Señor don Fernando GARCÍA VICENTE.

* * *

Los días 7 y 8 de junio, organizadas por la Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, en colaboración con la Universidad del Estado de México y el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, tuvieron lugar las JORNADAS SOBRE *DEMOCRACIA, ÉTICA Y SERVICIO PÚBLICO*, con arreglo al siguiente programa:

- «Democracia y deliberación pública», por don Francisco LIZCANO FERNÁNDEZ, Centro de Investigación en Ciencias Sociales y Humanidades, México.
- «Ética, política y transparencia», por Jesús LIMA TORRADO, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, España, y Eduardo COWLEY, ex asesor del Presidente de la República de Chile.
- «Corrupción en las democracias», por Óscar Diego BAUTISTA, Centro de Investigación en Ciencias Sociales y Humanidades, México, y Manuel VILLORIA MENDIETA, Catedrático de Ciencia Política de la Universidad Rey Juan Carlos, España.
- «Parlamento y ética pública», por Francisco MARTÍNEZ VÁZQUEZ, Director de Relaciones Internacionales del Congreso de los Diputados, España, y M.^a Dolores LLOP RIBALTA, Interventora de las Cortes de Aragón y del «Justicia de Aragón» y miembro del Comité Ejecutivo de la Fundación Manuel Giménez Abad, España.
- «Bienestar y democracia», por Lorenzo PEÑA GONZALO, Instituto de Filosofía del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, España, y Marcelo VASCONEZ, Facultad de Filosofía de la Universidad de Cuenca, Ecuador.
- «Ética y Servicio público», por Victoria CAMPS CERVERA, Catedrática de Filosofía Moral y Política de la Universidad Autónoma de Barcelona, España, y Manuel VILLORIA MENDIETA, Catedrático de Ciencia Política de la Universidad Rey Juan Carlos, España.

* * *

El día 23 de junio, organizado por la Fundación Manuel Giménez Abad, tuvo lugar el SEMINARIO SOBRE *SOBERANÍA ESTATAL E INTEGRACIÓN EUROPEA. CUESTIONES TEÓRICAS DEL PROCESO DE ESTATALIZACIÓN DE EUROPA*, impartido por don Ramón PUNSET, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo.

* * *

Los días 23 al 26 de junio tuvo lugar la celebración del XXVII CONGRESO ANUAL DE LA ASOCIACIÓN HISPANO-ALEMANA DE JURISTAS, con el siguiente programa:

Acto solemne de inauguración: a cargo del Presidente de la Asociación, don Marc André GIMMY; el Exmo. Señor Alcalde de Zaragoza y de doña Christine GLÄSER, Cónsul General de la República Federal de Alemania.

Ponencia inaugural por el Profesor Doctor Maximiliano BERNAD ÁLVAREZ DE EULATE, Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Zaragoza, Cátedra Jean Monnet.

Grupo de Trabajo I. *Derecho Concursal*. Moderación por don Marc André GIMMY; Ponentes: Doctor Horst PIEPENBURG, Rechtsanwalt, Düsseldorf, y Doctor Antonio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Abogado, Madrid.

De la práctica para la práctica. Medidas cautelares. Moderación por doña Ana HIDALGO ALBERCA; ponentes: don Juan NÚÑEZ FERRER, Abogado, Barcelona, y Doctor Daniel F. BERG, Rechtsanwalt, München.

Grupo de Trabajo II. *Protección de datos en empresas*. Moderación: Don Lutz Carlos MORATINOS MEISSNER; ponentes: Profesor Doctor Amin HERB, Rechtsanwalt, Stuttgart, y don Artemi RALLO LOMBERTE, Director de la Agencia Española de Protección de Datos, Madrid.

Grupo de Trabajo III. *Derecho de la Competencia*. Moderación: Doña Mónica WEIMANN GÓMEZ; ponentes: Profesor Doctor Stefan LEIBLE, Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Bayreuth, y Profesor Doctor José MASSAGUER, Catedrático de Derecho Mercantil, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona.

Actualidad Jurídica. Ponentes: Doctor Alexander STEINMETZ, Rechtsanwalt & Abogado, Frankfurt am Main, y don Víctor FABREGAT RUBIO, Abogado, Barcelona.

* * *

El 24 de junio tuvo lugar el acto de impartición solemne de la última lección del *MASTER EN PRÁCTICA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA*, a cargo de don Tomás GARCÍA CANO, Notario y Profesor de la Escuela de Práctica Jurídica: «Seguridad jurídica preventiva, sistema español. Análisis crítico en materia de vivienda y préstamos hipotecarios».

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

Discriminación por razón de edad y de sexo. Retos pendientes del Estado Social.
Directoras: M.^a CRESPO GARRIDO y M.^a Fernanda MORETÓN SANZ. Presentación:
Carlos LASARTE ÁLVAREZ. Editorial Colex (Madrid, 2010), 358 págs.

por

GABRIEL GARCÍA CANTERO
Catedrático Emérito de Derecho Civil

1. La *ocassio* de este volumen, dice el presentador del mismo, tuvo su origen en un Congreso internacional celebrado en noviembre de 2009, en la Universidad de Alcalá y en el Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España (IDADFE), con apoyo en sendos proyectos de investigación desarrollados en la UNED y en la Universidad de Alcalá. Pese a la identidad del enunciado — utilizado, se subraya, como *argumento inspirador*—, advierte el presentador que ni todas las ponencias se han recogido aquí, ni muchos de los capítulos fueron objeto de discusión en aquel foro académico. Ha habido, por tanto, una *refacción* del material científico, acaso por exigencias editoriales o por otras razones. De cualquier forma se subraya la mayoritaria presencia del profesorado femenino (evidenciándose, apostilla el presentador, que *la investigación científica es uno de los campos donde la eliminación de desigualdades entre géneros más ha progresado*), así como la colaboración de diez universidades y ocho áreas de conocimiento, de suerte que el resultado final, de una totalidad de catorce capítulos, representa una aportación fundamentalmente interdisciplinar, pese al peso que sigue ostentando en el tema el Derecho Civil.

2. *Sistemática*. Los capítulos de la obra se agrupan, por razones sistemáticas, en tres partes diferenciadas en razón al tema tratado:

- a) Políticas y acciones positivas: edad, sexo y discapacidad y dependencia.
- b) Conciliación, y
- c) Género y orientación sexual.

La materia se distribuye desigualmente, pues se incluyen siete capítulos en la parte *a*), dos capítulos en la parte *b*) y cinco capítulos en la parte *c*). En esta reseña me ocupo de los que, a mi juicio, presentan mayor densidad privatista.

3. *Contenido*:

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: *Edad y sexo (primogenitura y masculinidad) en relación con los títulos nobiliarios. La pervivencia de la primogenitura y la abolición de la masculinidad: una incongruencia más del legislador contemporáneo* (págs. 19-34).

A modo de introducción observa el autor que, durante siglos y siglos, la mujer ha desempeñado un papel secundario en la sociedad y que dicha realidad ha sido objeto de expresa consideración por las normas jurídicas, tal como se recogía en la redacción originaria del Código Civil de 1889. El giro copernicano que supuso la Constitución de 1931, apenas si logró desarrollar el artículo 40 (relativo a la admisibilidad a los empleos y cargos públicos, según mérito y capacidad y sin distinción de sexo) en las normativas sobre oposiciones a Notarías y Registros (1931), Prisiones (1931) y Secretarías de Tribunales (1932). Las coyunturales reformas durante el régimen del general Franco (Leyes de 24 de abril de 1948, 22 de julio de 1961, 22 de julio de 1972, y 2 de mayo de 1975), fueron puntuales y dejaron subsistir discriminaciones por razón del sexo, así como normas de protección de la mujer de cariz paternalista. Es preciso esperar a los artículos 14, 32.1 y 35.1 de la Constitución vigente para que la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer quedara definitivamente fijada, así como la eliminación de desigualdades, lo que también constituye principio fundamental en la UE, siendo un objetivo que debe integrarse en todas las políticas y acciones de la misma y de cada uno de sus Estados-miembro. Entre nosotros, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, persigue combatir todas las discriminaciones todavía subsistentes por razón del sexo, con remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla.

Para centrarse en el objeto de su estudio, el autor expone el régimen de los apellidos en relación con la filiación, con base en el Código Civil, en la Ley 40/1999 y en la legislación del RC, finalizando con el cambio de apellidos en el supuesto de violencia de género según la LO 1/2004, de 28 de diciembre. En relación con el derecho al nombre, opina el autor que en nuestro ordenamiento puede considerarse un atributo de la personalidad, si bien carece del rango de derecho fundamental. Similar, en cierto modo, es el caso de los títulos nobiliarios, que tampoco son derechos de la personalidad ni fundamentales, sino especiales *mercedes o dignidades sociales* graciamente atribuidas por los Reyes o Jefes de Estado a algunas personas por sus peculiares méritos, con raíces medievales, asentadas en los principios de primogenitura y masculinidad. Esta concepción choca frontalmente con los principios constitucionales contemporáneos, y en algunos países europeos los títulos nobiliarios han sido expresamente derogados (Italia, por ejemplo). Lo que no ha ocurrido en la CE de 1978, cuyo artículo 62, letra f), implícitamente los estima vigentes, pues atribuye al Rey la potestad de conceder honores y distinciones con arreglo a las leyes. El Rey Juan Carlos I, ha ejercido con apoyo en la Ley de 4 de mayo de 1948 y su legislación de desarrollo. Si tradicionalmente el TS había mantenido los principios de primogenitura y masculinidad, a partir de la STS de 20 de junio de 1987 (Presidente: LÓPEZ VILAS), seguida de otras, cambió de criterio y estableció que la sucesión nobiliaria debía corresponder por igual a hombres y mujeres. Pero la STC 126/1997, de 3 de julio, declaró que la primacía del sexo masculino, en cuanto regla histórica que asienta sus raíces en los siglos medievales, no puede considerarse inconstitucional.

Por tanto, hasta la aprobación de la Ley 33/2006, tanto el TC cuanto el TS a partir de 1987, habían reiterado que *en materia de títulos nobiliarios, el planteamiento sucesorio es distinto a las normas sucesorias del Código Civil, debiendo regirse por las determinaciones de la Real Carta de Concesión y por la sucesión regular de los títulos nobiliarios, y, en particular, la Partida 2.15.2, de la que deriva la regla o criterio de la preferencia del varón sobre la mujer en igualdad de línea y*

grado aplicable en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley de 11 de octubre de 1820 y el artículo 1.º de la Ley de 4 de mayo de 1948.

En contraste con esta doctrina jurisprudencial, y evitando cualquier desaire hacia el TC sin desautorizar su línea argumental, la Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios ha establecido que *no hay preferencia alguna del varón, aunque ha mantenido el principio de primogenitura*. Añade el autor que la Exposición de Motivos no menciona el artículo 14 CE, argumentando el valor meramente simbólico de los títulos nobiliarios e invocando la Convención de Nueva York de 1979. ¿La contradicción del nuevo régimen sucesorio con el citado precepto constitucional está servida al mantener el principio de primogenitura!

MORETÓN SANZ, M.^a Fernanda: *Nuevas perspectivas jurídicas en materia de no discriminación por razón de edad, discapacidad o dependencia* (págs. 35-52).

La autora describe el marco internacional y comunitario en que tendrán que desarrollarse las políticas legislativas, aquí contempladas, teniendo en cuenta la receptividad que muestra la Constitución en vigor para que entren a formar parte de nuestro ordenamiento interno las normas internacionales que aplican y desarrollan los derechos humanos, a cuyo ámbito pertenece, sin duda, la no discriminación de las personas con discapacidad, así como la relativa agilidad del procedimiento constitucional para llevarlo a efecto. Sin olvidar la Convención Interamericana de 1999, el trabajo se centra en la Convención europea de 1950 y en la labor interpretativa desarrollada por el TEDH, así como en los preceptos de la Carta Social Europea revisada y en las diversas Recomendaciones de los órganos comunitarios de 1992 y 1998 que han supuesto un verdadero detonante de las políticas a desarrollar ante el panorama de 50 millones de ciudadanos comunitarios aquejados de alguna discapacidad. El objetivo de lograr el bienestar de los mayores y personas dependientes se ve ahora incorporado a la Carta Europea de los Derechos Fundamentales de 2004, que, además, han contribuido en su conjunto a universalizar el tema en la importante Convención de la ONU de 13 de diciembre de 2006, cuyo preámbulo reitera la convicción de que *la familia es la unidad colectiva natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a recibir protección de esta y del Estado, y de que las personas con discapacidad y sus familiares deben recibir la protección y la asistencia necesarias para que las familias puedan contribuir a que las personas con discapacidad gocen de sus derechos plenamente y en igualdad de condiciones*. Finaliza la autora observando que un importante número de personas discapaces o dependientes se encuentran fuera de su ámbito familiar, lo que adicionalmente supondrá un nuevo reto para los estados.

VIVAS TESÓN, Inmaculada: *De la discriminación a la tutela de la mujer en el Derecho Civil: Ley Orgánica y notas críticas a la luz de las políticas y acciones positivas de la Panoramica 3/2007* (págs. 75-106).

La autora —que bien puede merecidamente ser considerada especialista en el tema (1)— hace una exposición bivalente, destacando el contraste entre el

(1) Véase la recensión de M.^a Fernanda MORETÓN SANZ, a su reciente monografía sobre «La dignidad de las personas con discapacidad: Logros y retos jurídicos» (Madrid, 2010), en *RCDI*, enero-febrero de 2010, pág. 697 y sigs., con inclusión de otras obras y trabajos de su autoría ya publicadas sobre el tema.

derecho derogado y la nueva normativa, aunque afirma que se trata de un proceso todavía inacabado, pues aun quedan resquicios o flecos de esa inferioridad social de la mujer, la cual, tras los plausibles esfuerzos normativos realizados en estos últimos años, ha dejado de ser, en buena medida, legal. Añade —no sin cierta ironía, que cabría detectarse— la aséptica interpretación y aplicación de las normas equiparadoras por parte de los operadores jurídicos, quienes han de ser extremadamente cautelosos a la hora de aplicar, con exquisita objetividad, las leyes de igualdad y, muy especialmente, a la hora de cristalizar el concreto contenido de muchos de los conceptos jurídicos indeterminados que en aquellas se contienen. En este trabajo caben destacarse observaciones puntuales que merecen atenta reflexión. Por ejemplo (pág. 86) cuando solicita que la jurisprudencia llene de contenido concreto el principio de *actuación en interés de la familia*; o cuando observa que tres de cada cuatro cuidadores principales de los dependientes familiares son mujeres, al comentar la *addenda* introducida en el artículo 68 del Código Civil; o la ubicación del artículo 1438 del Código Civil cuando, en la realidad, serán poco frecuentes los supuestos en que se haya pactado la separación de bienes trabajando fuera de casa uno solo de los cónyuges (lo que le permite denunciar el carácter marginal con que, a su juicio, se ha planteado el tema del trabajo en el hogar: pág. 94); o las incisivas observaciones terminológicas sobre el derecho de visita (pág. 101).

HERNÁNDEZ SAMPELAYO, María: *Género y educación* (págs. 239-265).

El moderno término *género* resulta novedoso en el ámbito del Derecho Civil, sobre todo si pretende sustituir al tradicional *sexo* preponderante todavía en el Código Civil. Por su valor, a mi juicio, clarificador he seleccionado este trabajo, de finalidad no jurídica sino educativa. Sostiene la autora que las novedosas doctrinas sobre la ideología del género se apoyan, por un lado, en distintas teorías marxistas y estructuralistas, dentro de las cuales destacan las de ENGELS y también los postulados de algunos representantes de la *revolución sexual* (REICH y MARCUSE). Influye fuertemente el existencialismo ateo de Simone DE BEAUVOIR, quien proclamó ya en 1949: *¡No naces mujer, te hacen mujer!, ¡No se nace varón, te hacen varón!* Además los estudios socioculturales de Margaret MEAD consolidaron una nueva rama del feminismo radical, aunque la validez científica de sus aportaciones es controvertida. Pero al proclamar que los géneros masculino y femenino serían el producto exclusivo de los factores sociales, sin relación alguna con la dimensión sexual de la persona, los defensores de esta teoría se oponen radicalmente a un modelo, tan unilateral como el suyo, que sostiene lo contrario. Analiza luego las cuestiones de sexo y género desde el punto de vista sociológico y comparativo, apreciándose un predominio del género masculino en la mayoría de los países del mundo. En este caso se entiende el género como un espacio cultural en el que en la interacción simbólica hombre-mujer se sitúan los estereotipos y modelos de comportamiento, pero también las relaciones de dominio y subordinación, las luchas por la hegemonía y las pautas de resistencia. Muchos de estos ámbitos resultan ser claramente injustos y discriminatorios. Así resulta que España es el único país europeo donde la prensa publica anuncios de contactos sexuales por los que ingresan grandes beneficios publicitarios. Partiendo del papel de la familia en la adjudicación de los roles sociales femeninos o masculinos, la autora analiza algunos cambios importantes últimamente producidos como la anticipación de las conductas problemáticas

de las adolescentes, comprobando la diversidad de actitudes entre chicos y chicas. Opina que en España continuamos con un reduccionismo ideológico que considera intrínsecamente malo y machista la escuela diferenciada por sexos. En su opinión, la enseñanza mixta no es un principio intangible del derecho escolar sino un instrumento para la igualdad de oportunidades y la transmisión de valores fundamentados en el respeto y la tolerancia. Lo importante es ver si está sirviendo para ello.

VILLAGRASA ALCAIDE: *La discriminación por orientación sexual* (págs. 267-292).

La discriminación basada en la orientación sexual no ha conseguido su erradicación, no solo en buena parte del planeta, sino incluso en nuestro país, al menos socialmente, al detectarse todavía actitudes de odio o de rechazo irracionales al respecto. Se entiende por orientación sexual la inclinación de sentir atracción emocional, afectiva y sexual por persona del mismo género, del otro género o de ambos simultáneamente; se define como identidad de género, la vivencia interna e individual de género que puede corresponderse o no con el sexo asignado al nacer, de acuerdo con los atributos biológicos. En Europa destacan dos organismos en la lucha contra la discriminación por orientación sexual: El Consejo de Europa y el Parlamento Europeo. El acervo comunitario se ha ido incorporando a nuestra legislación interna (así, Ley 62/2003, de 30 de diciembre). En materia civil es destacable la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, sobre reconocimiento del matrimonio homosexual, que encontró fuerte resistencia institucional y que actualmente está recurrida ante el TC; asimismo la profusión de leyes autonómicas sobre parejas del mismo sexo, y la STC de 8 de febrero de 1993 sobre arrendamientos urbanos. En materia social, la STC 41/2006, de 13 de febrero, en un caso de despido por orientación social. Sucesivamente se ocupa de la actuación de la Fiscalía General del Estado, el papel de la seguridad pública en este campo, la discriminación en los medios de difusión masiva, finalizando con unos consejos sobre la formación de operadores del sector público —extensible a la privada— relacionados con los delitos de discriminación, y la sensibilización de las víctimas.

VERDERA IZQUIERDO, Beatriz: *Violencia de género, patria potestad e igualdad* (págs. 335-358).

La autora se propone poner de manifiesto la repercusión que la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia de género (LMPIVG) en relación con la patria potestad, que se puede ver alterada a consecuencia de un suceso de este tipo en el ámbito familiar. Recuerda sobre esta materia la STS de 14 de mayo de 2008 y la STC de 4 de mayo de 2009, que contribuyeron a disipar las dudas sobre la inconstitucionalidad de aquella. Reconoce que suprimidas las causas de separación o divorcio por Ley 15/2005, resulta difícil conjugar la nueva redacción del Código Civil con la LMPIVG. Parece un tanto descarnada la afirmación de Teresa SAN SEGUNDO (2): «la supresión de las causas que impulsan a la separación o al divorcio ha traído como consecuencia un retroceso en la lucha contra la violencia de género». Un logro importante de la LMPIVG es la posibilidad de que los Juzgados sobre la violencia de la mujer conozcan de cuestiones civiles. También puede ser eficaz la

(2) Teresa SAN SEGUNDO MANUEL, «Las leyes civiles ante el maltrato», en el volumen *Violencia de género, una visión multidisciplinar* (Madrid, 2008), pág. 253.

creación en 2002 del Observatorio contra la violencia doméstica de género. A continuación la autora recoge y analiza una abundante jurisprudencia menor, de gran interés por su novedad, en la que se priva de la patria potestad al autor de la violencia de género.

En resumen: una visión interdisciplinaria (3), sin duda de valor desigual, aunque versando sobre un tema de evidente actualidad entre nosotros.

(3) Otros trabajos incluidos en el volumen, por orden de inserción: Bárbara DE LA VEGA JUSTIVÓ, *Las políticas legislativas en materia de acción positiva y su incidencia en el contrato de seguro de salud* (págs. 53-74). M.^a José FERNÁNDEZ PAVÉS, *Medidas fiscales de discriminación positiva por razón de edad a nivel local* (págs. 107-143). Carmen QUESADA ALCALÁ, *Guía para el trato de igualdad y los derechos humanos en las instituciones penitenciarias* (págs. 145-164). Yolanda M.^a DE LA FUENTE, *Accesibilidad universal y diseño para todas y todos*, (págs. 165-192). María CRESPO GARRIDO, *La ley de autonomía personal como instrumento de inserción laboral* (págs. 193-223). M.^a Victoria GARCÍA GÓMEZ AGÜERO, *Sexo, género y conciliación de la vida personal y laboral* (págs. 225-236). M.^a del Ángel IGLESIAS VÁZQUEZ, *Violencia contra la mujer: Referencia a la normativa internacional* (págs. 293-302). M.^a Teresa REQUEJO NAVEROS, *La violencia de género en el Código Penal: Constatación de una regulación polémica* (págs. 303-333).

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA Y LEÓN

Número 25 (Septiembre 2011)

«La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español (una visión crítica)», por Javier Gustavo FERNÁNDEZ TERUELO, pág. 7.

SUMARIO: 1. ASPECTOS PREVIOS.—2. MOTIVACIONES Y EXPECTATIVAS DERIVADAS DE LA IMPLANTACIÓN DE LA RPPJS.—3. LA DESAPARICIÓN DEL MODELO DE CONSECUENCIAS ACCESORIAS EN SU FORMULACIÓN ANTERIOR A LA REFORMA.—4. MEDIDAS DE CARÁCTER PROCESAL: LAS PREVISIONES DEL PROYECTO DE LEY DE MEDIDAS DE AGILIZACIÓN PROCESAL.—5. MODELO ELEGIDO POR EL LEGISLADOR ESPAÑOL Y SU CONFLICTO CON LA TEORÍA DEL DELITO.—6. RESPONSABILIDAD CUASI-OBJETIVA Y POR HECHOS AJENOS.—7. DOBLE VÍA DE IMPUTACIÓN: ADMINISTRADORES Y EMPLEADOS SOMETIDOS AL CONTROL DE LOS ADMINISTRADORES.—8. OTROS REQUISITOS Y CARACTERÍSTICAS DEL MODELO.—9. LAS PENAS. SU IMPOSICIÓN.

«Imputación objetiva y culpabilidad en el Derecho Penal de las personas jurídicas. Especial referencia al sistema español», por Manuel GÓMEZ TOMILLO, pág. 43.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA TIPICIDAD: IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL HECHO DESCRITO COMO DELITO A LA PERSONA JURÍDICA: 2.1. EL HECHO DE CONEXIÓN. PERSPECTIVA POLÍTICO-CRIMINAL. 2.2. EL HECHO DE CONEXIÓN EN EL DERECHO POSITIVO ESPAÑOL. 2.3. LOS ADMINISTRADORES DE HECHO O DE DERECHO, LOS REPRESENTANTES LEGALES DE LA PERSONA JURÍDICA Y LAS PERSONAS SUBORDINADAS A ELLOS.—3. LA EXIGENCIA DE QUE EL HECHO DE CONEXIÓN SEA LLEVADO A CABO «EN NOMBRE O POR CUENTA» Y EN «PROVECHO» DE LA PERSONA JURÍDICA.—4. ¿EL DEFECTO DE ORGANIZACIÓN COMO UNA CUESTIÓN DE INJUSTO?—5. DOLO E IMPRUDENCIA: LA TIPICIDAD SUBJETIVA.—6. LA CULPABILIDAD EN LOS DELITOS IMPUTABLES A LAS PERSONAS JURÍDICAS.—7. EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD.—8. LA CULPABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO POSITIVO ESPAÑOL: LOS ARTÍCULOS 31 BIS.3 Y 31 BIS.4 DEL CÓDIGO PENAL.

«La reforma del mercado de trabajo de 2010: una apuesta por la flexibilidad en la ordenación de las relaciones laborales», por Susana RODRÍGUEZ ESCANCIANO, pág. 85.

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES PREVIAS.—2. EL REPLIEGUE DE LOS ESTÁNDARES SOCIALES ANTE LA CRISIS.—3. CONTRATACIÓN INDEFINIDA *VERSUS* CONTRATACIÓN TEMPORAL: 3.1. EL CONTRATO PARA EL FOMENTO DE LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA. 3.2. CONTRATACIÓN A TÉRMINO: 3.2.1. *Para obra o servicio*. 3.2.2. *Para la formación*. 3.2.3. *En prácticas*. 3.3. RÉGIMEN DE INDEMNIZACIONES. 3.4. ENCADENAMIENTO CONTRACTUAL.—4. LA FACILITACIÓN DE LOS DESPIDOS POR CAUSAS EMPRESARIALES.—5. ADAPTACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO A LAS NECESIDADES ORGANIZATIVAS.—6. DESCUELGUE SALARIAL.—7. POLÍTICAS DE COLOCACIÓN E INTERVENCIÓN DE AGENTES PRIVADOS CON ÁNIMO DE LUCRO.—8. CONTROL DEL ABSENTISMO.—9. LA LIMITACIÓN DE LA RETRIBUCIÓN EN ESPECIE DE LOS EMPLEADOS DE HOGAR.—10. PROTECCIÓN POR CESE DE ACTIVIDAD DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS.—11. CUESTIONES PENDIENTES.—12. CONCLUSIÓN.—13. BIBLIOGRAFÍA.

«El régimen de la sostenibilidad medioambiental», por Dionisio FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, pág. 163.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: 1.1. ASPECTOS GENERALES SOBRE EL DESARROLLO SOSTENIBLE. 1.2. LA CONCEPCIÓN DEL DESARROLLO SOSTENIBLE EN LA UNIÓN EUROPEA.—2. BASES CONSTITUCIONALES Y LEGALES DEL DESARROLLO SOSTENIBLE: 2.1. PREVISIONES CONSTITUCIONALES. 2.2. ASPECTOS COMPETENCIALES. 2.3. LA PLASMACIÓN DEL DESARROLLO SOSTENIBLE EN DOCUMENTOS ESTRATÉGICOS Y EN LA LEGISLACIÓN ORDINARIA.—3. EL RÉGIMEN DE LA SOSTENIBILIDAD MEDIOAMBIENTAL EN LA LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE: 3.1. ELABORACIÓN DE LA LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE. 3.2. LA LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE: ASPECTOS GENERALES. 3.3. LA REGULACIÓN DE CARÁCTER AMBIENTAL DE LA LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE. 3.4. LA SOSTENIBILIDAD MEDIOAMBIENTAL EN LA LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE: 3.4.1. *Las previsiones de la Ley en materia de energía*. 3.4.2. *Las medidas en materia de reducción de emisiones*. 3.4.3. *El transporte y la movilidad sostenible*. 3.4.4. *Medio urbano sostenible: rehabilitación y vivienda*. 3.4.5. *Instrumentos de aplicación y evaluación de la Ley de Economía Sostenible*.—REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

«Crónica de una muerte anunciada: reestructuración y ocaso de las Cajas de Ahorro españolas», por Anabelén CASARES MARCOS, pág. 219.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. DE NUEVO SOBRE LA DEBATIDA CUESTIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CAJAS DE AHORROS: 2.1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y TRANSFORMACIÓN PAULATINA DE LAS CAJAS DE AHORRO. 2.2. LA NATURALEZA FUNDACIONAL DE LAS CAJAS DE AHORRO. 2.3. EL ASALTO DE LOS PODERES PÚBLICOS A LAS CAJAS Y PROBLEMAS PLANTEADOS POR LA INTERVENCIÓN Y EL INTERVENCIONISMO PÚBLICOS EN LAS MISMAS.—3. LA REFORMA DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS CAJAS DE AHORROS ESPAÑOLAS POR DECRETO-LEY 11/2010, DE 9 DE JULIO: 3.1. OPCIONES ORGANIZATIVAS E INSTITUCIONALES INAUGURADAS POR LA REFORMA DE 2010: 3.1.1. *El precedente de la reforma institucional de las Cajas de Ahorro europeas*. 3.1.2. *El Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, y la progresiva disolución de la identidad tradicional de la Caja de Ahorros española*. 3.2. REFORMA E IMPULSO DE LA CUOTA PARTICIPATIVA COMO VÍA

PARA LA AMPLIACIÓN DE CAPITAL DE LAS CAJAS DE AHORRO. 3.3. LA PROMOCIÓN DE UNA MAYOR PROFESIONALIZACIÓN Y EFICIENCIA EN LA GESTIÓN DE LAS CAJAS DE AHORRO.—4. CONCLUSIÓN.—BIBLIOGRAFÍA.

«El régimen jurídico de las lenguas en las escuelas españolas», por Alejandro GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, pág. 291.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL USO DE LA LENGUA ESPAÑOLA Y DE LAS LENGUAS AUTONÓMICAS.—3. EL EMPLEO DE LAS LENGUAS SEGÚN LA LEY ORGÁNICA DE EDUCACIÓN.—4. EL AVANCE EN LA IMPLANTACIÓN DE LAS LENGUAS AUTONÓMICAS EN EL ÁMBITO ESCOLAR: 4.1. MEDIDAS GENERALES PREVISTAS EN LA NORMATIVA AUTONÓMICA. 4.2. LENGUAS PROPIAS Y LENGUAS VEHICULARES. 4.3. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—5. LA SITUACIÓN ESPAÑOLA EN RELACIÓN CON OTROS PAÍSES.—6. CONCLUSIONES.

REVISTA JURÍDICA DE NAVARRA Número 50 (Julio-Diciembre 2010)

«Determinaciones y estándares en la legislación urbanística navarra», por Juan CRUZ ALLÍ ARANGUREN, pág. 11.

SUMARIO: I. EL SISTEMA DE ORDENACIÓN TERRITORIAL Y URBANÍSTICA SOSTENIBLE: 1. EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE Y EL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD. 2. CONTENIDO Y ALCANCE DE LAS TÉCNICAS PLANIFICADORAS: A) *La ordenación del territorio*. B) *El urbanismo*. 3. LOS INSTRUMENTOS DE LA ORDENACIÓN Y EL URBANISMO.—II. PRINCIPIOS, METAS, OBJETIVOS Y DETERMINACIONES DE ORDENACIÓN URBANÍSTICA: 1. EL PRINCIPIO DE ORDENACIÓN TERRITORIAL SOSTENIBLE Y SUS DETERMINACIONES. 2. EL DERECHO A LA VIVIENDA COMO DETERMINACIÓN Y PRINCIPIO: A) *Determinación legal de los planes de ordenación*. B) *Reconocimiento y plasmación del derecho a una vivienda digna*. 3. SISTEMAS GENERALES Y DOTACIONES LOCALES. 4. DETERMINACIONES URBANÍSTICAS ESTRUCTURANTES Y PORMENORIZADAS.—III. ESTÁNDARES URBANÍSTICOS: 1. CONCEPTO Y FUNCIÓN: A) *Concepto*. B) *Función*. 2. EVOLUCIÓN DE SU RÉGIMEN LEGAL. 3. RÉGIMEN DE NAVARRA. 4. DETERMINACIÓN SOBRE VIVIENDA DE PROTECCIÓN PÚBLICA. 5. DETERMINACIÓN SOBRE ESPACIOS DOTACIONALES Y DE SERVICIOS: A) *Premisas y concepto urbanístico*. B) *Régimen*. C) *Comparación entre las determinaciones de las Leyes Forales 35/2002 y 6/2009*. 6. EL VALOR JURÍDICO DE LOS ESTÁNDARES.—BIBLIOGRAFÍA.

«La donación *propter nuptias* en el régimen común y foral: sus retos en el actual contexto social», por Raquel LUQUIN BERGARECHE, pág. 59.

SUMARIO: I. LA DONACIÓN POR RAZÓN DE MATRIMONIO EN EL DERECHO CIVIL COMÚN Y EN EL DERECHO CIVIL DE NAVARRA: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CONCEPTO Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LAS DONACIONES POR RAZÓN DE MATRIMONIO. 3. PAPEL QUE DESEMPEÑA EL MATRIMONIO EN LA ESTRUCTURA

TURA DE LA DONACIÓN NUPCIAL: A) *Examen de las distintas teorías acerca del valor de la contemplatio matrimonii en las donaciones nupciales.* B) *El matrimonio como requisito de eficacia de la donación propter nuptias.* C) *La donación propter nuptias: ¿liberalidad o causa onerosa?* D) *La celebración o la permanencia del matrimonio como requisito de eficacia de la donación propter nuptias: estado de la cuestión en el fuero nuevo.* 4. LA FINALIDAD DE LA INSTITUCIÓN DE LA DONACIÓN PROPTER NUPTIAS: A) *Causalidad, intencionalidad y funcionalidad de estas donaciones.* B) *Funcionalidad de las donaciones propter nuptias en el Código Civil.* C) *Funcionalidad de las donaciones propter nuptias en el Fuero Nuevo.* 5. EL RÉGIMEN DE LAS DONACIONES PROPTER NUPTIAS EN EL FUERO NUEVO DE NAVARRA: A) *Aspectos generales de la regulación navarra de las donaciones nupciales.* B) *Singularidades de la donación propter nuptias navarra.*—II. ACTUALIDAD DE LA INSTITUCIÓN NAVARRA DE LA DONACIÓN PROPTER NUPTIAS: 1. NECESIDAD DE ACTUALIZACIÓN SOCIAL DE LOS DERECHOS FORALES. 2. VARIEDAD ACTUAL DE LAS DONACIONES NUPCIALES: TIPOLOGÍA. 3. NUEVAS FUNCIONES ECONÓMICO-SOCIALES DE LA DONACIÓN PROPTER NUPTIAS: A) *Donaciones propter nuptias universales como fórmula de transmisión indivisa de patrimonios y empresas familiares.* B) *La utilización de la donación propter nuptias para asumir nuevos retos en la función de acogimiento familiar.*—III. PERVIVENCIA DE LA INSTITUCIÓN DE LA DONACIÓN PROPTER NUPTIAS EN EL DERECHO CIVIL DE NAVARRA: RETOS Y OBSTÁCULOS EN EL SIGLO XXI: 1. UNIFICACIÓN O DIVERSIFICACIÓN DE RÉGIMEN EN LAS DISTINTAS DONACIONES NUPCIALES. 2. DONACIONES PROPTER NUPTIAS Y SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIAL. 3. LA CUESTIÓN DE LA APLICABILIDAD DEL RÉGIMEN JURÍDICO NAVARRO DE LAS DONACIONES PROPTER NUPTIAS A LAS PAREJAS NO MATRIMONIALES.—IV. CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

«El riesgo sistémico en la regulación bancaria: una aproximación a las respuestas del derecho a la crisis financiera», por María Amparo SALVADOR ARMENDÁRIZ, pág. 145.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL SISTEMA BANCARIO COMO ACTIVIDAD GLOBAL Y SISTÉMICA QUE REQUIERE UNA REGULACIÓN ADAPTADA A SU FUNCIONAMIENTO.—III. ALGUNAS RESPUESTAS DEL DERECHO BANCARIO A LA CRISIS FINANCIERA: 1. SEGÚN SU ÁMBITO TERRITORIAL: A) *Respuestas globales: reforzamiento de ciertos instrumentos y reformas institucionales.* B) *Las respuestas de ámbito europeo.* C) *La respuesta estatal.* 2. NOVEDADES REGULATORIAS DE ÁMBITO ESTATAL: A) *Medidas de rescate.* B) *Reforzamiento de los instrumentos de Derecho Público bancario: a) El intento de control de las remuneraciones de los directivos; b) Reforzamiento de los requisitos de información en las relaciones jurídico-privadas.* C) *Cambios institucionales.* D) *Medidas de reestructuración.*—IV. VALORACIÓN DE LAS NOVEDADES EN LA REGULACIÓN BANCARIA DESDE EL DERECHO PÚBLICO.

«Régimen jurídico de la eficiencia y el ahorro energético», por Isabel GONZÁLEZ RÍOS, pág. 171.

SUMARIO: I. LA PROTECCIÓN AMBIENTAL A TRAVÉS DE LA EFICIENCIA Y EL AHORRO ENERGÉTICO.—II. EL PAPEL DE LA UNIÓN EUROPEA EN

MATERIA DE EFICIENCIA Y AHORRO ENERGÉTICO: 1. LA POLÍTICA COMUNITARIA SOBRE EFICIENCIA ENERGÉTICA: LIBRO VERDE PARA LA EFICIENCIA ENERGÉTICA. EL LIBRO VERDE SOBRE UNA ESTRATEGIA EUROPEA PARA UNA ENERGÍA SOSTENIBLE, COMPETITIVA Y SEGURA, Y «EL PAQUETE ENERGÍA». 2. Normativa de la UE en materia de eficiencia energética.—III. POLÍTICA Y REGULACIÓN NACIONAL SOBRE EFICIENCIA Y AHORRO ENERGÉTICO: 1. LA POLÍTICA NACIONAL EN MATERIA DE EFICIENCIA ENERGÉTICA: ESTRATEGIAS Y PLANES. 2. LA REGULACIÓN ESTATAL Y AUTONÓMICA. EL PAPEL DE LOS ENTES LOCALES.—IV. EFICIENCIA ENERGÉTICA EN EL ALUMBRADO EXTERIOR: DISPERSIÓN NORMATIVA.—V. EFICIENCIA ENERGÉTICA EN LOS EDIFICIOS: 1. DE LA DIRECTIVA 2002/91/CE A LA DIRECTIVA UE/31/2010. 2. MEDIDAS DE AHORRO Y EFICIENCIA ENERGÉTICA EN EL DERECHO INTERNO.—VI. OTRAS ACCIONES Y MEDIDAS DIRIGIDAS AL FOMENTO DE LA EFICIENCIA ENERGÉTICA: 1. LA EFICIENCIA ENERGÉTICA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. 2. LA EFICIENCIA ENERGÉTICA A TRAVÉS DEL DISEÑO ECOLÓGICO DE LOS PRODUCTOS.—VII. REFLEXIÓN FINAL.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL Número 2 (2010)

«Multilateralismo: adaptación a un mundo con potencias emergentes», por Esther BARBÉ IZUEL, pág. 21.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. MULTIPOLARIDAD Y EMERGENCIA DE POTENCIAS: 2.1. LA POLARIDAD DEFINIDA POR LAS CAPACIDADES: UN MUNDO UNIPOLAR.—2.2. LAS LIMITACIONES DE LA POLARIDAD: HUÉRFANOS DE CONCEPTO.—2.3. LAS POTENCIAS EMERGENTES, DINAMIZADORAS DE LA DISTRIBUCIÓN DEL PODER.—3. MULTILATERALISMO: CONCEPTO Y PRÁCTICA: 3.1. EL MULTILATERALISMO COMO INSTITUCIÓN.—3.2. INSTITUCIONES MULTILATERALES COMO ARQUITECTURA DEL SISTEMA.—3.3. CRISIS DE LAS INSTITUCIONES MULTILATERALES, UN FENÓMENO PLURAL.—4. PODER, COOPERACIÓN E IDENTIDAD: 4.1. REDISTRIBUCIÓN DEL PODER: *SOFT BALANCING* Y MINILATERALISMO.—4.2. COOPERACIÓN MULTILATERAL: CONSULTA Y *PROBLEM SOLVING APPROACH*.—4.3. CONSTRUCCIÓN DE LA IDENTIDAD: *STATUS* DE POTENCIA Y NO-INTERVENCIÓN.—5. CONCLUSIONES.

«El traslado lícito de menores: las denominadas *relocation disputes*», por Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS, pág. 51.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. RELACIÓN DE LAS *RELOCATION DISPUTES* CON LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.—3. RELACIÓN DE LAS *RELOCATION DISPUTES* CON EL EJERCICIO TRANSNACIONAL DEL DERECHO DE VISITA.—4. RESOLUCIÓN DE LAS *RELOCATION DISPUTES* CONFORME AL DERECHO ESPAÑOL: 4.1. EL PROCEDIMIENTO PARA EL TRASLADO LÍCITO DE UN NIÑO.—4.2. LOS PARÁMETROS DE RESOLUCIÓN DE LAS *RELOCATION DISPUTES*.—4.3. VALORACIÓN.—5. CONCLUSIONES.

«Hacia un nuevo marco jurídico internacional de la pesca en alta mar: la NAFO en esta encrucijada», por Adela REY ANEIRO, pág. 77.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. ¿QUÉ HA PASADO EN EL ATLÁNTICO NOROESTE ENTRE CANADÁ, ESPAÑA Y LA UNIÓN EUROPEA DESDE LA «GUERRA DEL FLETÁN»?—3. DESDE LA ÓPTICA CANADIENSE: COMO EL PRINCIPAL ESTADO RIBEREÑO CON INTERÉS ESPECIAL.—4. DESDE LA ÓPTICA DE ESPAÑA Y LA UNIÓN EUROPEA: COMO «ESTADOS» DE PESCA A DISTANCIA CON DERECHOS HISTÓRICOS.—5. LA REFORMA DE LA NAFO: LA OPORTUNIDAD PARA ENCONTRAR UN TABLERO DE JUEGO ACEPTADO POR TODOS.—6. CONSIDERACIONES FINALES.

«Perspectivas sobre el hecho religioso en el sistema mundial contemporáneo», por Paloma GARCÍA PICAZO.

SUMARIO: 1. UN SISTEMA MUNDIAL SECULAR Y SECULARIZADO: 1.1. ¿UNA CIVILIZACIÓN HEGEMÓNICA MUNDIAL O «MODERNIDADES ALTERNATIVAS»?—1.2. SECULARIZACIÓN Y RELIGIOSIDAD: FLUJOS Y REFLUJOS EN UN DEVENIR HISTÓRICO.—1.3. PARADOJAS DE LA MODERNIDAD: ¿EL PROGRESO COMO AMENAZA O COMO SALVACIÓN?—1.4. ORTODOXIA, HETERODOXIA Y PODER POLÍTICO: LA INTOLERANCIA RELIGIOSA.—2. FENOMENOLOGÍA DE LO RELIGIOSO EN UN MUNDO HETEROGÉNEO, MUDABLE Y COMPLEJO: 2.1. DOMINANTES Y DOMINADOS: REACCIÓN Y REVOLUCIÓN EN EL SISTEMA MUNDIAL. 2.2. DIOS, EN REVANCHA: HIJOS ¿O PADRES DE LA IRA?—3. EL HECHO RELIGIOSO: HACIA UNA BÚSQUEDA DE LA OBJETIVIDAD: 3.1. HECHO RELIGIOSO Y NACIONALISMO: SU IMPRONTA EN LA MOVILIZACIÓN DESCOLONIZADORA.—3.2. LA «TEORÍA DEL CAMPO RELIGIOSO», DE PIERRE BOURDIEU: CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES.—3.3. EL «CAMPO RELIGIOSO»: DIALÉCTICA ENTRE LA REVOLUCIÓN POLÍTICA Y LA REVOLUCIÓN RELIGIOSA.—3.4. EL SISTEMA MUNDIAL: ENTRE LA POLITIZACIÓN DE LO SAGRADO Y LA SACRALIZACIÓN DE LO POLÍTICO.—4. EXPOSICIÓN, ANÁLISIS Y COMENTARIOS AL «MODELO DE APLICACIÓN DEL "CAMPO RELIGIOSO" DE PIERRE BOURDIEU AL SISTEMA MUNDIAL»: 4.1. ANÁLISIS, ACLARACIONES Y COMENTARIOS SOBRE EL CUADRO.—5. CONCLUSIONES, INCÓGNITAS Y COROLARIO: LA INTEGRACIÓN DE LOS APOCALÍPTICOS, EL APOCALIPSIS DE LOS INTEGRADOS.

REVISTA DE LA ASOCIACIÓN DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY Tomo 96 (2010)

«De la colación hereditaria», por Raúl ANIDO BONILLA, pág. 9.

«La responsabilidad penal y jurídica de los notarios», por Roberto BARONE, pág. 33.

«La competencia notarial en asuntos no contenciosos», por Miguel Ángel CAMPO GÜERRI, pág. 49.

«El notario como garante de los derechos de la persona», por Alfonso CAVALLÉ CRUZ, pág. 111.

«Consultas de Derecho Tributario», por Alberto FAGET PRATI, pág. 127.

«Actuación de las sociedades comerciales ante los bancos», por Gabriel MIHALI BITTENCOURT, pág. 147.

**REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD
DE COSTA RICA**
Número 124 (Enero-Abril 2011)

«Patrimonio histórico arquitectónico: elementos iusambientales e iusmunicipales», por Frank ÁLVAREZ HERNÁNDEZ, pág. 13.

«La potestad disciplinaria en la Administración y la prescripción para el inicio de los procedimientos», por Jorge F. SÁENZ CARBONELL, pág. 45.

«Desintegración familiar y criminalidad», por Roberto SOSSA SANDÍ, pág. 63.

«El nuevo reglamento de las tarjetas electrónicas», por Jorge Enrique ROMERO-PÉREZ, pág. 89.

«El interrogatorio y contrainterrogatorio en Costa Rica», por Rodolfo SOLÓRZANO SÁNCHEZ, pág. 139.

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.