

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 • Marzo-Abril 2011 • Núm. 724

REVISTA BIMESTRAL

Todos los trabajos son originales.
La Revista no se identifica necesariamente con
las opiniones sostenidas por sus colaboradores.

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

© Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España
I.S.S.N.: 0210-0444
I.S.B.N.: 84-500-5636-5
Depósito legal: M. 968-1958
Marca Comunitaria N.º 3.623.857

Imprime: J. SAN JOSÉ, S. A.
Manuel Tovar, 10 - 2.ª planta
28034 Madrid

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente

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

Comisión ejecutiva

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

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

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

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

Consejero-Secretario de la Revista

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

Consejeros

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

Don Fernando Curiel Lorente
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

Don Fernando Pedro Méndez González
Ex Decano del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Vicente Domínguez Calatayud
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Celestino Pardo Núñez
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Don Juan José Pretel Serrano
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

Comité editorial con funciones de evaluación externa

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

Don Vicente Guilarte Gutiérrez
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

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

Don Guillermo Jiménez Sánchez
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Sevilla

S U M A R I O

Págs.

ESTUDIOS

«Teoría general de las garantías reales», por GABRIEL DE REINA TARTIÈRE	717
«La calificación concursal de los créditos nacidos de los contratos con obligaciones recíprocas», por ANA MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA	751
«El derecho de foro», por CAMINO SANCINIENA ASURMENDI	793
«Sobre la anotación preventiva de demanda de nulidad de la hipoteca», por PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS	815

DICTÁMENES Y NOTAS

«La posición jurídica de los extranjeros a la luz del texto constitucional de la nueva Ley 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley de Extranjería y de la normativa de desarrollo», por ROSANA PÉREZ GURREA	827
« <i>Mortgage Gate</i> : Las incertidumbres sobre la ejecutabilidad de las hipotecas gestionadas por el <i>Mortgage Electronic Registration System</i> en Estados Unidos», por FERNANDO P. MÉNDEZ GONZÁLEZ	845

DERECHO COMPARADO

«La relación de causalidad en la responsabilidad civil del sujeto controlante por los daños ocasionados a la sociedad controlada», por MAURICIO BORETTO	891
«Los tribunales comunitarios competentes en materia de seguros», por CELIA M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ	927
«El registro de derechos en Inglaterra y Gales: avances y obstáculos en su implantación», por CELIA MARTÍNEZ ESCRIBANO	969

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

Resumen de Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, coordinado por JUAN JOSÉ JURADO JURADO	1003
Comentarios a Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado:	
— «Sobre la calificación refaccionaria de los créditos y su anotación. Su aplicación al ámbito de las cooperativas de viviendas», por ENCARNA CORDERO LOBATO	1021

ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general:

— El desconocimiento del beneficiario del enriquecimiento sin causa como presupuesto de inexistencia del mismo, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	1043

1.2. Derecho de familia:

— El defensor judicial: supuestos concretos de actuación, por ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT	1056
— Nulidad del matrimonio de complacencia como supuesto de reserva mental. La doctrina de la DGRN, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	1089

1.3. Derechos reales:

— Examen del artículo 178.5 RH: la especial cancelación de la hipoteca ganancial, por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA	1102

1.4. Sucesiones:

— Memorias y cédulas testamentarias: revisión jurisprudencial sobre el testamento ológrafo y sus requisitos y características según el Derecho Común, Foral catalán y navarro, por MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ.	1118

1.5. Obligaciones y contratos:

— La transmisión de dominio en la compraventa: el pacto de reserva de dominio, por ROSANA PÉREZ GURREA .	1143

1.7. Concursal civil:

- Dación en pago de la vivienda hipotecada y pacto comisorio, por TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS 1159

2. MERCANTIL

- Los remedios del vendedor en las compraventas de acciones y la sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de septiembre de 2010, por FRANCISCO REDONDO TRIGO 1182

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

- La declaración de obra nueva hecha por autopromotor: el seguro decenal, por EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN 1200

ACTUALIDAD JURÍDICA

- Información legislativa 1217

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS:

- «Nuevo Derecho constitucional comparado», de AA.VV. (Directores: Diego López Garrido, Marcos F. Massó Garrote y Lucio Pergoraro), por GABRIEL GARCÍA CANTERO 1239
- «El *Torrens title* y el Registro de la Propiedad», de LUIS JAVIER ARRIETA SEVILLA, por BRUNO RODRÍGUEZ-ROSADO 1244
- «El derecho de costas en España», de AA.VV. (Director: Enrique Sánchez Gollanes), por GUILLERMO RUIZ ARNÁIZ 1246

- REVISTAS DE REVISTAS** 1253

ESTUDIOS

Teoría general de las garantías reales

por

GABRIEL DE REINA TARTIÈRE

Doctor por la Universidad de Oviedo

Profesor Adjunto de Derecho Civil, Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA)

SUMARIO

- I. EL CONCEPTO DE GARANTÍA EN LA CONTRATACIÓN.
- II. GARANTÍAS PERSONALES Y REALES: CRITERIOS PARA UNA ELEMENTAL DIFERENCIACIÓN.
- III. EL SUSTRATO JURÍDICO-REAL EN FUNCIÓN DE GARANTÍA:
 - A) LAS GARANTÍAS REALES EN EL CONTEXTO DE LA DOGMÁTICA DE LOS DERECHOS REALES: POSESIÓN, PUBLICIDAD, POLÍTICA LEGISLATIVA
 - B) EL FUNCIONAMIENTO VARIADO DE LAS GARANTÍAS REALES SEGÚN EL MODELO IMPLICADO.
- IV. CLASIFICACIÓN DE LAS GARANTÍAS REALES: CUADRO DE DISTINCIÓN.
- V. LOS PRINCIPIOS COMUNES DE LAS GARANTÍAS REALES:
 - A) CONVENCIONALIDAD
 - B) ACCESORIEDAD
 - C) ESPECIALIDAD:
 - 1. *En relación con el objeto.*
 - 2. *Con respecto al crédito.*
 - D) INDIVISIBILIDAD.
 - E) SOMETIMIENTO A LA PROHIBICIÓN DEL PACTO COMISORIO.
- VI. LA GARANTÍA REAL CONSTITUIDA POR TERCERO.

I. EL CONCEPTO DE GARANTÍA EN LA CONTRATACIÓN

Es regla universal aquella por cuya virtud el deudor está llamado a responder del cumplimiento de sus obligaciones con todo su patrimonio, presen-

te y futuro (cfr. art. 1911 CC). Sobre ese conjunto de bienes, sus distintos acreedores tendrán un poder genérico de agresión, el cual quizá no resulte suficiente al tiempo en que insten la ejecución de sus créditos, y ello por muy diferentes motivos: la disposición, fraudulenta o no, que de alguno de sus bienes o activos haga el deudor luego de haber contraído la correspondiente deuda; la asunción de nuevas deudas con respecto a otras personas, con las que el anterior acreedor debería compartir, conforme a la secular regla de la *par conditio creditorum*, la masa patrimonial del deudor al tiempo de acreditarse su insolvencia, etc.

Para remediar, de algún modo, estos inconvenientes, el ordenamiento, a la par que consagra ciertas medidas especialmente tendientes a velar por la integridad del patrimonio del deudor (1), como la acción subrogatoria o la

(1) «Si tomamos como punto de referencia el régimen jurídico que disciplina el desarrollo de estas medidas de protección o tutela no cabe duda que presentan claras diferencias, y que su conexión con el derecho de crédito se articula de un modo diferenciado dependiendo de su respectivo ámbito de aplicación manifestándose, principalmente, en el marco de los requisitos exigidos para su correspondiente ejercicio. Así, por ejemplo, en el supuesto del vencimiento anticipado de la obligación, número 2.º del artículo 1129 del Código Civil, el efecto derivado de la tipicidad de la insolvencia como hecho o causa legal viene configurado *en orden al ejercicio de una propia facultad del acreedor*; de tal forma que su aplicación queda establecida de un modo simple y objetivo en la medida en que la lesión del crédito viene determinada por la constatación o realidad de la insolvencia sobrevenida del deudor. En cambio, en el supuesto de rescisión por fraude de acreedores, artículos 1111 y número 3.º del 1291 del Código Civil, el efecto derivado de la insolvencia como hecho o causa legal no opera automáticamente la rescisión del acto o negocio jurídico celebrado. Su razón de ser estriba en la complejidad del ámbito de aplicación de este medio rescisorio que parte necesariamente de la validez de un acto o negocio disposición realizado, *ex* artículo 1290 del Código Civil. Lo que supone, en esta línea, que el poder conferido al acreedor no pueda articularse mediante el ejercicio de una mera facultad jurídica, sino que venga configurado *como un específico poder de impugnación* consistente en el ejercicio de una acción personal que con carácter general permite a los acreedores atacar la eficacia de los actos fraudulentos celebrados por el deudor. Paralelamente, la participación del tercero en la dinámica fraudulenta impone, a diferencia del vencimiento anticipado, que la determinación de la lesión del derecho de crédito se realice también en atención a un presupuesto subjetivo, que entraña una noción de culpabilidad como juicio de reprobación de las conductas implicadas en el ilícito fraudulento. Excepción hecha, claro está, de aquellos supuestos donde el ordenamiento jurídico sanciona objetivamente la lesión del derecho de crédito, caso del acto o negocio de disposición celebrado a título gratuito en donde el fraude es relevante por sí mismo, sin acudir al plano de la culpabilidad. En parecidos términos, el peculiar objeto sobre el que incide la acción subrogatoria, esto es, el ejercicio de los derechos y acciones del deudor, artículo 1111 del Código Civil, determina la caracterización jurídica de este medio de protección o tutela. En este sentido, el poder conferido al acreedor actuante tampoco puede reconducirse al ejercicio de una mera facultad jurídica, *sino que constituye un supuesto de legitimación extraordinaria* para el ejercicio de los derechos del deudor, especialmente configurado por el ordenamiento jurídico.

No obstante, pese a la distinta naturaleza jurídica que presentan estos supuestos, la tipicidad de la insolvencia como hecho o causa legal que determina la lesión del derecho de crédito exterioriza una función común a todos ellos que les confiere una unidad de

pauliana, permite que se refuerce, mediante el juego de la autonomía de la voluntad, la situación del acreedor (2). A aquellas garantías que son inherentes al crédito cabe agregar, entonces, otras en cuanto derechos subjetivos de naturaleza patrimonial comúnmente convenidos y excepcionalmente reconocidos en la ley (resultando en esto paradigmático el derecho de retención), para apuntalar la efectividad del crédito, sea mediante la creación de un vínculo de especial afección sobre un bien —ya del deudor ya de un tercero—, sea agregando la responsabilidad de una persona ajena, en un principio, a la relación obligatoria pactada.

Ofrecido, así, más que sucintamente, el concepto de garantía se halla indefectiblemente vinculado al de responsabilidad. «Tienen ambos en común su finalidad de lograr seguridad en el cumplimiento de los créditos, y su soporte objetivo que incide normalmente sobre el valor en cambio de una cosa o de un patrimonio. Pero, al margen de esto, pueden diferenciarse por sus distintos caracteres. La responsabilidad alude siempre al patrimonio global e indiferenciado del deudor, con cargo al cual puede obtenerse el cumplimiento subsidiario o por equivalente de la obligación previa. Se responde con todo el patrimonio. En cambio, la garantía supone algún medio de reforzamiento de la posición del acreedor común. Éste cuenta para su satisfacción sólo con el patrimonio del deudor, sin especial preferencia sobre bienes concretos y en concurrencia con los otros acreedores. En la medida en que el acreedor obtenga una preferencia frente a otro acreedor, o frente a terceros adquirentes, o la afección especial de una cosa, o pueda ejecutar un nuevo patrimonio, habrá garantía. La garantía es siempre privilegio [*lato sensu*]. Así como la responsabilidad (fin) entraña un soporte objetivo único (afección de patrimonio universal e indiferenciado), la garantía (fin también) puede englobar muy diversas formas de realización u objetos posibles de ejecución». Comparadas así, la responsabilidad actúa normalmente «en todo tipo de obligaciones jurídicas exigibles; la garantía no, es un plus que exige expreso acto de constitución», resultando la responsabilidad previa a la garantía (3).

La adicionalidad se convertiría, dicho ello, en el implícito elemento común al Derecho de garantías, en su *leiv motiv* (4). No serían garantías, por

sentido y de alcance. Desde esta perspectiva, sin desconocer el diferente régimen jurídico que disciplina su respectivo ejercicio, *se puede afirmar que dichas facultades y acciones forman parte de un contenido natural del derecho de crédito* que tiene como específico objeto de tutela la efectividad o el valor de realización del derecho de crédito, esto es, la tutela del interés patrimonial del acreedor inherente a la constitución del crédito» (ORDUÑA MORENO [Dir.], *La protección patrimonial del crédito*, I, Madrid, Thomson-Civitas, 2006, págs. 28 y 29, nota 10).

(2) Cfr. AMORÓS GUARDIOLA, «La garantía patrimonial y sus formas», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1972, pág. 568.

(3) *Idem*, págs. 587 y 588.

(4) Vid., junto con las imprescindibles citas bibliográficas que va aportando, ROCA TRÍAS, «Rasgos básicos de la regulación española en materia de negocios de garantía», en

cuanto nada añadirían, por más que vendrían a proteger de una u otra forma la integridad del patrimonio del deudor o la solvencia del obligado: *a)* la llamada garantía general o responsabilidad patrimonial universal, por tratarse de algo inherente al crédito, que va con él, no debiendo ser convenida para que sirva de base de la acción ejecutiva contra el patrimonio del deudor; *b)* aquellos mecanismos legales pensados para la protección del derecho del acreedor, pero que: i) son consecuencia, siquiera eventual, del negocio principal, que forman parte de su natural contenido (por ejemplo, la garantía de evicción en los contratos onerosos); ii) imputan o cargan al mismo deudor con una obligación que se acumula a modo de anticipada sanción o estimación por su incumplimiento, como ocurre con la cláusula penal, por la cual puede incrementarse el montante posible de la deuda, coaccionar de esta manera ante el incumplimiento, pero el patrimonio a agredir seguirá siendo el mismo; iii) se permiten a los acreedores para la conservación de la garantía general atinente a la responsabilidad patrimonial universal del deudor, como las comentadas acciones subrogatoria y pauliana, que vienen dadas por la ley.

Formalmente, entonces, toda garantía necesitaría de un acto expreso de constitución, siquiera de concreción *ad casum* (derecho de retención), de ordinario de base voluntaria o contractual, por más que sean posibles garantías unilaterales (v. gr., fianza), en beneficio de un acreedor cuyo consentimiento no se precisa para su constitución o hasta mediando la oposición del principal obligado (cfr. art. 1823 CC). Aun en estos supuestos, la ley se comprueba fuente mediata, que no inmediata, como sí ocurre con los vistos en el párrafo anterior.

A la adicionalidad de la garantía se ha de agregar la accesoriedad que la informa como negocio. Sobre la accesoriedad, centrada en las garantías reales, se tratará más adelante. Para no complicar conviene ahora ver en esta característica una suerte de subsidiariedad, común para todas las garantías, aun las que el tráfico internacional articula en su necesidad como autónomas (5). Por su subsidiariedad, el negocio de garantía cumple y nace en función auxi-

NIETO CAROL y BONET SÁNCHEZ (Coord.), *Tratado de las garantías en la contratación mercantil*, I, Madrid, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio-Civitas, 1996, pág. 127 y sigs.

(5) Se llaman garantías autónomas o más confusamente «abstractas» las cauciones personales que, universalizadas bajo el título de garantías a primera demanda o requerimiento, son capaces de funcionar aun cuando se acredite la nulidad de la obligación que se pretende. Su función es esencial para favorecer la confianza en las transacciones internacionales haciendo mediar la garantía interbancaria, no necesariamente entre filiales de una misma casa matriz, para evitar entre tanto riesgos; piénsese tan sólo, en el de tener que litigar en foro extranjero. Sobre estas garantías existen dos textos de referencia ineludible, siquiera sea consultiva: por un lado, las Reglas Uniformes sobre Garantías a Demanda (según sus siglas en inglés, URDG) de la Cámara de Comercio Internacional (ICC); de otro, la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente, de 1995; *soft law* el primero, y ratificado por muy pocos países el segundo, no estando entre ellos España.

liar a otro de orden crediticio; la garantía depende en su ser del derecho de crédito, mejor dicho, de la relación obligatoria a cuyo buen éxito asegura: vive con ella, pierde su eficacia y se extingue a la vez.

La subsidiariedad del género se manifiesta: *a)* a nivel hermenéutico en la aplicación de la regla *utile per inutile non vitiatur*, de la que se concluye que la invalidez de la garantía no puede afectar al negocio principal, que habrá de quedar en pie pese a todo (6); *b)* a nivel adjetivo, a través del beneficio de excusión o, al menos, de reclamación previa al deudor, a aquel sujeto que es obligado principal, por más que se haya pactado que el garante pague directamente o con independencia del comportamiento de aquél, ya que la garantía exige en su función que se haya producido, documentado o no, el incumplimiento (7); y *c)* a nivel contable, por cuanto en el patrimonio del acreedor, por más garantizado que esté, no se localiza un crédito o activo, distinto en su monto y condiciones, al que por la garantía se ha asegurado (8).

II. GARANTÍAS PERSONALES Y REALES: CRITERIOS PARA UNA ELEMENTAL DIFERENCIACIÓN

Conceptuadas como precede, de las garantías en la contratación, por su dinámica y efectos, el criterio unánimemente aceptado las clasifica en perso-

(6) En las garantías autónomas, como se busca poner a salvo la garantía de contingencias e impugnaciones procesales, el principio rige a la inversa, a modo de *solve et repete*, pero sin subvertirlo. Es decir, que si la garantía se declara nula, con ella no habrá de caer la relación principal para cuyo buen fin aquel aseguramiento se contratara.

(7) En el mercado, las garantías a primera demanda se comprueban, como la fianza, subsidiarias o solidarias. Las subsidiarias exigen que el deudor haya incumplido o, al menos, que el beneficiario declare que el deudor ha incumplido y cuál es la naturaleza del incumplimiento e, incluso, que se aporte alguna justificación documental en tal sentido. Ciertamente, no habrá, continúa advirtiendo CARRASCO PERERA, «beneficio de excusión, aunque puede convenirse que el beneficiario sólo será reclamado si se acredita que no se ha podido cobrar por otros medios» (CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y MARÍN LÓPEZ, *Tratado de los derechos de garantía*, Cizur Menor, Aranzadi, 2003, págs. 364 y 365). En las garantías a primer requerimiento solidarias, por su parte, el garante está obligado, como en la fianza ordinaria, por el simple hecho del vencimiento de la obligación principal; sin embargo, la diferencia es menor que en la fianza, porque lo común es pactar que la garantía lo es a primer requerimiento justificado. En cualquier caso, repárese en que hacer uso de la garantía sin haber dado al deudor la posibilidad de cumplir, además de atentar contra la buena fe, factor trascendental en la articulación de estas garantías, implicará la responsabilidad del acreedor por adelantarse en el reclamo (frente al garante), debiendo indemnizar por todo concepto al deudor que hubiera podido afrontar el pago conforme a lo pactado. La agilidad pensada para la puesta en marcha de este tipo de garantías en absoluto llega a sustentar el incumplimiento desde la suposición, probabilidad o conjetura.

(8) Lo mismo puede decirse respecto del patrimonio del deudor; pero si es un tercero el que asegura la deuda ajena, ya personalmente ya afectando un bien específicamente al cumplimiento, sí se contabilizará en su patrimonio como pasivo, aunque condicionado. Lo cual es lógico; él no debía de antes, y si debe es supeditado a que no lo cumpla el deudor.

nales y reales. Las garantías personales se presentan como aquellas a cuyo través se logra que otra persona se comprometa al cumplimiento, a reemplazar al deudor para el caso de que no pueda o quiera cumplir o, mucho más básicamente, a resarcir por su incumplimiento (v. gr., por mediación de contrato de seguro). Elementalmente, se trata de una garantía otorgada por tercero (fiador, avalista, asegurador, etc.); dado que el deudor principal por quien se otorga la garantía «ya se encuentra obligado frente al acreedor, la garantía personal debe ser una obligación personal asumida por otra persona diferente del deudor. La garantía personal, por lo tanto, es una obligación asumida por un tercero como garantía de la obligación del deudor principal. Entonces, una obligación personal adicional del deudor principal, tal y como por ejemplo una cláusula punitiva, no es una garantía personal con el significado que aquí se utiliza. Mejor dicho, la esencia de la garantía personal consiste en que un tercero contrae una obligación en garantía por cuyo cumplimiento responde con todos sus bienes» (9).

Las garantías reales, por su lado, conllevan la afectación de una cosa en torno a una determinada responsabilidad. Al tiempo de constituirse, el bien suele pertenecer al deudor, aunque no se impide que sea de un tercero quien, de esta manera, actuará como garante. En su contenido, estas garantías se distinguirían por plasmar a favor del acreedor un estatuto de indemnidad con respecto a la eventual agresión instada con posterioridad de parte de algún otro acreedor (*ius praefерendi*), así como por la facultad de hacer vender el bien, cobrarse con su valor, independientemente de quien sea propietario, de que un tercero lo adquiera luego (*ius distrahendi*) (10).

En la explicación abreviada que antecede, por tanto, las garantías personales servirían para agregar un patrimonio, para vincular un patrimonio complementario, el del garante, a la satisfacción del crédito; si la «prenda» común de todo acreedor está constituida por el patrimonio del deudor, a resultas de una de tales garantías contaría con un segundo «objeto» de agresión ante el incumplimiento.

(9) DROBNIG, «Presente y futuro de las garantías reales y personales. Informe general», en *Revista Latinoamericana de Derecho*, núm. 1 (2004), pág. 95. En su planteamiento, señala, por su parte, VALLET cómo la responsabilidad del deudor puede ampliarse *objetivamente* adicionando la responsabilidad de un tercero, solidaria o subsidiariamente. «En la responsabilidad subsidiaria hallamos la fianza diferenciada de la responsabilidad solidaria, como es la del aval, por los beneficios del fiador: a la previa excusión de los bienes del deudor; a la división de la responsabilidad entre los fiadores, y a la cesión de las acciones del acreedor contra el deudor» (*Panorama de Derecho Civil*, Barcelona, Bosch, 1973, pág. 229).

(10) Ambas circunstancias constituirían esa «posición de privilegio» de la que, con respecto a los bienes afectados, también habla DROBNIG (*ibidem*). Correlativamente, para VALLET, el refuerzo *intensivo* o *cualitativo* de la responsabilidad se obtiene cuando, a tal fin, se afecta «específicamente una cosa, propia o ajena, con o sin limitación de la responsabilidad del resto del patrimonio del titular de esa cosa aplicada. Esta afección en garantía de una cosa, propia o ajena, caracteriza a las garantías reales» (*ibidem*).

Siendo ello correcto desde una perspectiva práctica, no lo es, sin embargo, técnicamente. Y es que en las garantías personales —merece la pena reiterarlo—, no existe otro objeto que la obligación contraída por un sujeto extraño a la relación obligatoria principal, quien no asume una coobligación, sino una obligación con causa de garantía, de la que ha de resultar, según ocurre en todo tipo de obligaciones, la posibilidad del acreedor de agredir el patrimonio del sujeto obligado, si es que incumple (11). De ahí que no pueda hablarse para estas garantías, y mientras no surja el incumplimiento, de una fase de seguridad al estilo de la que hace al derecho de hipoteca o prenda. Frente al garante, el acreedor garantizado no gozaría de ningún recurso específico para velar por la integridad del patrimonio pretendidamente afectado, al margen de las acciones de protección del crédito que en cuanto simple acreedor le conciernen.

Las garantías personales carecerían, pues, de asiento material y es por esto que tampoco habría previsto el legislador un privilegio especial para ellas, como, en cambio, sí consagra tratándose de la hipoteca o la prenda. Por este camino, hay quien, incluso, en un razonamiento demasiado extremo, ha llegado a negar que la fianza, cual prototipo, sea una auténtica garantía, partiendo del presupuesto de que éstas deben consistir «sustancialmente en la alteración de la situación de igualdad de los acreedores del deudor principal, en relación al patrimonio de éste» (12).

Pero también respecto del género garantías reales merecería la pena alguna acotación al hilo de la tradicional clasificación, para desligarlo de una íntima vinculación con la noción de derecho real, arribando a la conclusión de que si bien todos los derechos reales de garantía son garantías reales, existen por fuera de aquéllos fórmulas de sujeción real en función de garantía, particular derivación en el campo que contemplamos de la existencia de derechos con eficacia jurídico-real, a saber, con eficacia frente a terceros, sin ser propiamente derechos reales.

(11) Cfr. FRAGALI, *Enciclopedia del Diritto*, XVIII, voz «*Garanzia e diritti di garanzia*», Milán, Giuffrè, 1969, pág. 455; CRUZ MORENO, *La prenda irregular*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1995, pág. 29. En las garantías personales, por tanto, siempre a partir del paradigma que constituye la fianza, la esfera jurídica del acreedor parece «enriquecerse con un derecho de crédito nuevo, que tiene por contenido una prestación idéntica a la debida por el deudor principal (o una parte de ella, si la fianza es parcial), condicionada al incumplimiento por dicho deudor» (LACRUZ, «La causa en los contratos de garantía», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 544 [1981], pág. 727). Con ello también parece que la efectividad de la fianza «excede a la función propia de un contrato de garantía, que en ningún caso debería ser la de crear un nuevo crédito y adicionarlo al antiguo, de modo que ese nuevo crédito sirva como aseguramiento alternativo en caso de impago del inicial; sino la de aumentar la realizabilidad de un crédito ajeno, añadiendo una nueva responsabilidad a la originaria» (*ibidem*).

(12) CRUZ MORENO, *ibidem*, quien sigue a MAIORCA (*Il pegno di cosa futura e il pegno di cosa altrui*, Milán, Società Editrice Libreria, 1938).

En efecto, en cuanto categoría, recuérdese cómo los derechos reales recaen exclusivamente sobre cosas, esto es, sobre bienes materiales, susceptibles de valor.

Desde luego, la corporeidad como presupuesto capital no vendría a residir en el mantenimiento a ultranza de una dogmática cada vez menos compatible con los bienes que caracterizan a nuestra época, sino en los efectos que aún hoy suscita y que ni siquiera el legislador puede negar: me refiero, fundamentalmente, a la apropiabilidad, primero, como nota inconcebible tratándose de bienes de naturaleza inmaterial, y a la apariencia jurídica que ese nexa provoca.

Lo anterior no implica, empero, que no pueda mantenerse sobre bienes inmateriales una titularidad de continuado aprovechamiento, o que tales bienes no puedan encontrarse afectados al interés de quien no sea, a su vez, titular. En la normativa, ciertas hipótesis llevan tiempo consagradas sin que el *nomen iuris* con que se presentan (13) pueda conducir a engaños sobre la distinta realidad a la que refieren (14); el régimen de la utilidad que se pretenda constituir, y que se constituya, será similar a la que incida sobre cosas técnicamente hablando, aunque nunca idéntico (15). Empezando, sin ir más lejos, por su modo de constitución, donde la sujeción de tales bienes requiere irremediablemente del cumplimiento de ciertos presupuestos para que la operación pueda lograrse, al faltar el modo que se exige para las cosas. La notificación a quien hubiera de generar el objeto del bien afecto (cesión de créditos) o, sobre todo, la inscripción en el registro competente acreditará, haciendo posible su conocimiento por terceros, la transmisión o gravamen acordado. Habría casos, incluso, piénsese en la prenda sobre frutos o productos pendientes, en la prenda sobre cosechas (16), donde la inscripción actuaría haciendo jurídicamente posible el gravamen sobre unos bienes que de suyo no podrían afectarse, si no fuera haciendo lo propio, en el caso, con el inmueble al que acceden.

(13) *Ad exemplum*, el artículo 57 de la Ley de Sociedades Anónimas, que lleva por expresivo acápite el de *Constitución de derechos reales limitados sobre las acciones* (el destacado, es obvio, me pertenece). Véase en la misma Ley el título de la Sección 3.^a del Capítulo IV, que reza: *De la copropiedad y de los derechos reales sobre las acciones* (*idem*).

(14) Con respecto al caso advertido, en el seno de la doctrina mercantilista se alude a una especie de «fragmentación» de esa compleja titularidad que reporta la participación societaria (vid., entre todos, CABANELLAS, *Derecho societario*, 5, Buenos Aires, Heliasta, 1997, pág. 49 y sigs.).

(15) En otras palabras: el formal pronunciamiento del legislador no basta para reconocer a favor del usufructuario o acreedor prendario de acciones un verdadero derecho real, a saber, un derecho por cuya virtud quien sea su titular podrá actuar directamente sobre su objeto, y sin la intervención de otra persona —en nuestro caso, la sociedad mercantil de turno— que cumpla o haga factibles sus expectativas.

(16) Cfr. artículo 52 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la Posesión.

No siendo, como se dice, completamente equiparables, los derechos sobre cosas de los que tengan por objeto bienes incorporales, no cabe discutir, precisamente por su función, pero también por ese régimen compartido aunque modulado según sea el caso, la existencia de una fuerte analogía entre ambos; o lo que es lo mismo: lo alejados que estamos de lo puramente obligacional. En la doctrina, se habla, en este sentido, de una suerte de «reificación» (de *res*) o cosificación de los derechos personales (17).

III. EL SUSTRATO JURÍDICO-REAL EN FUNCIÓN DE GARANTÍA

A) LAS GARANTÍAS REALES EN EL CONTEXTO DE LA DOGMÁTICA DE LOS DERECHOS REALES: POSESIÓN, PUBLICIDAD, POLÍTICA LEGISLATIVA

De los derechos reales, de la clase que sean, se predicen dos características fundamentales: la inmediación, esa cualidad por la cual la utilidad pertinente en que consista el que se trate no requiere de la intermediación de particular alguno para su consecución; y la absolutividad, oponibilidad *ad casum*, por la cual el haz de facultades que hace al derecho real se puede hacer valer frente a cualquiera —y tal es la razón por la que conviene en preferirse el concepto de oponibilidad— que haya conocido o podido conocer de la expectativa previa, del interés patrimonial de quien alegue tal titularidad sobre la cosa. Los dere-

(17) Como con cariz general ha formulado Díez-PICAZO, «el tráfico jurídico sobre créditos, unido al valor económico y patrimonial que los créditos poseen, conduce a una cosificación de los créditos y a una consideración de los créditos como cosas. En torno a los créditos puede darse un ciclo jurídico paralelo al que es posible sobre los bienes muebles. Se transmiten, se usufructúan y se pignoran». Agregando que la teoría «tiene hondas raíces en la historia del Derecho y se concreta en la consideración de los créditos, y en general de los derechos, como “cosas incorporales”. Probablemente esta doctrina no es admisible en una buena técnica jurídica, pues en rigor ni los créditos ni en general los derechos son cosas. Pero posee el valor de un expediente de ficción, con un alcance explicativo y significa, como ya hemos dicho, que los créditos son objetos del tráfico patrimonial y que admiten, en este sentido, las mismas operaciones jurídicas que las cosas corporales» (*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II, Madrid, Civitas, 1993, págs. 115-116). En análoga dirección, PAZ-ARES se ocupa de la incorporación crediticia de los títulos-valores como un medio por el cual «se reifica o cosifica un “derecho incorporal” al objeto de sustraer su circulación a las reglas poco favorables del Derecho de obligaciones, y de someterla a las más favorables del Derecho de cosas» («La desincorporación de los títulos-valores», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 219 [1996], págs. 13-14). En realidad, el Derecho especial de los títulos-valores no sería más «que el intento de trasladar al campo de las obligaciones principios jurídicos de los derechos reales». La clave de vertebración del sistema residiría, entonces, en la publicidad posesoria que se alcanzaría con la incorporación. Pero, dicho esto, «enseguida ha de advertirse que, no obstante, la incorporación no es un proceso taumáturgico que transfigure un derecho en una cosa, sino un proceso instrumental que, en función de determinados fines, hace posible —en ocasiones y con límites— tratar un derecho como si fuese una cosa» (*ibídem*).

chos reales, o dicho en objetivo, la eficacia jurídico-real dependerá a la postre del conocimiento adquirido por terceros, conocimiento que debe posibilitarse por el ordenamiento en el modo y manera en que las características del bien (valor, identificabilidad, etc.) mejor lo dispongan.

Bien mirado, entonces, para que una garantía real lo sea tienen que concurrir tres condiciones legales: en primer lugar, una relación de apta sujeción económica sobre la cosa; en segundo lugar, el reconocimiento expreso del carácter oponible de esa relación frente a terceros (esa es la matriz en la que consiste el principio de tipicidad, que no *numerus clausus*, de los derechos reales); y por último, la articulación de un medio —puede ser tan básico, en el mejor de los sentidos de la palabra, como el que constituye la posesión— para posibilitar el conocimiento en evitación de que la pretensión se imponga frente a quienes no pudieron conocerla en relación con el alcance de sus actos, pues el orden jurídico, en su lógica, no puede exigir el respeto de lo desconocible.

La cualidad de poder conocerse por terceros es la clave de la oponibilidad de los derechos reales y conduce, más técnicamente, al concepto de publicidad, material o institucional. La contemplación por el legislador de la publicidad como presupuesto para la oponibilidad varía según los casos. En unos, indica DE ÁNGEL YÁGÜEZ, «el Derecho acepta una apariencia que le viene dada, que surge de hecho como fenómeno social. Esto ocurre, por ejemplo, con la posesión, entendido este concepto en un sentido amplio de ostentación externa por parte de una persona del ejercicio de un poder o cualidad con apariencia de jurídicos... En otras ocasiones el Derecho va más lejos: organiza *ex profeso* todo un sistema de publicidad de los derechos, a fin de crear una apariencia suficiente para proporcionar a los individuos el margen de seguridad que en cada momento y en relación con cada problema se estima oportuno, atendidas las necesidades sociales y económicas. El ordenamiento arbitra, en este caso, una apariencia que podríamos llamar «artificial» o provocada, no espontánea» (18). Hasta tal punto es la diferencia entre ambos órdenes de apariencia, que en su valoración el legislador difícil e improbablemente podría negar la juridicidad de la apropiación y disfrute material (posesorio) que se tenga sobre una cosa. La permanente vigencia de la elaboración iheringniana acerca de la protección autónoma de la posesión, de ese derecho subjetivo generado únicamente a partir del hecho de la posesión, lo demostraría sobradamente.

Se comparte, pues, desde estas líneas el sentir de FAIRÉN (19) en sus apostillas a la obra de BARASSI (20), quien tuviera, a su vez, el acierto de

(18) *Apariencia jurídica, posesión y publicidad inmobiliaria registral*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1975, págs. 26 y 28.

(19) «Derechos reales y de crédito. Apuntes dogmáticos para el estudio de su distinción», en *Revista de Derecho Notarial*, t. 25-26 (1959), págs. 285 y 286.

(20) Cfr. *Diritti reali e possesso*, I, Milán, Giuffrè, 1952, § 10, pág. 26 y sigs.

preguntarse si el derecho real recibe esta calificación por la misma naturaleza de los hechos o por una decisión legislativa soberana. «La realidad, ¿es una cualidad ínsita en determinados derechos subjetivos, o depende más bien de la mudable voluntad del legislador? Para los que de uno u otro modo dan importancia preponderante a la idea del señorío, se llega a una solución de índole naturalista o más exactamente iusnaturalista: el derecho real lo es por exigencia de la misma *Natur der Sache*; para los obligacionistas en todas sus formas, la voluntad legislativa determina el carácter absoluto y consecuencia de éste es el señorío inmediato». En tal sentido, «es evidente que existen una serie de entidades sobre las que no cabe un señorío de tipo inmediato, un derecho real; la actividad humana, en todas sus formas. Pero, desde el momento en que nos limitamos a la titularidad sobre las cosas, llegamos a la conclusión de que el carácter real de un derecho es una mera consecuencia de la decisión del legislador. Tanto por razones históricas como económico-sociales —dice BARASSI— la realidad es un mero problema de política legislativa. El legislador, en vista de consideraciones metajurídicas, se determina a una solución u otra, en función de la tutela más o menos enérgica que desee atribuir a una relación dada». Lo cual se aplica a cualquier derecho real, incluso el de propiedad; depende de la voluntad del legislador que exista «una propiedad absoluta o que ésta no sea reconocida; pensemos en la situación de los bienes de producción en el sistema jurídico soviético [de extensa vigencia en la época] o en los condicionamientos de la propiedad al bien común, propios de los países fascistas o totalitarios [demás está decir la polémica adscripción del profesor BARASSI al movimiento de tal índole italiano]. Sabido es que en Roma fueron primeramente obligatorios los derechos de garantía, la servidumbre o la enfiteusis, y no hablemos de la extraordinaria inflación del concepto de derecho real en la Edad Media, que actualmente resulta inexplicable a la luz de la dogmática y de la conciencia jurídica modernas».

Todo ello es cierto y comprobado, aunque después de todo conviene quedarse mejor con la propia opinión de FAIRÉN, consiguientemente convencido como estaba, entre las dos posibles teorías citadas, de que la decisión acerca de si una situación se trata de un derecho real o de crédito depende en parte de la naturaleza misma del derecho (yo elevaría la cuestión, al objeto material y apropiable sobre el que tal derecho recaiga). Habría situaciones jurídicas reales (la propiedad, la posesión) que no podrían ser dibujadas por la ley como derechos de crédito. Como habría derechos de crédito que jamás podrían ser gobernados a partir de las reglas de los derechos reales, poniendo como ejemplo el mutuo, que en puridad es un contrato, y por el cual se transmite justamente el dominio de la cantidad o especie entregada, creando, eso sí, la correlativa obligación de restitución a cargo del mutuario, que es a lo que seguramente pretendía referirse FAIRÉN. Y finalmente habría variadas

situaciones intermedias en las que la ley podría atribuir el carácter real o el obligacional a su voluntad (21).

Dicho lo cual, ha sido precisamente la función de garantía, desde sus contrastados antecedentes romanos, la que más ha hecho por la evolución del Derecho de cosas, al punto de ponerse en tela de juicio el carácter ontológicamente inmediato del derecho respecto de la cosa por la creación de registros exigida para evitar la antieconómica desposesión del deudor-propietario, enlazándose ello directamente con el problema de política-legislativa recién abordado.

En esta tendencia crítica se ubica, entre otros, GIORGIANNI, quien recordando la visión tradicional acerca de los derechos reales de garantía en cuya virtud se encontraría presente la característica fisonómica de los derechos reales en general, consistente en la inmediatidad del poder del titular sobre la cosa, concentrada en la hipoteca en la posibilidad que tiene el acreedor hipotecario de ejercitar un derecho sobre la cosa sin necesidad de la cooperación del deudor, alude, sin embargo, a la moderna y más sagaz doctrina que «no ha dejado de poner de relieve que así entendida la inmediatidad del poder del acreedor hipotecario, resulta un concepto evanescente, y que, por otra parte, bien vistas las cosas, no puede considerarse como una característica exclusiva del poder del acreedor hipotecario comparado con el poder de los demás acreedores. Por lo que se refiere al primer punto —continúa—, hay que advertir que, si bien es cierto que el acreedor hipotecario puede ejercitar su derecho sobre la cosa sin necesidad de la cooperación del deudor, eso no significa que ejercite su poder inmediato sobre la cosa, dado que es necesaria, sino la cooperación del deudor, por lo menos la cooperación del órgano jurisdiccional. El ordenamiento jurídico no permite que el acreedor hipotecario satisfaga su interés directamente sobre la cosa, sino que le impone la necesidad de reclamar al Estado la realización de su interés mediante la instauración del correspondiente procedimiento de expropiación (art. 2808 *Codice*). Más aún, la ley prohíbe expresamente el pacto en virtud del cual se estipule que, por la falta de pago del crédito en el término fijado, la propiedad de la cosa hipotecada (o dada en prenda) pase automáticamente al acreedor (art. 2744 *Codice*)». Mientras que por lo que atañe al segundo de los puntos esbozados, «se hace preciso observar que si fuese cierto que la hipoteca es derecho real porque su contenido consiste en el poder de satisfacer directamente sobre el bien el interés del acreedor sin la colaboración del propietario de la cosa hipotecada —poniéndose en la sombra la intervención del Estado y subrayando, en cambio, la falta de actividad del sujeto pasivo—, debería considerarse también como real el derecho atribuido a cualquier acreedor sobre los bienes presentes y futuros de su deudor (art. 2740 *Codice*), y más

(21) Cfr. *ob. cit.*, pág. 285, nota 219.

todavía el derecho del acreedor protegido por un título ejecutivo que le permite expropiar los bienes del deudor que ha incumplido», destacando que las cosas no cambian en nada por lo que se refiere a la prenda (22).

Se entiende la raíz del problema, el trasunto no posesorio de la hipoteca, y el consecuente elemento normativo desde su reconocimiento por el Pretor durante el siglo II de nuestra era, por lo que, de primeras, no es posible reproducir el planteamiento como termina proponiéndose sin más para la prenda. Pero, en su fondo, la posición que se recepta con tales palabras se deja llevar por la explicación procesalista de la hipoteca, hoy, por confusa, superada, tesis que gozara de cierto predicamento en las primeras décadas del siglo pasado a propuesta de CARNELUTTI (23). El influente estudio del maestro italiano había radicado en negar la autonomía de la hipoteca, los atributos de preferencia (*ius præferendi*, *droit de preference*) y persecución (*ius persequendi*, *droit de suite*) asignados tradicionalmente a la garantía.

En primer lugar, porque quien, como el acreedor hipotecario, tiene reconocido a su favor una preferencia no ostentaría realmente un derecho sobre el resto de acreedores; de la misma manera, ironizaba CARNELUTTI, que el viajero de primera clase no tiene un derecho sobre el viajero de segunda. Uno y otro lo que tienen es un derecho frente al empresario, que se ha comprometido frente a ellos a hacerlos viajar de distinta forma. Pues bien, el empresario sería, en el caso de la hipoteca, el Estado, que tendrá el deber de distribuir el producto de la ejecución de una determinada manera, haciendo que el acreedor hipotecario, que el acreedor privilegiado cobre antes. La preferencia, por tanto, se presentaría como un mandato al órgano estatal encargado de la ejecución, el Juez, al objeto de actualizar su contenido. El derecho de persecución se explicaría análogamente. La hipoteca, aunque accesorio, no convertiría en deudor al dueño del bien; sólo si éste contrajera personalmente la obligación respectiva. Esto es lo que sucede más normalmente, por ser hipotecante el deudor, pero ello no es necesario, pudiendo hipotecar una persona un bien de su propiedad en garantía de la deuda de otro. Tanto en este caso, como en el de venta de la cosa hipotecada a un tercero, que es perfectamente posible, quien sea propietario no estará, como se señala, obligado a abonar el monto de la deuda. Se distinguiría así normalmente entre débito, que se imputa siempre al deudor, y la responsabilidad que surge de la hipoteca, que es puramente real, circunscrita al valor de la

(22) «Los derechos reales», traducción de Díez-PICAZO, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 458 (1967), págs. 12 y 13. Vid., con distintos fundamentos y conclusiones, aunque con igual espíritu, «Notas críticas a la pretensión de encasillar todos los derechos patrimoniales en las categorías de derechos reales y de crédito» y «La distinción entre derechos reales y derechos de crédito (notas sobre un estudio de TILOCCA)», ambos de VALLET en sus *Estudios sobre Derecho de Cosas*, I, Madrid, Montecorvo, 1985, págs. 217 y sigs., y 227 y sigs., respectivamente.

(23) Cfr. «Naturaleza jurídica de la hipoteca», en CARNELUTTI, *Estudios de Derecho Procesal*, I, traducción de SENTÍS MELENDO, Buenos Aires, EJEa, 1952, pág. 627 y sigs.

finca. Por esta responsabilidad, el dueño lo único a lo que se encontraría consreñido es a permitir que el acreedor se cobre a costa del bien, lo cual exige del pertinente proceso judicial, de ahí que el derecho de persecución pueda reducirse igualmente a un mandato al Estado para que se ejecute el bien y se proporcione, a resultas, lo necesario para satisfacer el crédito. En congruencia, se trataría de un especial estado de sujeción vinculado con la actividad ejecutiva del Estado, situación únicamente reconducible a la esfera de lo procesal.

Concebida conforme se ha señalado, la teoría procesalista en torno a la hipoteca vendría a convertir en absolutamente secundaria la función de garantía de la hipoteca remitiendo al momento patológico del incumplimiento para su comprensión (24). Desde tal consideración, el contenido del derecho de hipoteca sería inconcreto, meramente potencial. Sucede, sin embargo, que la hipoteca no nace para ejecutarse, esto es solo una eventualidad. Mientras tanto lo único cierto es que cumple con una necesaria función socio-económica de seguridad en el tráfico jurídico y crediticio. El derecho de hipoteca se presentará, así, según la fase en la que se halle, de dos maneras: primero, como sucede también, y únicamente, con las servidumbres *in non faciendo*, con un contenido marcadamente expectante, pasivo, en tanto el deudor vaya cumpliendo con las obligaciones a su cargo; luego, pero sólo si fuera el caso, con un contenido positivo, cifrado en la desposesión y, seguidamente, la ejecución o enajenación forzosa del bien, mejor dicho, del dominio sobre el mismo.

Todo ello es algo que al final ni siquiera a GIORGIANNI se le escapa, una vez logra apartarse de los argumentos estrictamente procesales acerca del instituto. A su parecer, hoy en perspectiva no tan novedoso, la calificación del derecho real sería el resultado de una clasificación de los derechos patrimoniales sobre la base de la diversidad de la estructura del poder concedido al titular, a partir de la ligazón o inherencia (sinónimo en suma de intermediación) de ese poder respecto de una cosa. Sería «posible, de esta manera, determinar entre los derechos patrimoniales aquellos en los cuales el poder está ligado a una cosa determinada. Tal ligazón existe cuando el poder del titular tiene una íntima conexión con la cosa, bien en el sentido de que se ejercite directamente sobre ella (como ocurre en el derecho real por excelencia, la propiedad, y en los derechos de goce), bien en el sentido de que el interés del titular se satisface mediante un determinado destino de la cosa (*como ocurre en los llamados derechos reales de garantía*), o bien, finalmente, en el sentido de que la prestación a que el titular tiene derecho, hace referencia a una cosa (lo que no es infrecuente en las relaciones obligatorias)» (25), en alusión, en cuanto puede resultar más provechoso de cara a nuestro ordenamiento, a las relaciones crediticias con proyección *ad rem*; aquellas donde la intermediación

(24) Para una crítica más profunda, más allá del caso de los derechos de garantía, a los que por el tema de este estudio me aboco, vid. FAIRÉN, *ob. cit.*, pág. 330 y sigs.

(25) GIORGIANNI, *ob. cit.*, pág. 21; el destacado me pertenece.

no existe pues para alcanzar la cosa se necesita del cumplimiento de la prestación intermediaria de un sujeto (consistente, sin ir más lejos, en hacer la tradición oportuna).

Sirva la discusión para exponer el protagonismo de los derechos reales de garantía en la construcción dogmática del concepto de derecho real, desde lo mobiliario a lo inmobiliario o hipotecario, y desde ahí, a principios del siglo pasado, de vuelta —aunque desde entonces ya en forma concurrente— a lo mobiliario. En la materia, el fenómeno sólo puede equipararse a cuestiones de tanta relevancia en su desenvolvimiento como la hoy universal declamación por la función social de la propiedad, la consolidación de los derechos de adquisición preferente como categoría o también del derecho de superficie una vez superado el complejo postfeudalista de los cuerpos promulgados a imagen del *Code*. Y es que la evolución de los derechos de garantía real estaría «presidida por una especie de “ley del menor esfuerzo” o por un principio de economía de medios jurídicos», que se «trata de perfeccionar las garantías, procurando a la vez disminuir el sacrificio que su constitución representa para el deudor» (26). La apreciación social en cada época de tal o cual clase de bienes tendría al objeto, por tanto, mucho que decir, en cuanto la constitución de la garantía debe manifestarse con proporcionalidad respecto de los costes de la operación, de crédito o financiamiento, en su conjunto.

A primera vista, en la evolución —y sigo aquí la excelente exposición que PUIG PEÑA efectúa del proceso (27)— parece lógico que el refuerzo de sus créditos lo consiguieran los acreedores aceptando de los deudores el ofrecimiento de cosas de valor, en garantía de su conducta de cumplimiento. Pero no fueron las garantías reales las primeramente utilizadas, dado el escaso valor de los bienes muebles con vistas fundamentalmente a negocios de cierta envergadura, y la consideración general que los inmuebles todavía tenían de ser elemento de copropiedad familiar. Las garantías reales habrían entrado así tarde en el tráfico patrimonial. Fueron, pues, no cabe duda, las garantías personales las primeras que aparecen en la historia, lo cual, por otra parte, parece confirmarlo aquella estrecha solidaridad del grupo familiar amplio, de la cual surgió a su vez un sentimiento de responsabilidad entre sus componentes que facilitaba mayormente la idea de la fianza. Ahora bien, con el trascurso del tiempo, esta forma de garantía irá perdiendo importancia y valor. La disociación del grupo familiar, la individualización de la propiedad inmueble, el nacimiento del principio individualista en la responsabilidad, el comienzo del desarrollo de la riqueza mueble y otros acontecimientos histórico-jurídicos de trascendencia, como la expansión demográfica y los masivos flujos migratorios, fueron deter-

(26) FERRANDIS VILELLA, «Introducción al estudio de los derechos reales de garantía», en *Anuario de Derecho Civil*, 1960, pág. 45.

(27) Cfr. «Tratado de Derecho Civil Español», III-2.º, Madrid, *Revista de Derecho Privado*, 1951, pág. 1 y sigs.

minando el auge de las garantías reales y el desplazamiento de las personales, asentadas sólo en el sentimiento de confianza tan fácil de quebrarse y perderse. He aquí, pues, por qué cuando empieza a florecer con la masiva relevancia del momento el tráfico, comienzan asimismo a recibir esplendor las diversas formas de garantía real, primero en la forma simplista y manual de la prenda y después en la más perfecta y avanzada de la hipoteca, con las otras figuras convergentes a estas principales.

Habrían de pasar muchas centurias, en concreto hasta sentirse las necesidades generadas por la Revolución Industrial, para que el sistema de garantías reales se abriera más allá de la prenda y la hipoteca como fórmulas prototípicas y comunes. Se iría abriendo camino una figura intermedia entre la primera, que supone el total desplazamiento de la posesión al acreedor, y la segunda, que representa, por el contrario, la retención en el deudor de la posesión de la cosa brindada en garantía. El carácter intermedio de la figura se comprobaría desde ya la elección del mejor nombre para ella, si el de prenda sin desplazamiento o el de hipoteca mobiliaria, pareciendo desde luego mucho «más correcta esta segunda denominación, pues la de “prenda sin desplazamiento” es una verdadera *contradictio in terminis*, ya que no se concibe propiamente una prenda en que la cosa no quede desplazada. En cambio, la expresión “hipoteca mobiliaria” no supone violación alguna de la técnica, sino corrección en el Derecho moderno de una anomalía (la adscripción de la hipoteca a los inmuebles) que sólo pervivió por razones meramente históricas y nunca dogmáticas» (28).

Pues bien, la nueva figura no privará al deudor de determinadas cosas que vendrían a constituir su medio de vida y explotación, posibilitando que las siga utilizando conforme a su destino económico estando empero gravadas. Y esto, a diferencia del que viera nacer la hipoteca, en un contexto socio-económico que ya no se incardina sobre la explotación de la tierra exclusivamente, sino, donde adquieren singular importancia ciertos muebles que merecen un régimen, signado por la registración, paralelo al de los inmuebles (29). Se trataría de una afirmación igualmente predicable de la fórmula mucho más reciente que implica la reserva de dominio.

B) EL FUNCIONAMIENTO VARIADO DE LAS GARANTÍAS REALES SEGÚN EL MODELO IMPLICADO

En la vida de las garantías se distinguen dos etapas: la de seguridad y la de realización o ejecutiva. Como institución primordial de esta segunda fase,

(28) *Idem*, pág. 5.

(29) Vid. GÓMEZ MATOS, *El Registro de Bienes Muebles*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2005, Capítulo I, *passim*.

también llamada satisfactiva, el *ius distrahendi*, el derecho de realización de valor, de perseguir la cosa de manos del deudor o un tercero (a reserva de lo arriba expresado en torno a la buena o mala fe por conocimiento del tercero) con el propósito de cobrarse a costa de su valor, se reconoce para todas, con independencia del tipo (30). Sólo en el caso de las garantías atípicas, las vinculadas con una previa enajenación en garantía o reserva de propiedad, puede ponerse en tela de juicio el aserto; podrá cobrarse el titular de la garantía contra el bien, es claro, sin embargo, al ser propietario de la cosa desde el mismo momento de la constitución de la garantía, el *ius distrahendi* puede llegar a diluirse en el *ius separationis* que como dueño le asiste frente al concurso; y si es un tercero el que se interpone sin título entre la cosa y él, por serlo, asimismo, será a través de la acción reivindicatoria o la tercería de dominio que ponga en ejercicio la garantía (31). En ambos casos, el éxito de sus facultades no derivaría en la necesidad de ejecutar el bien, de realizarlo en su valor, aunque sí de responder por el sobrante entre lo efectivamente adeudado y el precio objetivo del bien en el mercado a ese tiempo (32).

La fase de seguridad, en cambio, varía considerablemente en su manifestación empírica. Las garantías atípicas siguen el señero camino de la hipoteca, con base en la publicidad registral de seguridad. El comportamiento de estas

(30) La acción hipotecaria, prendaria, etc., puede tener efectos contra terceros, como se dice; pero no toda acción impetrada en defensa de su derecho por el acreedor frente a un tercero refleja su *ius distrahendi*. En otras palabras, no es la legitimación pasiva vinculante de terceros lo que hace a tal facultad, sino el propósito, incardinado en la esencia de la garantía. Cuando el acreedor prendario es despojado de la cosa mientras se le viene pagando, entiéndase sin participación alguna del deudor en el hecho, y ejercita la vía interdictal para reintegrarse de la cosa, nada tiene que ver su petición con la del cobro de la deuda contra el bien.

(31) Al respecto, ESPEJO se pregunta si la garantía real implica necesariamente un derecho a la realización del valor. Desde el punto de vista funcional, y poniendo a salvo que la realización del valor parece ser un elemento esencial en la prenda y la hipoteca, el autor encuentra la respuesta en la teoría general de las obligaciones; si la garantía consiste en un modo especial de asegurar un crédito que «viene a añadir al crédito algo que el crédito por sí mismo no tiene, de tal manera que es esta adición o esta yuxtaposición lo que refuerza al acreedor la seguridad de que su derecho será satisfecho» —argumenta citando a Díez-PICAZO (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, Madrid, Civitas, 1993, pág. 395)—, a partir de ello no se aprecia la necesidad de que la garantía consista precisamente en un derecho de realización del valor; es cierto que se trata de una fórmula acabada entre todas las posibles, pero no la única («Autonomía privada y garantías reales», en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Díez-Picazo*, III, Madrid, Civitas, 2003, págs. 3747 y sigs., estudio reproducido en DE REINA TARTIERE [Coord.], *Derechos reales. Principios, elementos y tendencias*, Buenos Aires, Heliasta, 2008, pág. 457 y sigs., de donde ahora se cita). En todo caso, debe advertirse que de ahí a la libertad irrestricta de las garantías demaniales en su configuración va un paso que el autor veta en ajustada consideración a la interdicción de abusos que late tras la estructura típica de los derechos reales de garantía, en suma, de los principios rectores que se inducen de su normativa, conformes se detallarán en el epígrafe siguiente de este artículo.

(32) Para una mejor comprensión, vid. lo que se expresa *infra* en torno a la prohibición del pacto comisorio.

garantías en la etapa se reduce a una relación de especial sujeción sobre el bien, en la que el poseedor podrá seguir usando de la cosa conforme a su fin y destino económico, y de ser el caso de la hipoteca, ejercitar sus facultades dominicales con total libertad, con tal de que no perjudique —intencionada o desproporcionadamente— el «valor de la garantía».

En la prenda, por su parte, la protección del interés del acreedor se obtiene a través del derecho de retención de la cosa que se le ha entregado en caución. El *ius retentionis* basta para asegurarle que existirá, si no se cumple en tiempo y forma, un bien en propiedad del deudor de suficiente valor, el que el acreedor precisamente conserva, con vistas al cobro. Como en las garantías demaniales o en la hipoteca, no usará el acreedor de la cosa; como en ellas, poco le interesa más allá de que conserve su valor. Sin embargo, observamos una neta diferencia entre el juego de su operatoria: mientras que en aquéllas la relación de garantía es de mera expectativa o abstención, el componente de la retención posesoria en la prenda se presenta con una proyección marcadamente negativa, en cuanto la garantía impide la posesión material (uso) del bien afectado.

Fíjese en que, como tampoco distinguieran los romanos, no se hace lo propio en este breve esquema comparativo de las diferentes fórmulas de garantía real en función de la naturaleza del bien, si mueble o inmueble; cierto es que no estamos ante un dato despreciable, de cara a los presupuestos necesarios para que uno u otro modelo de garantía sea posible en el caso. Sin embargo, la evolución del Derecho de garantías, si demuestra algo, es que ha sido el modo en que se cifra o querido cifrar el interés el que distingue unas de otras, y no el patrón objetivo que hace al bien. Dicho de otro modo: nuestra prenda sin desplazamiento actuaría como hipoteca, aplicándose a la figura, entonces, lo dicho más arriba, salvo cuando los bienes (muebles, por supuesto) fueran, por su fungibilidad, por su producción y circulación masiva, ingobernables dentro de los patrones de estática protección de la hipoteca. Entonces, ahí, y antes de congelar el ciclo productivo de los bienes, es que el legislador concibe la auténtica prenda sin desplazamiento posesorio, y sin el consecuente derecho de retención, disciplinando una serie de recaudos, algunos no del todo seguros, para que haya una cantidad de bienes similar a la puesta en garantía al tiempo de su constitución. Surge, así, el concepto de prenda flotante o se habla, mucho más recientemente, de la rotatividad de la prenda, básicamente en relación con la prenda de acciones, donde el elemento objetivo, la cartera de valores, debe continuar en el movimiento del contrato de gestión; cuestiones en apogeo de las que por su impronta relacionada con la empresa como ente absolutamente dinámico susceptible de vincularse en garantía, me ocuparé más adelante. Quedan, por el momento, simplemente apuntadas.

Por último, la más singular de las garantías por su contenido paradójicamente es la menos aplicada, siquiera no vinculada con otras fórmulas como

la fiducia, combinación que, en nuestra práctica, ha llegado a estilarse respecto de algunas líneas de financiamiento para nuevas edificaciones. Me refiero, cómo no, a la anticresis en atención a las dos funciones que cumple: la función de garantía o seguridad, que comparte con la hipoteca y la prenda, y por la cual se sujeta la cosa al cumplimiento de una obligación, y la satisfactiva, por la que se prevé y autoriza desde que se constituye la garantía una amortización progresiva del crédito con cargo a los frutos que se vayan produciendo (33). Como en los derechos de disfrute, el acreedor ostentaría la facultad de gozar de un bien ajeno, goce supeditado, como la garantía, a que se cumpla con el crédito, de forma tal que no puede esgrimirse que por la anticresis nos encontremos ante un derecho mixto, de disfrute y garantía, «pues lo cierto es que el derecho a percibir los frutos no tiene una existencia y finalidad autónomas (características de los derechos de goce), sino que dicho aprovechamiento tiene una destinación predeterminada, establecida de antemano; existe en razón de un crédito que se asegura..., y el anticresista (a diferencia del usufructuario) no es libre respecto al destino que ha de dar a los frutos percibidos» (34).

Técnicamente, estas dos funciones, de garantía y satisfacción, están presentes también en los derechos de hipoteca y prenda; sería otra manera de enfocar las dos etapas o fases aludidas a lo largo de este subepígrafe. Sucede, no obstante, que para ambos la función satisfactiva no se despliega desde un principio, sino cuando acontezca el incumplimiento. Puede decirse así que de las dos funciones, en ellos la predominante y ordinaria sería la de garantía, pues la satisfactiva, tendrá un alcance extraordinario, siquiera eventual, pues, después de todo, lo más normal es que el deudor cumpla.

IV. CLASIFICACIÓN DE LAS GARANTÍAS REALES: CUADRO DE DISTINCIÓN

Los derechos reales de garantía consagrados en la legislación pueden clasificarse según múltiples variantes. En el cuadro que se adjunta se exponen las principales. En él se analizan a partir de cinco elementos: el objeto sobre el que son susceptibles; si su régimen implica la traslación de la posesión a manos del acreedor; la forma requerida para su constitución; si corresponde, y a quién, el uso de la cosa durante la vigencia de la garantía; y, finalmente, el medio a cuyo través se publicitan.

(33) Cfr. FERRANDIS VILELLA, *ob. cit.*, pág. 48 y sigs.; BUSTOS PUECHE, «Teoría general sobre los derechos reales de garantía, con especial atención al pacto comisorio», en *Anuario de Derecho Civil*, 1990, págs. 541-542.

(34) GARCÍA GRANERO, «Acerca de la naturaleza jurídica del derecho de anticresis», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1945, pág. 474.

Así, a modo de ilustración, la prenda gravaría bienes muebles o semovientes, los cuales se entregarían sin mayor solemnidad al acreedor, quien, por regla general, no podría usar ni disfrutar de los mismos, aunque fuera a través de la posesión como se exteriorizara su derecho.

Claro está que el cuadro de distinción que se aporta se antoja incompleto, pues sólo refiere los derechos reales de garantía, los gravámenes en garantía sobre la cosa, evidentemente, de otro, si no, no podrían recibir ese calificativo de gravamen. A ellos han de sumarse, en sus múltiples variantes, las garantías reales atípicas que se instrumentan tomando el derecho de propiedad con el fin de caución. Estas garantías carecen, como su calificativo indica, de un reconocimiento legal adecuado (siempre, aquí, desde la óptica del Código Civil y del Derecho Común). En la práctica se comportan como auténticas alternativas al esquema de las garantías típicas, ya que, en su virtud, el bien o no llega a entrar en el patrimonio del deudor, o directamente se sustrae de su haber hasta que satisfagan sus obligaciones. Del primer caso se muestra ejemplo el *leasing* financiero, operación por la que la propiedad no queda transferida en tanto el tomador no reintegre al dador de cuanto haya desembolsado para la adquisición del bien cuya posesión sí le ha transmitido; del segundo, la archiconocida fiducia en garantía (35).

V. LOS PRINCIPIOS COMUNES DE LAS GARANTÍAS REALES

Los derechos reales de garantía, entendiendo por tales las garantías reales típicamente consagradas, presentan una serie de características que justifican su tratamiento como categoría particular dentro de los derechos reales limitados. Pero como recién se ha dicho, existiendo garantías reales que no conforman en puridad derechos reales, debe advertirse que estos principios, inducidos del tratamiento legal de los tipos reconocidos expresamente con tal función, deben aplicarse igualmente a esas otras garantías, por exigirlo la necesaria coherencia del ordenamiento. De lo contrario, bastaría con acudir al expediente de turno específicamente no regulado, siquiera con tales efectos (v. gr., fiducia, *leasing* de retro, opción en garantía) para eludir todas las normas de orden público inspiradas en principios superiores —protectores del deudor y de terceros—, que no deberían soslayarse tan fácilmente y sin disposición alguna que lo permita (36). No se trata de defender la cerrazón de

(35) Más en profundidad, vid. mi artículo «Las garantías reales atípicas», de próxima publicación en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*.

(36) Como al respecto expone GINÉS CASTELLET, «en el caso de la enajenación en garantía no debe perderse de vista un principio fundamental: por definición, las aspiraciones de las partes se expresan en el designio de obtener una mayor seguridad en la realización del interés crediticio, en nuestro supuesto, a través de la vinculación de la titula-

	<i>Objeto</i>	<i>Traslación posesoria</i>	<i>Forma</i>	<i>Uso de la cosa gravada</i>	<i>Publicidad</i>
<i>Prenda</i>	Muebles o semovientes	Sí	No solemne (a reserva art. 1865 CC)	Para nadie, salvo por excepción (cfr. art. 1870 CC)	Posesoria
<i>Hipoteca</i>	Inmuebles	No	Solemne	Para el constituyente	Registral
<i>Anticresis</i>	Inmuebles	Sí	Solemne	Para el acreedor	Posesoria y registral
<i>Hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento</i>	Muebles, semovientes, establecimiento mercantil, propiedad intelectual	No	Solemne	Para el constituyente	Registral
<i>Derecho de retención</i>	Muebles, semovientes, inmuebles	Indirecta, al haberse transmitido antes con otro motivo	No solemne	Para nadie	Posesoria
<i>Reserva de dominio</i>	Muebles, pero sólo aquellos que se adquieren en el mismo acto en que se conviene la garantía	No	No solemne, aunque debe suscribirse en los modelos oficialmente aprobados para su inscripción	Para el deudor, quien adquiere la propiedad por virtud del mismo acto en que se constituye la garantía	Registral

un elenco de figuras típicas, sino de velar por los intereses con miras a cuya protección se fundan precisamente tales principios (37). Dicho lo cual, se citan y desarrollan los siguientes:

A) CONVENCIONALIDAD

Si las garantías reales, empezando por las positivamente reconocidas, se construyen a partir de una afectación sobre un bien concreto, en perjuicio no sólo del deudor (o garante) —que, como consecuencia, puede perderlo— sino también del resto de sus acreedores —quienes habrán de respetar la posición

ridad del dominio sobre un bien a la efectividad de dicha realización. Ello se corresponde con lo que se ha destacado como un dato estructural concurrente en las distintas modalidades (típicas o atípicas) de garantía específica de naturaleza real, y que no es otro que el del establecimiento, en todas ellas, de un vínculo de destinación de uno o más bienes a la satisfacción del interés del acreedor...» («La enajenación en garantía», en CABANELLAS DE LAS CUEVAS [Dir.] y DE REINA TARTIÈRE [Coord.], *El fideicomiso de garantía. Análisis integral, función y régimen*, Buenos Aires, Heliasta, 2008, pág. 144). Con ello no hacemos más que recordar «que, por hipótesis, toda enajenación con fin de aseguramiento pertenece a la categoría más general de los negocios (*rectius*, contratos) de garantía, categoría que podría definirse como aquella integrada por una serie de formas negociales dirigidas al refuerzo de las posibilidades jurídicas del acreedor en cuanto a la obtención de satisfacción de su interés crediticio. Y con mayor concreción, en la figura examinada, esa seguridad adicional en favor del acreedor cuya consecución constituye el objetivo básico de todo negocio de garantía se obtiene mediante el establecimiento de un vínculo de sujeción especial entre la titularidad de un derecho de dominio y el buen fin de una relación obligatoria. Y esa afirmación nos lleva a otra, a la conclusión que las normas causales o, en general, los principios rectores en la disciplina de garantías deben informar también a la enajenación con fin de aseguramiento, en su doble faceta de negocio y derecho de garantía» (*idem*, págs. 144 y 145).

(37) Enfatizando su opinión tal y como se ha extractado en la nota anterior, la Profesora GINÈS CASTELLET destaca la existencia de un cierto número de reglas que se aplican a las garantías reales, las que constituyen, citando a CABRILLAC y MOULY, una suerte de régimen primario por oposición al propio de cada tipo de garantía, acervo que rige sin lugar a dudas las garantías concebidas como tales, pero que tiene vocación de gobernar también las *sûretés par voie détournée*, esto es, las atípicas (*Droit des sûretés*, París, Litec, 1993, pág. 390). Sin desdeñar aquel primer papel, es en esto último que radicaría, en opinión de la autora, «la mayor utilidad que cabe asignar al diseño de ese mínimo común denominador en el régimen de las garantías reales o cuasirreales. Al fin y al cabo, esa cuasirrealidad y proximidad a las garantías reales en sentido estricto justifica que se les aplique también el régimen primario de éstas. Y es que cualquier figura a través de la cual se aspire a cumplir el rol propio de un derecho real de garantía tal como se ha descrito con anterioridad (aunque no se logre en su integridad), debe someterse, a mi juicio, al filtro de ese régimen o fondo común, ya que, al fin y al cabo, aquella figura (contrato/derecho) responde a la función económico o práctico social que desempeña una garantía real, esto es, presenta una causa de garantía, pese a que los impedimentos antes enunciados le impidan alcanzar la plenitud de correspondencia» («El concepto de garantía real y sus principios rectores», en DE REINA TARTIÈRE [Coord.], *Derechos reales...*, cit., pág. 434).

del acreedor garantizado—, parece lógico limitar su existencia a los supuestos en que medie expreso consentimiento. En todo caso, para la constitución de una de estas garantías se requiere de la propiedad y libertad de disposición por parte de quien pretenda hacerlo. Carecería de validez si fuera consentida por un tercero no propietario o un incapaz, y ese defecto no se salvara por alguno de los mecanismos de protección del tráfico jurídico conocido (cfr. arts. 464 CC y 34 LH). Por supuesto, lo dicho no impide que una persona garantice una deuda que no le corresponde, es decir, ajena, situación a la que, aunque no muy correctamente, se suele aludir con el término de fianza real (38).

El origen consensual de los derechos reales de garantía se antoja, por tanto, una premisa primordial en su régimen. Para la prenda y la anticresis, por el tenor con el que se despacha toda su normativa. En tal sentido, la condición tácita que parece predicarse de ambos derechos (cfr. arts. 1866 y 1886 CC) para cuando, estando la cosa en poder del acreedor, se contraiga entre las mismas partes una nueva obligación que viniese a ser exigible antes del pago de la primera, exclusivamente referiría un derecho de retención y no pignoraticio o anticrético, en tanto la segunda obligación no fuera cumplida. Con todo, se trataría de un derecho de retención especial, al no exigir conexión ninguna entre la cosa dada antes en prenda o anticresis y el nuevo crédito vigente entre las partes.

En relación con la hipoteca, y como prevención en favor de ciertos sujetos, la Ley Hipotecaria, y como declarada excepción (cfr. art. 158), establece la facultad de exigir la constitución de tal garantía «sobre cualesquiera bienes inmuebles o derechos reales de que pueda disponer el obligado a prestarla, en cualquier tiempo, aunque haya cesado la causa que le diere fundamento, como el matrimonio, la tutela, la patria potestad o la administración, siempre que esté pendiente de cumplimiento la obligación que se debiera haber asegurado» (art. 160). Las hipótesis de protección se antojan hoy hasta marginales basadas en el preconstitucional régimen económico de la familia, pero todavía quedan en pie la de los reservatarios sobre los bienes de los reservistas en los casos de los artículos 811, 968 y 980 del Código Civil; la de los hijos sometidos a patria potestad por los bienes usufructuados o administrados por el padre y/o madre que hubieren contraído segundo matrimonio, y sobre los bienes de los mismos padres; o la de los menores o incapaces sobre los bienes de sus tutores, por los que éstos administren y por la responsabilidad en que incurrieren, a no ser que presten, en lugar de fianza hipotecaria [*sic*], otra garantía establecida y autorizada por el Código Civil, todo ello según el artículo 168 LH.

El artículo 168 LH continúa ocupándose de las hipotecas en favor de las Administraciones Públicas sobre los bienes de quienes contraten con ellos o manejen fondos públicos (cfr. art. 193 LH) o sobre los inmuebles

(38) Vid., *infra*, epígrafe VI.

gravados por impuestos impagos correspondientes a más de dos anualidades (cfr. art. 194 LH), o de la de los aseguradores sobre los bienes asegurados cuyo dueño no haya satisfecho las primas del seguro de dos o más años (cfr. art. 195 LH). Fuera de unos y otros casos, la hipoteca sólo puede constituirse voluntariamente (cfr. art. 138 LH).

La segunda excepción confirmatoria del principio de convencionalidad se destaca a raíz del controvertido derecho de retención. Aunque no se contemple a nivel normativo más que incidentalmente con motivo de ciertas situaciones, mayormente contractuales y de que, por supuesto, no se califique como derecho real ni se trate sistemáticamente el de retención queda sometido en su funcionamiento a las máximas de accesoriedad, especialidad e indivisibilidad de los derechos reales de garantía, no facultando a la mera apropiación del bien que se retiene como medio para la liquidación de la deuda. Pero, el derecho de retención no se constituye, por su propia esencia, a título voluntario; precisamente por la razón de equidad en la que se funda, en cuya virtud no se juzga procedente que se reclame por una cosa sin antes corresponder con los gastos o mejoras que sobre ella se hayan realizado, la garantía opera por ley, a sola voluntad del acreedor y sin que se requiera de pacto alguno. Únicamente se exige que el crédito haya tenido por objeto o se haya contraído en atención a la cosa.

B) ACCESORIEDAD

Las garantías reales típicas no son independientes, siempre nacen para el aseguramiento de una obligación. Esta nota de accesoriedad se concreta en tres momentos: en el de la constitución de la garantía, pues, según se dice, no puede constituirse sin tomar como punto de referencia el crédito correspondiente; en el de su transmisión, ya que sólo cabe su cesión junto con la del crédito; y en el de su extinción, habida cuenta que la extinción efectiva del crédito ha de suponer la de la garantía, circunstancia que no sucede necesariamente al revés.

La obligación asegurada puede ser de todo tipo, de dar, hacer, no hacer; pura, condicional, eventual, futura. Es posible, por tanto, que no exista efectivamente al tiempo en que se conviene la garantía, en que sencillamente se prevea, pero debe existir siempre en el de la ejecución, pues es precisamente su satisfacción lo que con ese trámite se persigue.

Una misma garantía puede cubrir uno o varios créditos. En esta segunda hipótesis no se sustituirían unos por otros, no constando en el título ninguno como primero o principal, y todos, por igual, aparecerían, para el caso en que vieran la luz, asegurados. Es decir: merced al mecanismo de globalización que se indica, todas las obligaciones quedarían garantizadas, de forma tal que si alguna se extinguiera no es que la garantía pase a garantizar otras, sino que

las nuevas obligaciones que, al existir, han de quedar garantizadas, lo estarían igualmente aunque no se hubieran extinguido las anteriores (39).

Explicado así, el principio de accesoriidad veta la imposición de garantías independientes, autónomas, entendiéndose por tales aquellas que prevean su realización con total desvinculación del hecho del incumplimiento y de su constatación o, incluso, de la validez (tacha que puede alegarse al momento en que se requiere de pago al garante) de la relación de crédito asegurada. Es verdad que la fórmula habría encontrado un gran eco en el tráfico internacional en relación con grandes operaciones comerciales, siendo admitida por doctrina y jurisprudencia al amparo de la autonomía de la voluntad que rige con mayor holgura para las garantías personales, pero sin que parezca prudente, sólo por ello, su reconocimiento para las reales.

Ciertamente, ninguna de las garantías reales codificadas se plegaría a la variante, impidiendo, aunque fuera judicialmente, que el deudor se defienda mediante la interposición de las excepciones relativas a la existencia o validez del crédito que se le exige. Piénsese, además, en la muy distinta situación provocada entre ambos tipos de garantía: no sería lo mismo comprometerse al directo pago ante el solo requerimiento del acreedor, hipótesis que, aunque sólo sea en prevención de posibles abusos en la reclamación (40), dejaría un cierto margen de autoprotección para el garante, que la agresión directa sobre uno o varios bienes afectados con antelación como cautela. La prevención se tornaría todavía más necesaria fuera del ámbito puramente profesional, con extensión a todo aquel supuesto donde el deudor (*ergo*, consumidor) no se dedique al comercio, no prevea financiarse con fines mercantiles (41).

(39) Cfr. CORDERO LOBATO, *La hipoteca global. La determinabilidad del crédito garantizado*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 1997, pág. 129.

(40) Como se resalta, la independencia que se predica de las garantías (personales) no accesorias, en especial de las garantías bancarias, se cuestiona vivamente al admitir, bajo determinados presupuestos, la *exceptio doli*, que puede ser opuesta por el garante cuando el beneficiario ejercita abusivamente su derecho. Para esta línea de pensamiento, resulta indiferente que la garantía se conciba como un negocio abstracto, puesto que por encima debe primar la buena fe. Efectivamente, «la *exceptio doli* no es oponible en cualquier caso, pudiendo ejercitarse sólo cuando es notoria la lesión de la buena fe contractual o existe una “prueba líquida” de la pretensión injustificada del beneficiario. Este carácter restrictivo de la excepción no impide, sin embargo, una importante fisura en el alto grado de independencia que tienen las garantías bancarias, al introducir el elemento de la buena fe contractual en negocios concebidos como abstractos y, por tanto, neutros. En realidad, con la *exceptio doli* las garantías bancarias dejan de ser garantías abstractas, para convertirse en garantías más accesorias, puesto que no sólo es posible entrar en el control de la causa, sino en cualquier vicisitud de la relación de base (por ejemplo, incumplimiento de la obligación, cumplimiento defectuoso, incumplimiento parcial, imposibilidad de cumplimiento por causa sobrevenida...)» (ALBIEZ DOHRMANN, «Las bases dogmáticas de las garantías bancarias», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 636 [1996], pág. 1819).

(41) No parece que «el régimen riguroso de algunos contratos de garantía nacidos en el tráfico bancario, como el de la fianza o aval a primera demanda, deba ser extendido a los fiadores que no sean entidades de crédito, quienes no deben usar los formularios

Del carácter accesorio se deriva, además, una importante consecuencia en sede concursal. Ello así por cuanto es evidente que si el crédito es declarado ilegítimo o inexistente en el concurso del deudor, o si se lo verifica por un monto menor al pretendido, tal sentencia, al vincularse a la obligación principal, incidirá sobre la posibilidad de ejecución de la garantía y, siendo posible, sobre su resultado.

C) ESPECIALIDAD

En lo que concierne a las garantías reales, el principio de especialidad atiende, en un primer plano, a la necesidad de concretar claramente los bienes que hayan de gravarse, manifestándose, en segundo lugar, en la determinación mínima de la relación principal garantizada, siquiera por remisión a los sujetos involucrados, así como en la fijación del montante máximo de responsabilidad vinculado.

En esta doble dimensión, mediante el principio, por igual trata de protegerse al deudor como al resto de sus acreedores. Al deudor, de cara a evitar que uno solo de sus acreedores reciba una sobregarantía forzándole a agotar su total capacidad de endeudamiento de un solo plumazo, y sin contraprestación que lo justifique. Al resto de sus acreedores, ya que si se considera que mediante la formalización de una garantía real se va a sustraer uno de los bienes integrantes de la masa patrimonial que les sirve de común garantía, en cualquier caso tienen derecho a que se les brinde información suficiente sobre el nivel de exposición al riesgo al que hayan de estar sometidos.

1. *En relación con el objeto*

El ordenamiento proscribe las garantías genéricas o sobre una generalidad indiscriminada de bienes. En su seno, la única garantía que con tal alcance se conoce es la común en favor de todos los acreedores y que se cifra en el patrimonio entero del deudor, que, por ser común, realmente no constituye una garantía en el sentido técnico; ninguna seguridad añadida incorporaría.

En principio, por tanto, se infringiría igualmente el postulado de especialidad si el objeto sobre el que recae la garantía consistiera en el conjunto

utilizados en el tráfico bancario. Esta doctrina se defiende no sólo para el denominado por antonomasia en el Derecho alemán, *Garantievertrag* o contrato autónomo de garantía, en el cual el banco asume una obligación propia, independiente de la existente entre el acreedor y el deudor, sino también para la fianza a primera demanda». La misma doctrina se ha abierto paso en los sistemas francés y español (VICENT CHULIÁ, «Introducción al estudio de las garantías personales en el ordenamiento español», en NIETO CAROL y BONET SÁNCHEZ [Coord.]. *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, I, cit. pág. 412).

de los ingresos que a partir de su constitución, o en un instante posterior, ha de recibir el constituyente (sea el deudor o un tercero). No obstante, se trata esta de una conclusión sobre la que la práctica ha demostrado que convendría avanzar. ¿Cómo podría, pues, conciliarse el supuesto con las exigencias de la especialidad?

Recordando cómo una de las consignas a lo largo de la historia de las garantías reales habría radicado, justamente, en evitar que su constitución entorpezca el ciclo económico al que estén adscritos los bienes. Tal circunstancia, que habría legitimado la aparición en el *ius praetorium* de la hipoteca, se habría reproducido en el pasado siglo para la positiva consagración de las garantías mobiliarias sin desplazamiento, en cuyo contexto se reconoce la posibilidad de una cierta rotación objetiva, siquiera, dada nuestra normativa, al amparo de la hipoteca de establecimiento mercantil, cuyo gravamen puede extenderse convencionalmente a las mercaderías y demás materias primas, que son, de suyo, fluctuantes. Y lo mismo cabría advertir respecto de las maquinarias que, en el ejemplo, se fueran tornando obsoletas; el deudor no sólo podría, sino que debería proceder a su renovación, ya que no hacerlo conspiraría contra el giro normal de la empresa, en torno al que por la garantía se halla obligado.

Pero, sin duda, es la prenda de una cartera de valores, o de valores, sin más, la que mejor plantea la conveniencia de sustituir los objetos pignorados durante la vigencia de la garantía, sin necesidad de celebrar un nuevo contrato, de otorgar en cada ocasión un nuevo documento público, como exige para su oponibilidad frente a terceros la prenda ordinaria. A través de la sustitución lo que se busca es que no se perjudiquen los intereses de los inversores pignorantes, permitiéndose la enajenación de determinados valores toda vez que se observe una baja en su cotización de mercado, empleándose el dinero obtenido para su reemplazo por otros valores más seguros en ese momento o para los que exista una expectativa de mayor ganancia (42).

Frente al régimen de este muy especial gravamen, donde la remisión a la normativa societaria y del mercado de valores resulta determinante, debe destacarse su sustrato operativo, el cual, a la postre, vendría a justificar su inclusión paradigmática dentro de las denominadas garantías rotativas. Para uno de los mayores estudiosos sobre el tema, el profesor Enrico GABRIELLI, es rotativa «aquella forma de garantía que admite la sustituibilidad y la mutabilidad del objeto en el tiempo, sin requerir, en cada oportunidad, la renovación del cumplimiento de las modalidades exigidas para la constitución de la garantía o para el surgimiento del derecho de prelación [preferencia], y sin dar lugar a las condiciones para la revocabilidad de la operación económica del

(42) Vid., por todos, VEIGA COPO, «La prenda de cartera de valores», en CABANELLAS DE LAS CUEVAS (Dir.) y DE REINA TARTIÈRE (Coord.), *Mercado de capitales*, Buenos Aires, Heliasta, 2009, pág. 391 y sigs.

tal modo creada» (43). A lo largo de su elaboración, de imprescindible, como se dice, reconocimiento, se nota la influencia del Derecho angloamericano en cuanto a la fórmula de la *floating charge*, y la construcción de la noción a partir del supuesto de la prenda de instrumentos financieros. Por más que advierta que el fenómeno, el de la rotatividad, se iniciara limitadamente con respecto a la prenda, para enseguida profundizarse y desarrollarse «en un cuadro normativo más amplio y articulado, con el fin de componer un diseño sistemático unitario y ordenado de garantías rotativas legales y convencionales» (44), la misma normativa enseña que es la prenda de acciones en régimen de (mercerizada) gestión la que preocupa, algo que bien demuestra la influyente Directiva 2002/47/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera.

La Directiva, traspuesta al ordenamiento español mediante el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, distingue entre la facultad de sustitución, a ejercitar por el garante, y un derecho amplio de utilización que atribuye al acreedor, que le permita hacer uso y disponer «como propietario» de la garantía financiera prevista, derecho que desde luego legitimaría la sustitución de valores impetrada por él excluyendo la hipótesis del ámbito prendario. El legislador comunitario da un paso más: admitir el pacto por el que el deudor se obligue a aportar una garantía complementaria cuando el precio, el valor del objeto dado en garantía decrezca, por razones externas, dependientes de su estimación objetiva. El Considerando número 16 de la Directiva razona conjuntamente sobre las tres figuras: «se debe proteger —explica— de determinadas normas de nulidad automática las buenas prácticas de mercado preconizadas por los reguladores que permiten a los participantes en el mercado financiero servirse de acuerdos de garantía financiera complementaria para gestionar y limitar su respectivo riesgo de crédito mediante cálculos actualizados del valor de mercado de sus riesgos de crédito y del valor de la garantía y, en consecuencia, solicitar una garantía financiera complementaria o la devolución del excedente de la garantía. Lo mismo puede decirse de la posibilidad de sustituir los activos entregados como garantía financiera por otros activos de idéntico valor. Lo único que se pretende es que la prestación de una garantía financiera complementaria o de sustitución no pueda ser puesta en tela de juicio basándose únicamente en que las obligaciones financieras principales ya existían antes de prestarse la garantía financiera, o en que ésta se prestó durante un período determinado. No obstante, esto no significa que

(43) «Las garantías reales mobiliarias en Europa», en DE CORES Y GABRIELLI, *El nuevo Derecho de las garantías reales. Estudio comparado de las recientes tendencias en materia de garantías reales inmobiliarias*, Buenos Aires-Bogotá-México-Madrid, Zavallá-Temis-UBIJUS-Reus, 2008, pág. 367, donde cita varios de sus escritos anteriores en los que se habría ido ocupando de la problemática concerniente a la figura.

(44) *Ibidem*.

no pueda impugnarse, con arreglo a la legislación nacional, el acuerdo de garantía financiera y la prestación de la garantía financiera como parte de la prestación inicial, el complemento o la sustitución de la misma, por ejemplo, cuando ello se ha hecho con la intención de perjudicar a los otros acreedores (con ello se cubre, entre otros aspectos, las actuaciones basadas en el fraude u otras normas de nulidad automática similares que puedan aplicarse en un período determinado)».

Vemos, así, cómo es la propia legislación la que admite la existencia de garantías reales con un objeto dinámico. En tales hipótesis, el deudor conserva su facultad de disposición sobre los bienes gravados, que se suceden unos por otros en cumplimiento de su función económica.

2. Con respecto al crédito

Con respecto al crédito o créditos cuyo cumplimiento ha de garantizar, el alcance de la especialidad como mejor puede comprenderse en nuestro tiempo es a partir del debate suscitado desde finales de la década de los setenta en torno a la hipoteca llamada global, flotante o abierta, a saber, la constituida en seguridad de una pluralidad, más o menos, acotada de créditos, indeterminados al momento de convenirse la garantía en su existencia y cuantía. Y es que, en la polémica, el escollo más firme que se ha apuntado contra la modalidad, aun después de su reconocimiento con motivo de la reforma hipotecaria de 2007, radica en la violación que acarrearía del principio de especialidad en su perspectiva crediticia. Para evitar la pertinente sanción de nulidad, lo que se habría propuesto en su lugar es que en el título, además del monto total que cubra la garantía, al menos a tanto alzado, se haga ajustada especificación no ya del crédito —que nada impide que no exista al tiempo de convenirse— sino de su causa fuente, entendiéndose por tal el negocio, la plataforma, mayormente, contractual de la que se derive, esta sí existente al formalizar la hipoteca.

No obstante, parece haber calado hondo la acabada defensa que realizara CORDERO LOBATO de la figura. Fue la autora la que destacara cómo la confrontación de la hipoteca abierta con el espíritu cautelar del principio de especialidad, en esa dimensión bifronte que trasluce, puede arrojar después de todo una respuesta positiva (45).

Así, en relación con los demás acreedores del garante, la existencia de una relación jurídica común, de una «causa fuente» al momento de pactarse la hipoteca, se mostraría inútil. ¿Por qué ha de beneficiar a los terceros el conocer la existencia de la relación jurídica de la que provienen o provendrán las obli-

(45) En la obra de su artículo citado aquí con anterioridad.

gaciones garantizadas, si resulta que, por hipótesis, el Registro no va a publicar la cuantía en que se cifren las obligaciones que finalmente se contraigan al amparo de la relación requerida? Por demás, se trataría de una circunstancia ya presente, y admitida, para la hipoteca de cuenta corriente, donde los terceros sólo pueden informarse del máximo de responsabilidad anunciado, pero sin llegar a saber el grado de endeudamiento efectivo mientras tanto.

La protección al deudor, en cambio, se perfila más comprometida. Al respecto, desde que conviene la hipoteca global sobre su inmueble se produce una suerte de bloqueo patrimonial, que en la práctica le habrá de impedir acudir a otros oferentes de crédito poniendo el bien como garantía, por muy ventajosas que sean las condiciones de financiación que le ofrezcan, sacrificio agravado por el hecho de que en esta clase de hipoteca —al contrario de lo que subyace a la de cuenta corriente— el acreedor no se encuentra obligado a la concesión de crédito. Sin embargo, desde una perspectiva puramente económica de la relación, si el deudor ha decidido anticipar el gravamen es porque piensa rentabilizar la oportunidad en el futuro, por cuanto el acreedor, que, como se apunta, no está compelido a conceder crédito, estará más incentivado que ningún otro para concederlo, dado que la preexistencia de la garantía será la mejor invitación para hacerlo.

En relación con esto, la delimitación temporal de la garantía aparece como parámetro más que recomendable. La garantía suele abarcar, así, todas las deudas que se generen por la relación entre los interesados por uno, dos o los años que se convengan, o hasta tal día. Si, a tenor de lo expuesto, el acreedor se rehusara, después de todo, a la concesión efectiva de crédito, habría de facilitársele al deudor, en todo caso, la «redención» del gravamen. Y es que «el acreedor no tiene un interés legítimo que justifique la persistencia de la relación de aseguramiento. El plazo sólo sirve, en efecto, para “encadenar” al deudor, porque, a diferencia de lo que ocurre en un contrato de apertura de crédito, el acreedor no se obliga a nada durante el meritado plazo» (46). En definitiva, el deudor que otorgara una hipoteca anticipada —o una garantía como el fideicomiso por el estilo— lo haría para tener una razonable oportunidad de obtener crédito de forma continuada y al reducido coste que permite una financiación garantizada. Éste sería el único interés que satisfacerían las garantías globales, interés que, además, el deudor realizaría a costa de un sacrificio patrimonial anticipado, por lo que tendría que poder poner fin a la relación, sin alegar causa alguna, y con efectos hacia el futuro, esto es, habiendo de satisfacer las deudas que a la fecha sí hubieran nacido (47).

(46) CORDERO LOBATO, *ob. cit.*, págs. 118-119.

(47) *Ibidem*.

D) INDIVISIBILIDAD

Los derechos reales de garantía, y por extensión, según lo dicho, el conjunto de garantías reales, subsisten hasta el total pago extinción de la obligación, gravando todo el bien, aun cuando éste se divida, circunstancia en la que cada parte resultante habría de quedar igualmente vinculada al cumplimiento íntegro de lo debido. Tal es el principio a reserva de las particularidades del caso con vistas a su recepción, especialmente en sede hipotecaria.

E) SOMETIMIENTO A LA PROHIBICIÓN DEL PACTO COMISORIO

Ninguna garantía real habilita a que el acreedor se quede con la cosa directamente, sin mayores trámites ni valoraciones, por el mero incumplimiento (48). Es la prohibición del pacto comisorio, pacto cuya más corriente acepción, no obstante, excede de nuestro ámbito, por aludir a esa cláusula que hace a los contratos sinalagmáticos y por la cual pueden darse por resueltos si no cumple la contraparte.

El fundamento de la prohibición responde a la prudencia del legislador. En este sentido, la fórmula se habría proscrito para evitar los abusos que su admisión pudiera producir, y, ello, aunque según las circunstancias, por conveniencia del deudor, ese perjuicio efectivamente no se observe. Como toda prohibición, incorporaría el riesgo de perjudicar la libertad de autorregulación, incluso cuando sus intereses se hallaran a salvo; sin embargo, se habría entendido recomendable como medida preventiva.

En el Código Civil, la prohibición se contempla con un carácter genérico en el artículo 1859, en cuanto disposición común para la prenda y la hipoteca, aunque por su sentido tuitivo resulta perfectamente aplicable a la anticresis, y junto a ella, repito, a cualquier otra garantía real (atípica). En cualquier caso, la prohibición no juega con un alcance absoluto, aceptándose convenios del tenor, con tal de que el fundamento que la preside quede resguardado; lo contrario sería mero formalismo. Desde este prisma, interesa mencionar los seculares pactos marciano y *ex intervallo*.

El pacto marciano, expresa DURÁN RIVACOBÁ, permite formas ejecutivas extrañas a los cauces formales preestablecidos, aspecto en que quiebra con la prohibición, pero a partir de su justo precio (49). Se salvaguardan los dere-

(48) Vid., por todos, DURÁN RIVACOBÁ, *La propiedad en garantía: prohibición del pacto comisorio*, Pamplona, Aranzadi, 1998, cuya acabada exposición se sigue en este punto.

(49) El pacto recibe su nombre del pasaje del Digesto (20,1,16,9), en el que MARCIANO, transcribiendo un rescripto refrendado por SEVERO y CARACALLA, expresa la posibilidad de constituir prenda de modo que si no se pagara en el plazo estipulado, el acreedor poseyera la cosa por derecho de compra, mediante pago de la estimación que se hiciera conforme al justo precio.

chos del deudor y de los demás acreedores, máxime cuando los resultados económicos suelen ser mucho más ventajosos que los normalmente obtenidos en los procedimientos de ejecución ordinarios. Si hay sobrante, se revierte al deudor. De todos modos, la tasación del bien se exige objetiva, lo que remite a la intervención imparcial de un tercero o, cuando menos, a los patrones reconocidos del mercado.

En cuanto al pacto *ex intervallo*, éste tiene una doble dimensión: la más primordial refiere el acuerdo ulterior al establecimiento de la garantía, de forma que, cual modificación del contrato inicial, se permite al acreedor apropiarse de la cosa si deviene el incumplimiento. Obviamente, la secuencia temporal no basta para eludir en su espíritu la prohibición. En su segunda vertiente, el pacto sugiere la facultad de que el acreedor acceda, mediante el consentimiento actual —es la clave— del deudor o garante, a la propiedad de la cosa gravada, como eficaz medio de pago. En este caso, el pacto se presume válido, en tanto no se acredite el desequilibrio *inter partes*.

VI. LA GARANTÍA REAL CONSTITUIDA POR TERCERO

La constitución de la garantía por un tercero, algo esencial en materia de cauciones personales, se muestra mera contingencia tratándose de garantías reales (cfr. art. 1857 *in fine* CC) (50). Técnicamente, quien constituye uno de sus bienes en garantía de la deuda de otro no puede considerarse fiador. No es fiador por la sencilla razón de que no tiene la obligación personal de corresponder al pago. Tan sólo ha querido comprometer el bien, en previsión de que el deudor incumpla. Por ello, no goza del tradicional beneficio de excusión de la fianza; basta que el deudor rehúse el pago, y esto se acredite fehacientemente, para poder entablar la acción de ejecución oportuna.

Profundizando un poco más en la cuestión, la preventiva excusión de los bienes del deudor no es un elemento esencial de la fianza, pues nada impide que el fiador renuncie a ese beneficio. Sucede esto en la llamada fianza solidaria, donde el acreedor puede dirigirse directamente contra el fiador. Sin embargo, entre esta clase de fiador y el constituyente de una garantía no deudor aun existiría la trascendental diferencia de que éste habría limitado su responsabilidad al bien gravado; el fiador, en cambio, habría avalado su obligación accesoria con todo su patrimonio, y ello independientemente de que, además, la hubiera asegurado con garantías específicas. Únicamente cuando el fiador se obligara por la cantidad representada por la garantía que constituyera, y renunciara al beneficio de excusión, se llegaría a una situación parecida a la que se alude.

(50) Vid., en general sobre el aserto, MORENO QUESADA, *Las garantías reales y su constitución por tercero*, Granada, Universidad de Granada, 1987.

Tampoco el garante no deudor tiene la condición de tercer poseedor, extendiendo aquí al conjunto de garantías reales el concepto tal y como se ha acuñado para el ámbito hipotecario. En relación con esta figura, sabido es que la garantía real, al menos cualquiera de las típicas, no conlleva la indisponibilidad del bien. El dominio puede transmitirse a un tercero sin necesitar del consentimiento del acreedor. A resultas de su adquisición, el nuevo titular se responsabilizará del pago de la deuda que la garantía asegure, aunque tendrá la oportunidad de decidir hasta qué punto. Por principio, sólo responderá hasta el valor del inmueble aunque puede obligarse personalmente al pago de la deuda, con lo que estará afectando para su satisfacción el resto de su patrimonio.

El garante no deudor compartiría con el tercer poseedor esa limitada vinculación con la relación obligatoria precedente, aunque con distinto fundamento. Aquél, por haber delimitado su concurrencia de responsabilidad voluntariamente; éste, por su cualidad de tercero. Y es que el garante no deudor no es, de suyo, parte en la obligación principal pero sí respecto del negocio en su conjunto, al haber dispuesto uno de sus accesorios.

Que por principio no resulte obligado no impide, con todo, que el garante no deudor asuma personal y voluntariamente la deuda. Si lo hace en el mismo acto de constitución, se daría una especie de garantía por deuda parcialmente ajena, y ello a expensas del régimen, solidario o mancomunado, que se haya disciplinado entre los obligados. Habría varios deudores, aunque el bien gravado perteneciera a uno solo. En la hipótesis de que la asunción tenga lugar con posterioridad, nos encontraríamos, en cambio, ante un supuesto de delegación, cuya plena eficacia habría de depender del consentimiento del acreedor al respecto.

PALABRAS CLAVE

DERECHO DE GARANTÍAS.—DERECHOS REALES.—GARANTÍAS REALES.—HIPOTECA.—PRENDA.—ANTICRESIS.—FIDUCIA.—CESIÓN DE CRÉDITOS.

RESUMEN

DERECHO DE GARANTÍAS GARANTÍAS REALES

En absoluta evolución al amparo de los fenómenos sociales y económicos de nuestra época, el Derecho de garantías se encuentra en estas páginas con la dog-

ABSTRACT

SECURITY LAW COLLATERAL

In full evolution under the wing of the social and economic phenomena of our era, security law encounters in these pages the dogmatics that make collate-

mática que hace a las de carácter real, aquellas en las que un bien se afecta en previsión especial de que no cumpla el obligado. Las alternativas son diversas, y no corresponde al legislador, y menos al intérprete, acotarlas; más bien cifrar a su partir los principios generales a los que ha de estarse, con plena extensión de sus razones a las modalidades previstas por los particulares en ejercicio de su libertad contractual. Con todo, no es propósito de este trabajo, no al menos el fundamental, advertir sobre la aplicación de tal índole de cautelas, sino rescatar la idea jurídico-real en función de garantía, a partir de la naturaleza que subyace.

ral, the kind of security in which property is encumbered for the special contingency of a breached obligation. The alternatives are diverse, and it is not the place of a legislator, and less the place of an interpreter, to place limits upon them, but instead to resume on the basis of those alternatives the general principles that must be respected, with full extension of their reasons to the modes of collateral anticipated for private persons in the exercise of freedom of contract. All in all, it is not the purpose of this paper (at least not the fundamental purpose) to issue warnings about the application of security of this sort, but to salvage the legal/real idea of collateral as security, on the basis of the underlying nature of the concept.

(Trabajo recibido el 5-11-09 y aceptado para su publicación el 8-2-2011)

La calificación concursal de los créditos nacidos de los contratos con obligaciones recíprocas (como consecuencia del Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo de 2009, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal)

por

ANA MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN: LA CALIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS NACIDOS DE LOS CONTRATOS BILATERALES PENDIENTES DE CUMPLIMIENTO.
- II. EL CRÉDITO SUBORDINADO QUE NACE DE UN CONTRATO CON OBLIGACIONES RECÍPROCAS: SU RÉGIMEN JURÍDICO Y ORDEN DE PRELACIÓN Y PAGO:
 1. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CRÉDITO SUBORDINADO:
 - 1.1. *Derechos de que disponen los titulares de créditos subordinados.*
 - 1.2. *Pago y graduación de los créditos subordinados.*
- III. LOS CRÉDITOS DERIVADOS DE LOS CONTRATOS BILATERALES CALIFICADOS COMO CRÉDITOS CONTRA LA MASA Y CRÉDITOS PREDEDUCIBLES:
 1. LOS CRÉDITOS CONTRA LA MASA Y LOS CRÉDITOS PREDEDUCIBLES.
 2. LOS CRÉDITOS DERIVADOS DE LOS CONTRATOS BILATERALES CALIFICADOS COMO CRÉDITOS CONTRA LA MASA Y CRÉDITOS PREDEDUCIBLES.

3. RÉGIMEN JURÍDICO, PAGO Y PRELACIÓN DE LOS CRÉDITOS CONTRA LA MASA DERIVADOS DE LOS CONTRATOS CON OBLIGACIONES RECÍPROCAS:

- 3.1. *Comunicación y reconocimiento de los créditos contra la masa.*
- 3.2. *El régimen de pago y prelación de los créditos contra la masa y de las prestaciones nacidas de un contrato con obligaciones recíprocas en la legislación vigente.*

I. INTRODUCCIÓN: LA CALIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS NACIDOS DE LOS CONTRATOS BILATERALES PENDIENTES DE CUMPLIMIENTO

El Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo de 2009 (*BOE* de 31 de marzo), de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la situación económica, ha producido una reforma importante, desde el punto de vista práctico, de nuestro Derecho Concursal motivada por la crisis económica actual que ha provocado que muchas de las previsiones de la Ley de 2003, dadas para un entorno económico diferente, se hayan revelado inadecuadas e ineficaces para los momentos actuales (1).

La reforma ha afectado al aspecto procesal, intentando implantar un procedimiento concursal menos costoso, más ágil y eficiente en sus resultados.

No obstante, uno de los aspectos sustantivos de la reforma ha afectado a la calificación de alguno de los créditos nacidos de los contratos con obligaciones recíprocas. Se añade un nuevo número, el 7.º, al artículo 92 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, calificando de *créditos subordinados* a los créditos derivados de los contratos con obligaciones recíprocas a que se refieren los artículos 61, 62, 68 y 69, «*cuando el juez constate, previo informe de la administración concursal, que el acreedor obstaculiza de forma reiterada el cumplimiento del contrato en perjuicio del interés del concurso*».

Como la vigente regulación concursal, el legislador, con esta reforma, sigue favoreciendo el mantenimiento de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento. Así, una vez que se produce la declaración de concurso, al examinar el patrimonio del concursado, uno de los principales activos con el que puede contar ese patrimonio es el de los contratos que el concursado tenga con terceros, pues en la economía actual dichos contratos pueden ser un elemento fundamental en el desarrollo futuro de la actividad empresarial del concursado. Por eso, una de las primeras cosas que es neces-

(1) El Gobierno aprobó, el 18 de marzo de 2011, un nuevo cambio de la Ley Concursal con dos objetivos: por un lado, favorecer a los bancos; por otro, tratar de agilizar los procesos. Las entidades bancarias para el caso que refinancien a una sociedad que acaba declarándose en concurso, tendrán prioridad de pago sobre la misma del «dinero nuevo» que aporten a una empresa, en el marco del proceso de refinanciación (tiene la consideración de crédito contra la masa).

rio comprobar tras la declaración de concurso es qué contratos celebrados con el concursado están pendientes de cumplir y calibrar en qué orden el cumplimiento de dichos contratos interesa al concursado. En principio, hay que pensar que dicho interés existirá en la medida en que el mantenimiento del contrato vaya a suponer un aumento del patrimonio del concursado o vaya a evitar o atenuar una disminución del mismo, es decir, en la medida en que la situación patrimonial resultante tras la ejecución de las prestaciones pendientes por ambas partes sea mejor que la que resultaría de resolver el contrato (2).

La Ley Concursal concede a la administración concursal la facultad de decidir si se sigue cumpliendo el contrato o se resuelve (con declaración o decisión del juez del concurso) y de hacerlo teniendo en cuenta exclusivamente el interés del concursado y no de la otra parte contratante. En contrapartida, eso sí, el derecho de ésta va a pasar a tener la categoría de crédito contra la masa (créditos satisfechos antes que los demás créditos concursales, salvo los que gocen de privilegio especial), pues sería excesivamente gravoso para dicho contratante imponerle el cumplimiento de las prestaciones pendientes a pesar de la incertidumbre de cobro que supone tener la simple posición de acreedor ordinario en una situación de insolvencia patrimonial como la que justifica el concurso. De ahí, que el artículo 84 LC incluya en el apartado 6.º como créditos contra la masa los que resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso (art. 61.2.1 LC), y de las obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria (art. 61.2.2 LC) o por incumplimiento del concursado (art. 62.4 LC). Del mismo modo, el apartado 7.º del artículo 84 LC, incluye entre los créditos contra la masa los que correspondan por las cantidades debidas y las de vencimiento futuro a cargo del concursado en los casos de rehabilitación de contratos (arts. 68 y 69 LC) o de enervación de desahucio (art. 70 LC).

Ahora bien, la reforma actual de la Ley Concursal (Real Decreto-ley 3/2009), que pretende generar incentivos para evitar el concurso mediante una refinanciación de las empresas con el apoyo de sus acreedores, castiga al contratante no concursado que de forma reiterada impida la continuación del contrato con obligaciones recíprocas —en perjuicio del interés del concurso y así

(2) Es claro, que los contratos mal negociados por el concursado o que puedan ser considerados más gravosos para éste que para la otra parte del contrato no interesarán mantenerlos. Puede, también, darse el caso de que contratos que objetivamente fuesen ventajosos para el concursado antes de la declaración del concurso, ya no lo sean tras ésta, porque la nueva situación creada y la cesación de las actividades del concursado que no se consideren rentables hagan perder utilidad a dichos contratos. Por tanto, en la valoración de si el contrato interesa o no al concurso no es suficiente con examinar las prestaciones aisladamente, sino que hay que valorarlas en función de los incrementos patrimoniales que se puedan conseguir o de las necesidades que las actividades que el concursado vaya a continuar realizando puedan requerir. En este sentido, NAVARRO CASTRO, *Los créditos contra la masa en el concurso de acreedores*, Madrid, 2008, pág. 100.

lo constate el juez previo informe de la administración concursal— y rebaja la categoría de su crédito en el concurso calificándolo de crédito subordinado (art. 92, en su nuevo apartado 7.º LC). Es decir, como un crédito satisfecho por detrás de los créditos privilegiados y ordinarios y que está sometido a un régimen más restrictivo que el previsto para el común de los créditos concursales.

II. EL CRÉDITO SUBORDINADO QUE NACE DE UN CONTRATO CON OBLIGACIONES RECÍPROCAS: SU RÉGIMEN JURÍDICO Y ORDEN DE PRELACIÓN Y PAGO

La última modificación de la Ley Concursal (RDL 3/2009) ha incluido un nuevo crédito subordinado en el artículo dedicado a la clasificación de éstos, el artículo 92, apartado 7.º Así, si el acreedor de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes al declararse el concurso obstaculiza de modo reiterado el cumplimiento del mismo en perjuicio del interés del concurso, su crédito será calificado, por el no mantenimiento del contrato, como crédito subordinado.

Es decir, siempre que pueda continuar el contrato bilateral declarado el concurso —ya sea porque las dos obligaciones recíprocas se encuentren pendientes de cumplimiento (art. 61.2.1), ya sea porque así lo decida el juez del concurso a petición del concursado o la administración concursal (art. 61.2.2) o, no obstante, concurriendo causa de resolución, si es conveniente al interés del concurso (art. 62.3), o en los supuestos de rehabilitación previstos en los arts. 68 y 69 LC— y el acreedor de este contrato lo impida en contra del interés del concurso y lo constate el juez previo informe de la administración concursal, su crédito será satisfecho por detrás de los privilegiados y los ordinarios. Ya no será crédito contra la masa.

Por ello, tendremos que analizar, cuál es el régimen de estos créditos subordinados, pues implica derechos más restrictivos que el previsto para el común de los créditos concursales.

La Ley Concursal no se ha ocupado de definir expresamente cuál es el contenido de esta categoría de créditos. Dentro de la clasificación de créditos subordinados quedan, en efecto, integradas obligaciones del deudor de muy diversa índole, sin que exista una aparente vinculación entre todas ellas en cuanto a su naturaleza y titularidad. El artículo 92 LC está destinado a identificar cada uno de los supuestos de créditos que integran la categoría de subordinados: créditos comunicados subordinados por la falta de diligencia del acreedor, créditos subordinados por pacto contractual, créditos por intereses, créditos por multas y similares, créditos de los que sea titular una persona especialmente relacionada con el deudor, créditos que, como consecuencia de rescisión concursal, sea titular quien haya sido declarado parte de mala fe en el acto

impugnado y, por último, el novedoso crédito del acreedor que haya obstaculizado el cumplimiento del contrato en perjuicio del interés del concurso de forma reiterada. Lo que les caracteriza, y de ahí la denominación bajo la cual se regulan, es su posición postergada en el concurso del deudor.

No obstante, la Ley Concursal no ha establecido una sección o capítulo dedicado a regular un régimen específico para los créditos subordinados (del mismo modo que tampoco existe un apartado dedicado al régimen de las otras categorías de créditos). Sin embargo, de la lectura de todo el texto legal se extraen una serie de conclusiones acerca de cuál es la posición de los titulares de estos créditos en el procedimiento concursal, y, por tanto, aplicable al crédito de un acreedor que ha impedido de manera reiterada el cumplimiento del contrato con obligaciones recíprocas en perjuicio del interés del concurso.

1. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CRÉDITO SUBORDINADO

Los créditos subordinados, a pesar del especial régimen que les es de aplicación, quedan integrados de derecho en la masa pasiva del concurso, de acuerdo con lo previsto en el artículo 49 LC, lo que le convierte a sus titulares en acreedores concursales. Ello hace que los mismos acrediten una serie de derechos equivalentes a los del resto de acreedores concursales, si bien con algunas especialidades que el propio texto legal establece para esta categoría de créditos.

1.1. *Derechos de que disponen los titulares de créditos subordinados*

1.º Solicitud de declaración del concurso

Los titulares de créditos subordinados, en su condición de acreedores concursales, están legitimados para solicitar la declaración de concurso (art. 3 LC). Debe señalarse que la Ley no exige al acreedor que insta la declaración en concurso de su deudor comunicar al juez la clase correspondiente a su crédito (art. 7.1 LC), lo que refuerza la conclusión de que para el legislador es indiferente, a la hora de examinar la legitimación del acreedor, el rango que le será atribuido en la distribución concursal (3).

Ahora bien, el nuevo crédito subordinado que ha introducido el Real Decreto-ley 3/2009, en el artículo 92, parece partir de un concurso ya declarado. El acreedor que incumpla el mantenimiento del contrato bilateral de

(3) ROJO, «Comentario al artículo 3 LC», en *Comentarios Ley Concursal*, I, Rojo y Beltrán, Madrid, 2004, pág. 206, según el cual, cualquier acreedor con interés legítimo puede solicitar la declaración de concurso, presumiéndose la existencia de ese interés por la mera condición de acreedor, trátase de acreedor preferente, ordinario o subordinado.

modo reiterado, y en contra del interés del concurso, verá degradado su crédito a subordinado, que en caso de no obstaculizar el cumplimiento del contrato es calificado de crédito contra la masa (4).

2.º Comunicación de créditos

Un derecho importante atribuido a los titulares de créditos subordinados y que comporten con el resto de acreedores concursales, es del de comunicar su crédito a la administración concursal (art. 85 LC), lo que determina su posible inclusión en la lista de acreedores y, sobre esa base, su eventual satisfacción en el concurso. Sin embargo, a la vista de las escasas perspectivas de satisfacción que les corresponden, así como su limitada participación en el procedimiento, es de prever que estos acreedores no tengan demasiado interés en concurrir al procedimiento (5).

3.º Impugnación del informe de la administración concursal

Todo acreedor subordinado, al igual que el resto de los acreedores concursales, está facultado para impugnar el inventario y la lista de acreedores (art. 96.1 LC se refiere a cualquier interesado).

Por lo que hace a esta posibilidad, sería aconsejable que en la lista de acreedores se indicará también, junto a la calificación jurídica del crédito, una justificación de la misma cuando ésta sea subordinada. Así, si el artículo 94.2 LC establece que en la lista de acreedores se hará constar expresamente «las consecuencias de la comunicación oportuna», y esas consecuencias son la subordinación del crédito (tal como dispone el art. 92.1.º LC). Por eso entendemos que, si se da justificación expresa en la lista de acreedores respecto de la razón por la cual se subordinan unos determinados créditos, lo correcto sería que esta justificación se extendiera respecto a los demás. Defendemos esta postura por las importantes consecuencias que se derivan de la calificación de un crédito, máxime cuando la misma es subordinada (6).

En este sentido, en el supuesto de acreedores de contratos con obligaciones recíprocas que no cumplan de manera reiterada, deben conocer el informe de la administración concursal y la justificación del juez del concurso (como

(4) El régimen de reconocimiento y comunicación de créditos lo estudiaremos en el apartado correspondiente.

(5) BERMEJO, «Comentario al artículo 85 LC: Comunicación de créditos», en *Comentarios de la Ley Concursal*, Rojo y Beltrán, cit., pág. 1533.

(6) Así lo entiende VALPUESTA GASTAMINZA, «Comentarios al artículo 94 LC», en *Comentarios de la Ley Concursal*, Córdón, Valladolid, 2004, pág. 748.

recoge expresamente el art. 92.7.º), para impugnar la calificación subordinada de sus créditos. Le será de enorme utilidad conocer las precisas razones de la subordinación.

4.º Garantías contratadas sobre créditos subordinados

Una cuestión que merece atención es la que atañe a las garantías contratadas respecto de los créditos subordinados y la duda acerca de la calificación que, en estos casos, debe atribuirse al crédito.

Si analizamos este tema a la luz del artículo 97.2 LC, concluimos que el titular de un crédito calificado como subordinado en función de la especial relación con el deudor perderá las garantías de cualquier clase constituidas a favor del crédito. Sin embargo, ese efecto no se prevé en la Ley respecto del resto de clases de créditos subordinados a que se refiere el artículo 92 LC, aunque la doctrina que se ha manifestado sobre esta cuestión mantiene una posición casi unánime en el sentido de considerar que la subordinación tiene como efecto inseparable la pérdida de cualquier privilegio. Basándose en la idea de que la subordinación conlleva, necesariamente, a la extinción de toda garantía y en la noción de que la subordinación afecta tanto al crédito como al privilegio, que es accesorio de aquél (7).

En este sentido, el crédito del acreedor de un contrato bilateral que obstaculice de modo reiterado el cumplimiento del mismo al ser calificado de subordinado, conllevaría a que las garantías constituidas sobre el mismo se perdiesen. De tal manera, que si como luego veremos, un crédito contra la masa, como el que se puede derivar de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, puede ser privilegiado, en el caso de que el crédito sea subordinado puede perder tal privilegio.

Consideramos, sin embargo, que como principio general, debería entenderse que los créditos que por aplicación de Ley o por acuerdo convencional, tengan carácter subordinado pero al mismo tiempo, están asegurados con una garantía real, conservarán el derecho a ejecutar sobre el bien objeto de la

(7) PULGAR EZQUERRA, «El acreedor hipotecario en la nueva legislación concursal», en *RDM*, 2003, pág. 1473, argumenta que la extinción de las garantías de las personas especialmente relacionadas se produce como consecuencia de la subordinación; CORDERO LOBATO, «Comentario del artículo 97 LC», en *Comentarios de la Ley Concursal*, II, Rojo y Beltrán, cit., págs. 1120 y 1121, quien sostiene que la cualidad de acreedor subordinado determina la inutilidad de la garantía accesorio del crédito subordinado, y en atención a las establecidas para cualquiera de los créditos subordinados; CARRASCO PEREA, «Comentario del artículo 97 LC», en *Comentarios de la Ley Concursal*, II, Bercovitz, cit., pág. 1476, considera que por definición, un acreedor subordinado es un acreedor que por definición no puede gozar en el concurso de privilegio alguno; para BLASCO GASCÓ, «Comentario del artículo 97 LC», en *Comentarios de la Ley Concursal*, Sagrera, 2004, pág. 1644, la subordinación afecta tanto al crédito como al privilegio, que es accesorio de aquél.

garantía (8), pasando a ser satisfechos con rango de subordinado por la parte del crédito a la que no hubiese podido alcanzar la garantía. Esta parece ser la opción por la que ha optado el legislador concursal, en línea con el principio de la protección de las garantías reales, que para el ámbito de la subordinación habría quedado especificado en el párrafo 3.º del artículo 92 LC, cuyos efectos podrían extenderse al resto de los acreedores subordinados pero siempre y cuando así lo establezca la Ley. En otro caso, se protege la actuación previa del acreedor en defensa de su crédito, aunque luego se califique como subordinado.

1.2. Pago y graduación de los créditos subordinados

De acuerdo con lo previsto en el artículo 158. 1 LC, los créditos subordinados sólo podrán ser satisfechos cuando hayan sido íntegramente pagados los créditos ordinarios.

Así, en fase de convenio no se puede producir el efecto de que el deudor deba atender de manera simultánea el pago de los créditos ordinarios y subordinados, por lo que debería aplicarse el criterio de la previa satisfacción de los créditos ordinarios (9).

De igual modo, y por aplicación del artículo 158.2 LC, el contenido del convenio no podrá prever que los créditos subordinados sean satisfechos de forma simultánea sin atender a las diferentes clases de créditos. En este sentido, en aquellos aislados casos en los que el convenio prevea prestaciones para más de una clase de créditos subordinados, el pago de una determinada categoría no podrá empezar hasta que no haya sido totalmente satisfecha la anterior.

Bien es verdad que un sector de la doctrina considera que la graduación interna del artículo 92 LC es operativa a los efectos del pago en sede de fase de liquidación (donde se ubica el art. 158 LC), pero no resulta aplicable para el convenio. La regla contraria, además, introduciría una complejidad enorme a la hora del cumplimiento de un convenio cualquiera (10).

(8) En este sentido, FERRÉ FALCÓN, *Los créditos subordinados*, Madrid, 2006, pág. 610.

(9) Debe citarse la opinión contraria de CARRASCO PEREA, «Comentario al artículo 134 LC», en *Comentarios a la Ley Concursal*, II, cit., pág. 1467, quien considera que en la Ley no se impide que, de no haberse pactado una espera, el acreedor subordinado no cobró simultáneamente (o antes incluso) que los ordinarios, si así se hubiera convenido.

(10) VALPUESTA GASTAMINZA, «Comentarios al artículo 134 LC. Convenio», en *Comentarios a la Ley Concursal*, Cordón, cit., págs. 941 y 942, y CARRASCO PEREA, «Comentario al artículo 134 LC», en *Comentarios a la Ley Concursal*, II, cit., 1467, para quienes el orden de pago de los artículos 90 a 93 y 155 a 158 LC, no es de aplicación en el supuesto de convenio.

Sin embargo, debe advertirse de que podría entrar en contradicción con la previsión que se contiene en el artículo 100.3 LC, en el sentido de que la propuesta de convenio no podrá consistir en la alteración de la clasificación de créditos establecida por la Ley, es decir, que para el pago de los créditos deben respetarse las normas contenidas en los artículos 89 a 93 LC. Además, el argumento de la complejidad, por sí solo, no puede bastar para orillar la clasificación establecida por el legislador para los créditos subordinados, y tomarse en consideración el hecho de que esta clasificación responde a una opción del legislador para establecer dentro de la categoría de créditos subordinados, unas clases con una posición preferente a otras, como así resulta del artículo 158.2 LC, según el cual el pago de los créditos subordinados se hará por el orden establecido en el artículo 92 LC, y, en su caso, a prorrata entre los de cada número. En caso contrario, se estaría dando lugar a una posible impugnación del convenio por parte de los acreedores perjudicados, sobre la base de que el mismo incumple el artículo 100.3 LC en cuanto al respeto a la clasificación de créditos establecida en la Ley.

La Ley no ha previsto normas específicas para los titulares de crédito subordinados en la fase de liquidación, salvo la contenida en el artículo 158 LC, que establece que el pago de los créditos subordinados no se realizará hasta que hayan quedado íntegramente satisfechos los créditos ordinarios (apartado 1) y que, en su caso, se realizará por el orden establecido en el artículo 92 y a prorrata dentro de cada número (apartado 2).

La posición de los créditos subordinados en el pago y prelación concursal implicará que sus créditos sólo pueden ser satisfechos cuando se haya producido la previa satisfacción íntegra de los créditos contra la masa, los créditos privilegiados, con privilegio especial y con privilegio general, y de los acreedores ordinarios. Pues, aunque la Ley sólo se refiera al hecho de que hayan quedado íntegramente satisfechos los créditos ordinarios, resulta claro que esta circunstancia sólo puede ocurrir cuando antes hayan sido satisfechas las categorías de crédito de rango superior (11).

La situación atribuida a los titulares de créditos subordinados en el pago concursal, conllevará que, en la mayor parte de los procedimientos, no alcancen a cobrar ni una pequeña parte de sus créditos, ya que serán raras las ocasiones en las que la masa activa sirva para satisfacer la totalidad de los créditos contra la masa, privilegiados y ordinarios. En caso contrario, cuando, tras la satisfacción de esos créditos, exista un remanente para atender a los créditos subordinados, la satisfacción de los créditos deberá hacerse necesariamente en el orden establecido en el artículo 92 LC.

(11) GARRIDO, «Comentarios al artículo 158 LC. Pago de créditos subordinados», en *Comentarios a la Ley Concursal*, II, Rojo y Beltrán, cit., pág. 2486, así lo indica expresamente.

Ello implica que, para poder satisfacer a una determinada categoría, deberá haberse realizado la satisfacción de la categoría inmediatamente superior. Con la reforma introducida en la Ley concursal por el Real Decreto-ley 3/2009, en la lista de los créditos subordinados se ha colocado en último lugar para el pago (apartado 7.º del art. 92 LC) el crédito que nace del incumplimiento reiterado del acreedor de un contrato con obligaciones recíprocas. Con ello parece intención del legislador castigar al contratante no concursado que en contra del interés del concurso decida no continuar el contrato, cuando así lo estime el administrador concursal y lo apruebe el juez del concurso. La última posición de esos créditos subordinados en el proceso de pago y distribución concursal da una idea muy precisa de cómo trata el acreedor los intereses de esos acreedores (12).

En el caso de que el remanente sobrante no alcance para cubrir a la totalidad de los créditos que integren alguna de las categorías de créditos subordinados, el producto de ese patrimonio concursal será repartido a prorrata, entre los titulares de esos créditos, aplicando el principio de proporcionalidad.

III. LOS CRÉDITOS DERIVADOS DE LOS CONTRATOS BILATERALES CALIFICADOS COMO CRÉDITOS CONTRA LA MASA Y CRÉDITOS PREDEDUCIBLES

Los créditos que se derivan de los contratos con obligaciones pendientes de cumplimiento —en los supuestos de mantenimiento de los mismos (art. 61.2.1 LC), de su resolución solicitada por el administrador del concurso o el deudor concursal en interés del concurso (art. 61.2.2 LC), del cumplimiento de los contratos decretado por el juez del concurso aunque concurra causa de resolución (art. 62.3 LC), o de la rehabilitación de los contratos de adquisición de bienes con precio aplazado, de préstamos a favor del concursado, o de arrendamientos urbanos (arts. 68, 69 y 70 LC)— siempre que el acreedor de estos contratos no obstaculice de modo reiterado su cumplimiento en contra del interés del concurso, son créditos contra la masa.

1. LOS CRÉDITOS CONTRA LA MASA Y LOS CRÉDITOS PREDEDUCIBLES

El artículo 84.1 LC define qué son créditos contra la masa, pero en sentido negativo, al establecer que son créditos contra la masa los que no son

(12) GARRIDO, «Comentarios al artículo 158 LC. Pago de créditos subordinados», en *Comentarios a la Ley Concursal*, II, cit., pág. 2488, «al igual que todas las disposiciones sobre graduación, el establecimiento de un orden entre los distintos supuestos de créditos subordinados traduce los juicios de valor del legislador sobre los respectivos méritos de cada uno de los créditos que se enuncian».

créditos concursales, (los que están al margen del concurso) (13). Por el contrario, todos aquellos créditos que no sean créditos contra la masa serán créditos concursales e integrarán dicha masa (art. 84.1 LC) (14).

El artículo 84.2 LC establece a continuación y de forma pormenorizada los créditos que integran la categoría de créditos contra la masa. Estos cré-

(13) BELTRÁN, *Las deudas de la masa*, Bolonia, 1986, pág. 109 y sigs., hace la siguiente distinción entre los acreedores del concurso: «Los acreedores concursales sólo tienen derecho a concurrir sobre el patrimonio del concursado, según la ley del dividendo o según las disposiciones del convenio. Son acreedores concursales aquellos que tienen un crédito contra el concursado en la fecha en que el concurso se declara, sea ordinario o privilegiado. Determinados créditos nacidos antes de la declaración de concurso, sin embargo, pueden satisfacerse al margen del concurso: son los acreedores que gozan de un derecho de ejecución separada (arts. 908 y 909 C. de C.). Los acreedores posteriores a la declaración de concurso, los denominados acreedores de la masa, quedan fuera de la masa pasiva. A diferencia de los acreedores con derecho de ejecución separada, excluidos del concurso por disposición legal, los acreedores de la masa quedan por esencia al margen del concurso. Los acreedores de la masa ni entran a formar parte de la masa pasiva ni sufren los efectos del concurso de acreedores. Desde esta perspectiva, no es difícil entender que se incurra en un error en el enfoque cuando se habla de preferencia de los acreedores de la masa. En realidad no existe esa preferencia; los acreedores de la masa deben satisfacerse antes de los acreedores del concurso porque constituyen una categoría ajena, distinta y autónoma, que no se ve afectada por las leyes del concurso. Los acreedores de la masa, como acreedores ajenos al concurso, son acreedores extraconcursales, la naturaleza jurídica de las deudas de la masa se explica en razón de la extraconcursalidad». VIGUERA RUBIO, «Efectos de la declaración de quiebra», en *Derecho Mercantil*, 2, VI, Jiménez Sánchez, Barcelona, 2002, págs. 741 y 742, para concretar que son deudas de la masa hace el siguiente discurso: «La quiebra es un proceso de ejecución a favor de la generalidad de los acreedores del deudor común. Por ello, declarada la quiebra, se produce de modo necesario el efecto de que los acreedores quedan agrupados en un consorcio de interesados en la ejecución del patrimonio del quebrado. Este consorcio recibe el nombre de masa de acreedores o masa pasiva, que, por la finalidad que persigue, tiene una entidad distinta de los acreedores que lo conforman, una representación propia (los síndicos) y una capacidad propia para obligarse (las deudas de la masa). De aquí la distinción entre deudas del quebrado y deudas de la masa; importante distinción, ya que mientras las primeras quedan sometidas al procedimiento, sufriendo la reducción consiguiente (ley del dividendo), las segundas se satisfacen con preferencia e íntegramente».

(14) La sección 3.ª que establece la Ley Concursal lleva por título «De la clasificación de los créditos», y comprende los artículos 89 a 93 de esta Ley. Estos artículos recogen una clasificación de los créditos concursales que se incluirán en la lista de acreedores. Esta clasificación de los créditos, según expresa la Exposición de Motivos de la Ley (punto V), «constituyen una de las innovaciones más importantes que introduce la Ley, porque reduce drásticamente los privilegios y preferencias a efectos del concurso, sin perjuicio de que puedan subsistir en ejecuciones singulares, por virtud de las tercerías de mejor derecho». Los créditos concursales incluidos en la lista de acreedores se clasifican en privilegiados, ordinarios y subordinados. Los créditos privilegiados se clasifican, a su vez, en créditos con privilegio especial, si afectan a determinados bienes y derechos, y créditos con privilegio general, si afectan a la totalidad del patrimonio del deudor (arts. 89, 90 y 91 LC). Los créditos subordinados vienen recogidos en el artículo 92 LC. La Ley Concursal no dedica ningún artículo a determinar cuáles son los créditos ordinarios, por ello deben ser considerados créditos ordinarios, por eliminación, los que no sean privilegiados ni subordinados.

ditos, que bajo la legislación anterior eran prácticamente de elaboración doctrinal (15), con la vigente Ley Concursal toman carta de naturaleza como categoría legal.

La Ley sigue hablando, como la doctrina anterior, de *deudas de la masa* (16), asumiendo una terminología gráfica, pero técnicamente incorrecta. Evidentemente, la masa activa no es sujeto de derecho, por lo que no puede

(15) ALONSO LEDESMA, «Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación», en *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal*, García Villaverde, Alonso Ureba, Pulgar Ezquerro, Madrid, 2003, págs. 364 y 365, sostiene que tradicionalmente las deudas de la masa, estaban integradas por dos tipos de créditos: los gastos de la masa y las obligaciones de la masa. Los primeros incluían todos los realizados para llevar a buen fin el procedimiento concursal (costas y gastos) y las segundas, las contraídas para lograr una adecuada administración y liquidación del patrimonio del deudor. Todos estos créditos, que se originan por la apertura del concurso o cuando éste ya se ha abierto, tienen carácter de extraconcursoales y, por tanto, no entran en competición con los créditos concursoales que son los contraídos por el deudor, lo que explica el distinto tratamiento dado a unos y otros. Mientras los primeros son predeudibles y deben ser satisfechos conforme vayan venciendo y en su integridad antes de proceder al reparto de cualquier cantidad a los acreedores concursoales, éstos, en cambio, están sujetos, en mayor o menor medida, a las vicisitudes del concurso y deben ser satisfechos conforme a las reglas del mismo. Esta clara distinción que se mantenía en la Propuesta de 1995 y en el Anteproyecto de 2000, se ha ido desvirtuando en buena parte a medida que ha ido avanzando el proceso legislativo, ya que, de una parte, se omiten en la categoría de créditos contra la masa algunos que siempre han estado encuadrados en la misma (como los gastos de administración del concurso, entre los que figuraban los de retribución de los administradores concursoales), y, de otra, se nutre de créditos de diversa naturaleza en algunos de los cuales no concurren las características que definen a los créditos contra la masa. Por otra parte, se comprueba también que la tendencia actual a buscar soluciones conservativas y no meramente liquidativas del patrimonio concursal hace que aumenten significativamente el número de créditos contra la masa. Este es el caso de las obligaciones generadas como consecuencia de la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor o las contraprestaciones a cargo del concursado de los contratos que continúan durante el procedimiento, y las indemnizaciones derivadas de los contratos que se resuelven o rescindan. GÓMEZ MARTÍN, *Prontuario sobre cuestiones relativas a la suspensión de pagos y la quiebra*, Granada, 2001, pág. 156, incluía entre la clasificación de deudas de la masa todos aquellos créditos con causa en contratos de tracto sucesivo devengados con posterioridad a la fecha del auto de declaración de quiebra, entre los que habitualmente se incurría por los arrendamientos (rústicos, urbanos, financieros).

(16) GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, II, Madrid, 1983, pág. 441: «La expresión “deudas de la masa” sirve para destacar dos características: 1.ª Que las deudas contraídas por la administración de la quiebra sólo pueden hacerse efectivas sobre el patrimonio de ella (la masa) y no sobre los futuros bienes del deudor. 2.ª Que no se satisfacen como las restantes deudas del quebrado, es decir, dentro de la quiebra, sino fuera de ella. Por esta razón se habla también de acreedores en masa y de acreedores de la masa». GARCÍA PÉREZ, *Las deudas de la masa concursal en el Derecho español y comparado*, Ávila, 1986, pág. 67 y sigs., apuntaba las siguientes notas de las mismas: no se insinuaban en el concurso; no se sometían a reconocimiento ni graduación; no daban derecho a participar en la junta de acreedores; no estaban sometidas a la ley del dividendo; se satisfacían íntegramente, mientras existían bienes del concurso; y exigían como requisitos que fuesen hechas en interés común de los acreedores afectados y obtuvieran la debida autorización y aprobación, en su caso.

ser acreedor ni puede ser deudor. No hay créditos contra la masa del mismo modo que no hay deudas de la masa. El deudor es siempre y sólo el deudor común concursado, único titular del patrimonio que, separado, conforma la masa activa. Las deudas son deudas no de la masa activa, sino del deudor concursado (17).

La expresión legal (*créditos contra la masa*), sin embargo, tiene un valor gráfico importante: no se trata de créditos concursales, es decir, de créditos que conformen la masa activa, sino de créditos satisfechos antes del reparto de la masa entre los acreedores del concurso. Son créditos contra la masa activa del concurso porque son créditos prededucibles (18).

Los créditos contra la masa son créditos prededucibles, precisamente porque no son créditos concursales, sino extraconcursoales, de modo que no forman parte de la masa activa: antes de proceder a la distribución del activo del concurso entre los acreedores concursales concurrentes se han de apartar las sumas correspondientes a los créditos contra la masa.

Así, el artículo 84.2 LC establece que, *los créditos contra la masa serán satisfechos conforme a lo dispuesto en el artículo 154 LC* (19). Este artículo 154, en su párrafo primero, dispone que, *antes de proceder al pago de los créditos concursales, la administración concursal deducirá de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra ésta; y en el párrafo segundo, en su primera parte, que, los créditos contra la masa,*

(17) BLASCO GASCÓ, *Prelación y pago de los acreedores concursales*, Navarra, 2004, pág. 73, lo señala acertadamente.

(18) BELTRÁN, *Las deudas de la masa*, cit., pág. 115, plantea la posibilidad de sustituir la tradicional y equívoca terminología de deudas de la masa por la más correcta de créditos prededucibles: porque permite se incluyan entre las deudas de la masa créditos nacidos antes de la apertura del procedimiento concursal. Por otra parte, la masa no es deudora de estos créditos y la terminología expresa más eficazmente su caracterización esencial de ser satisfechos antes del reparto entre los acreedores concursales. Sostiene, también, GARRIDO, *ob. cit.*, págs. 52 y 53, que respecto a los créditos prededucibles, es obvio que la mayor importancia cuantitativa y cualitativa se manifiesta en el seno de los procedimientos concursales, donde se identifican con los llamados créditos contra la masa o deudas de la masa. La prededucción de los créditos contra la masa viene dada por la conexión funcional entre el procedimiento de ejecución colectiva y los créditos. Esta conexión funcional significa que el desarrollo del procedimiento requiere la realización de una serie de gastos ineludibles para lograr la propia satisfacción de los acreedores. En otros casos, la continuación de la empresa del deudor exigiría la concesión de créditos por parte de terceros (y es evidente que éstos no entrarían en ninguna relación jurídica con los órganos de un procedimiento concursal sin una mínima garantía de pago), y en este supuesto las deudas de la masa representarían el coste de la ejecución concursal: la prededucción tendría la función de asegurar a los órganos del concurso la obtención del crédito indispensable para el desarrollo del procedimiento concursal.

(19) BLASCO GASCÓ, *Prelación y pago de los acreedores concursales*, cit., pág. 74, «el artículo 154 contiene el régimen jurídico de una clase determinada de créditos que, antes de la Ley Concursal, aparecía dicho régimen jurídico disperso en distintas normas, que podían ser incluso contradictorias».

cualquiera que sea su naturaleza, habrán de satisfacerse a sus respectivos vencimientos, cualquiera que sea el estado del concurso (20).

De lo dispuesto en el artículo 154.1 y 2 LC se deduce que los créditos cuyos titulares son acreedores de la masa, se satisfarán en su totalidad conforme vayan venciendo con prededucción, esto es, antes de proceder al reparto de cantidad alguna a los acreedores concursales, que sí se sujetan en mayor medida a las resultas y vicisitudes del procedimiento (a lo que resulte del convenio o la liquidación). Sí es necesario tener en cuenta un único pero importantísimo límite: *las deducciones para atender al pago de los créditos contra la masa se harán con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial* (art. 154, párrafo último).

Por tanto, a salvo el privilegio especial que prima y está por encima de cualquier otro crédito, antes de repartir el activo realizado entre los acreedores concursales, se deben separar las cantidades que conforman los créditos contra la masa, sino han sido satisfechos todavía, pues tales créditos se pagan a medida que vencen.

Así, los créditos contra la masa, los créditos derivados de la situación concursal del deudor, gozan de preferencia o prededucibilidad frente a los créditos concursales o deudas del concursado. De esta manera, es fácil adivinar la tensión entre los intereses de los acreedores concursales y los inte-

(20) La regulación actual ya se establecía en los Anteproyectos y Proyectos que antecieron a esta Ley Concursal. Así, el texto articulado del ALC de 1983, regula estas deudas de la masa en los artículos 283 a 286. La PALC de 1995 acometió la tarea de configurar el régimen jurídico propio de tales créditos en los artículos 103 a 105. En estos preceptos se señalaban los créditos que podían recibir la calificación de deudas de la masa (art. 103). Se reconocía su carácter extraconcursal, pero sus ejecuciones sobre el patrimonio insolvente quedaban paralizadas hasta que la junta de acreedores determinase la solución que hubiera de darse al concurso (art. 104). Asimismo, se establecía la posibilidad de agredir bienes especialmente afectos a la satisfacción de determinados créditos (por ejemplo, bienes dados en prenda o hipoteca): cuando faltasen bienes libres sobre los que realizar tal endeudamiento (art. 105). En el artículo 83 del PLC de 2000 se señalan los créditos contra la masa que merecen tal condición, y en el artículo 153 del PLC de 2000, las reglas conforme a las cuales habrán de ser satisfechos los mismos, de forma muy similar a los vigentes artículos 84 y 154 LC (sin embargo, en el art. 83.3 PLC 2000, se incluyen como gastos de administración del concurso los de retribución de los administradores concursales y los honorarios de los expertos independientes, así como los gastos en los que aquellos incurrieron en el ejercicio del cargo, que no han sido enumerados en la lista del art. 84.2 LC). Con algunas diferencias del régimen de la PALC 1995, como en el tema de la paralización de las ejecuciones y la de agredir determinados bienes afectos para el pago, y sobre todo, que en la propuesta los créditos contra la masa (art. 103) se conceptuaban a través de la descripción de sus rasgos generales, al margen de la referencia ejemplar a estos específicos créditos. También, a diferencia de lo que acontecía en la PLC 1995, el legislador de la vigente Ley no ha tratado conjuntamente en una misma sección o capítulo el régimen de las deudas de la masa, sino que ha preferido sacrificar la unidad para regular de forma unificada la liquidación de todas las deudas del concursado, sea cual sea el origen o naturaleza, estableciendo una normativa liquidatoria conjunta, tanto para los créditos concursales como para los créditos contra la masa, en la sección 4.^a, artículo 154 y sigs.

reses, contrapuestos, de los acreedores de la masa: cuanto mayores sean los créditos contra la masa (y crecerán si se tiende a conservar la empresa o la actividad profesional del deudor concursado), menores posibilidades hay de satisfacción de los créditos concursales (21).

Ahora bien, los créditos contra la masa son prededucibles porque son créditos cuyo origen se halla en la necesidad de atender los costes y gastos derivados de un procedimiento concursal y a la continuación del concurso, por lo que es justo que sus titulares cobren antes que el resto de los acreedores concursales. Éstos provocan el concurso o la situación del concurso, aquéllos son provocados por el concurso, nacen de la situación concursal. En definitiva, gracias a la prededucción se neutraliza el riesgo atinente a toda eventual financiación e inversión postcontractual. Sin la misma nadie estaría dispuesto a invertir y a financiar el saneamiento de esa insolvencia, con lo que, en cierto modo, hace que estos nuevos acreedores minimicen el riesgo y vivan una situación de ajenidad frente al proceso y discurrir contractual (22).

(21) BLASCO GASCÓ, *Prelación y pago de los acreedores concursales*, cit., pág. 72.

(22) GARCÍA PÉREZ, *ob. cit.*, pág. 76 y sigs., entendía como primera razón del carácter prededucible de las deudas de la masa que, una vez declarada la quiebra, o el concurso, el deudor se mostraba en el tráfico como un insolvente y esta insolvencia constituía un obstáculo fundamental para la obtención de nuevos créditos. No sería entonces posible encontrar ningún operador en el tráfico dispuesto a conceder crédito a un insolvente, lo cual conduciría a la paralización de toda actividad posterior a la apertura del concurso. El objetivo de la prededucción era eliminar este problema. A través de la prededucción se neutralizaba el riesgo que afecta a las inversiones postconcursoales. Ello se explicaba porque la prededucción recreaba la situación de ajenidad frente a la insolvencia que tendría cualquier inversor que contratara una garantía. Se llenaba de este modo el vacío que la apertura de la quiebra, o del concurso, dejaba en la capacidad de crédito de aquél. De ahí que la prededucción era vista como un instrumento que facilitaba la obtención de los recursos precisos para sufragar el discurrir del mismo. La segunda razón que daba era que la quiebra, o el concurso, tenía unos costes que surgían en interés de los acreedores y que habían de ser satisfechos (la remuneración de las tareas administrativas, el mantenimiento de las inversiones acordadas realizando las contraprestaciones pactadas, etc.). La cuestión era determinar sobre quién había de recaer la satisfacción de tales costes. La respuesta se encontraba en la aplicación de las reglas de liquidación de patrimonios, que exigían que, antes de asignar a cada individuo la porción de valor que le correspondía sobre una determinada masa patrimonial, se descontase de aquélla la parte proporcional del endeudamiento que pesaba sobre la misma (por ejemplo, los arts. 1386 a 1410 CC, respecto a la liquidación de la sociedad de gananciales, y los arts. 1082 a 1087 CC, sobre la liquidación de la herencia). Trasladada tal reflexión al ámbito de la quiebra, o del concurso, ello significaba que los acreedores (de la quiebra o concursales), antes de obtener la parte que les correspondía del patrimonio del deudor, habrían de soportar la deducción de los costes del procedimiento que se desarrollaba en su interés. La prededucción detraía del patrimonio del insolvente el importe de tales costes, del mismo modo que las prestaciones pendientes en los contratos bilaterales que asumían los administradores de la quiebra o del concurso. BERMEJO GUTIÉRREZ, *ob. cit.*, pág. 63, indica que sin prededucción no pueden adoptarse aquellas medidas que hacen posible una explotación racional del patrimonio concursal.

2. LOS CRÉDITOS DERIVADOS DE LOS CONTRATOS BILATERALES CALIFICADOS COMO CRÉDITOS CONTRA LA MASA Y CRÉDITOS PREDUDICIBLES

El criterio clasificatorio de los créditos dimanantes de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes declarado el concurso atiende, más que al momento de sus respectivos vencimientos, a lo dispuesto en la Ley Concursal.

Si un contrato bilateral con obligaciones pendientes de cumplimiento por ambas partes declarado el concurso continúa vigente, por mandato del artículo 61.2.1 LC, *las prestaciones a que está obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa*, tanto si corresponde a obligaciones vencidas y no cumplidas antes de la declaración de concurso como si el vencimiento ha acaecido después. El crédito que va a surgir de estas obligaciones a cargo del concursado no es un crédito sometido al concurso, sino un crédito calificado como crédito contra la masa por la Ley Concursal, y que va a ser satisfecho al margen del concurso, como crédito prededucible. Del mismo modo, el artículo 84.2.6.º LC establece que *tienen la consideración de créditos contra la masa los que resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso*, sin realizar distinción alguna por razón de la fecha de vencimiento o exigibilidad de esas prestaciones.

Por tanto, la propia Ley Concursal ha resuelto las dudas de si se trata de un crédito concursal o un crédito contra la masa la prestación vencida antes de la declaración de concurso, si el contrato bilateral de tracto sucesivo continúa tras la declaración (23): el artículo 61.2.1 *in fine* dispone expresamente que todas las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa. Además, en cuanto a las prestaciones vencidas después de la declaración de concurso, como son obligaciones que nacen como consecuencia de la continuación del contrato durante el procedimiento concursal, son créditos contra la masa conforme a lo dispuesto en el artículo 84.2.9.º LC (24).

(23) Así, BONARDELL LOZANO, «Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso», en *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal. Libro homenaje al profesor Rafael García Valverde*, III, Madrid, 2007, pág. 1776, «en relación con los contratos de tracto único, se ha planteado alguna duda sobre la calificación que debe otorgarse al crédito nacido de los eventuales cumplimientos parciales realizados por la parte *in bonis* con anterioridad a la declaración de concurso y no correspondidos en tal etapa por el deudor. Sin embargo, los términos en que se pronuncia el texto legal (art. 61.2, párr. 1º, *in fine*, LC), son suficientemente rotundos como para dar por zanjado el asunto: «las prestaciones a que está obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa». En sentido contrario, MARTÍNEZ FLÓREZ, *Comentarios al artículo 61 LC. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas*, cit., pág. 1146.

(24) La SAP de Barcelona, de 9 de noviembre de 2010 (Diario *La Ley*, núm. 7595, de 23 de marzo de 2011), en un cambio de orientación de la Sala, a las obligaciones de pago del arrendamiento pendientes de cumplimiento en un contrato de *leasing* las califica

Son, también, créditos contra la masa, como recoge el artículo 84.2.6.º LC, las restituciones e indemnizaciones a que está obligado el concursado, que resulten de la *resolución voluntaria* del contrato a solicitud del concursado o la administración concursal en interés del concurso y acordada por el juez del concurso (art. 61.2.2 LC), se trate de un contrato de tracto único o de tracto sucesivo (25).

La Ley, sin embargo, considera escindibles los conjuntos de prestaciones cuando el contrato bilateral de tracto sucesivo, con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, se resuelve por incumplimiento de una de las partes, pues considera que cada una de ellas satisface un interés del acreedor. De tal manera que califica de distinto modo los créditos que resultan a favor de la parte *in bonis*, que le correspondan por haber cumplido sus obligaciones, y no haberlo hecho el concursado, distinguiendo según el incumplimiento de éste hubiera sido antes o después de la declaración de concurso. Así, el artículo 62.4 LC dispone que, en cuanto a las obligaciones vencidas y no satisfechas, sólo se satisfarán con cargo a la masa si el incumplimiento del concursado fuera posterior a la declaración de concurso (26). Si el incumplimiento del concursado fuese anterior a dicha declaración, se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, como crédito concursal. El crédito indemnizatorio, cuando proceda, gozará de la misma condición que el correspondiente a la prestación incumplida por el concursado (art. 62.4 LC).

En el supuesto de que el juez acuerde el cumplimiento del contrato pese a la existencia de incumplimiento y haberse formulado demanda de resolución (art. 62.3 LC), aunque cabría la anterior distinción, según el incumplimiento del concursado hubiese sido o no anterior a la declaración de concurso, y sólo en el caso de prestación vencida y no cumplida por parte del concursado posterior a la declaración de concurso, el crédito a favor de la contraparte será crédito contra la masa; sin embargo, razones lógicas, teleológicas, sistemá-

como créditos concursales (resulta entonces aplicable el art. 61.1 LC), pues considera que la entidad arrendataria ya había cumplido sus obligaciones.

(25) MARTÍNEZ FLÓREZ, «Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento en el concurso», en *ADCo*, núm. 13, 2008, pág. 74, «la resolución por incumplimiento no tiene efectos retroactivos (en los contratos de tracto sucesivo) y, por eso, el crédito de la parte *in bonis* no es a la restitución, sino a la contraprestación. Esta interpretación se refuerza si se considera que la Ley ha tenido en cuenta específicamente, en sede de efectos del concurso sobre los contratos, la eficacia restitutoria de la resolución y la ha acogido para la llamada resolución en interés del concurso o voluntaria (art. 61.2 *in fine*), pero no lo ha hecho para la resolución por incumplimiento».

(26) MARTÍNEZ FLÓREZ, *Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento en el concurso*, cit., pág. 89, en este caso su calificación de crédito contra la masa se incluye en lo dispuesto en el artículo 84.2.6.º, en su primera parte, que establece que son créditos contra la masa los que resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso.

ticas, y de la propia literalidad de la Ley Concursal, en este artículo 62.3, sostienen la calificación de créditos contra la masa de todas las prestaciones debidas por el concursado, tanto anteriores como posteriores a la declaración de concurso (27).

El problema de la calificación de los créditos, como hemos visto, tiene sentido cuando las prestaciones de cada una de las partes son divisibles, esto es, cuando son autónomas respecto a las demás y cada una de ellas sirve para satisfacer el interés del acreedor, que es lo que sucede en los contratos de tracto sucesivo, no en los contratos de tracto único. En estos contratos, las prestaciones fraccionadas forman parte de una prestación única y aisladamente consideradas no sirven para satisfacer el interés del acreedor.

Por ello, el crédito a la restitución a favor de la parte *in bonis*, surgido como consecuencia de la resolución del contrato de tracto único incumplido por el concursado, será crédito contra la masa, si este incumplimiento ha tenido lugar tras la declaración de concurso. En este sentido, el artículo 84.2.6.º LC, en su última parte incluye entre los créditos contra la masa los que resulten *de obligaciones de restitución en caso de incumplimiento del concursado* (ya se ha declarado el concurso).

Si el incumplimiento del deudor es anterior a la declaración de concurso, en aquellos supuestos de contratos de tracto único con prestaciones fraccionadas, el derecho de restitución de la parte *in bonis* debe satisfacerse, también, al margen del concurso (28).

(27) En la doctrina más reciente, BONARDELL LOZANO, *Régimen de los contratos sinagmáticos en el concurso*, cit., pág. 1791; MARTÍNEZ FLÓREZ, *Consideraciones en torno a la resolución del contrato por incumplimiento en el concurso*, cit., pág. 100 y sigs., consideran que son créditos contra la masa todas las prestaciones debidas por el concursado antes o después de la declaración de concurso, conforme a lo dispuesto en el artículo 62.3 y el artículo 84.2.7.º LC. Con argumentos convincentes: la SAP de Barcelona, de 13 de septiembre de 2006 (ADCo, núm.11, 2007, pág. 344 y sigs.).

(28) MARTÍNEZ FLÓREZ, *Consideraciones en torno a la resolución del contrato por incumplimiento en el concurso*, cit., pág. 88, «esto es claro, desde luego, si lo que debe restituirse es uno o varios bienes identificables y se considera que la resolución produce efectos retroactivos reales; pues entonces la parte *in bonis* podría ejercitar el derecho de separación. Pero también lo es si las prestaciones que realizó el contratante no concursado son de otra naturaleza o si se considera que la resolución sólo produce efectos retroactivos obligatorios». En sentido contrario, CLEMENTE MEORO, «Los efectos de la declaración de concurso del comprador en la compraventa de inmuebles sometida a condición resolutoria por impago del precio», en ADCo, núm. 10, 2007, pág. 216, «en estos (contratos de tracto único) sólo cabe resolución por incumplimientos posteriores a la declaración de concurso (art. 62.1 LC), esto es, por prestaciones a cargo de la masa (art. 61.2.1 LC): lo que justifica que el crédito reparatorio también sea a cargo de la masa. El crédito reparatorio es contra la masa si el incumplimiento resolutorio es posterior a la declaración de concurso, aunque el concursado recibiera lo que haya que restituirse antes de tal declaración. Conforme al artículo 62.4 de la Ley Concursal, el crédito de restitución es contra la masa, que es la que incumplió, aunque la cantidad que haya que restituirse fuera entregada antes de la declaración de concurso. Y lo mismo sucederá si hubo entregas del contratante *in bonis* tanto

Por tanto, en estos contratos, el derecho de restitución debe ser considerado siempre como crédito contra la masa por la totalidad de las prestaciones realizadas, puesto que la parte de la prestación ejecutada y que no fue correspondida por el concursado antes del concurso y aquella otra que no fue correspondida después del mismo forman parte integrante de una prestación única y si hay que restituirla habrá que hacerlo en su integridad y antes que el resto de los acreedores del concurso, por ser un crédito predecible.

Tienen, también, como dispone expresamente la Ley Concursal en el artículo 84.2.7.º LC, la consideración de créditos contra la masa, los que, *en los casos de rehabilitación de contratos o de enervación de desahucio y en los demás previstos en esta Ley, correspondan por las cantidades debidas y las de vencimiento futuro a cargo del concursado* (29).

Se trata de créditos contra la masa derivados de la rehabilitación de ciertos contratos: de los contratos de préstamo y demás de crédito a favor del concursado (art. 68 LC); de los contratos de adquisición de bienes muebles o inmuebles con precio aplazado (art. 69 LC); y de la enervación del desahucio y rehabilitación del contrato en arrendamientos urbanos (art. 70 LC).

En todos estos casos de rehabilitación, cumplidos los presupuestos exigidos por la Ley Concursal, se considerará también requisito necesario para que procedan los mismos que, el concursado, o la administración concursal, satisfagan o consignen la totalidad de las cantidades debidas en el momento de la rehabilitación y asuman los pagos futuros con *cargo de la masa* (como establecen expresamente los arts. 68 y 69 LC) y, por tanto, al margen del concurso.

anteriores como posteriores al concurso (v.gr., pagos parciales anteriores y posteriores); e incluso si hubo incumplimientos del concursado anteriores o posteriores: como sólo los posteriores son relevantes y son de la masa, el crédito es contra la masa».

(29) La Ley establece también que, son créditos contra la masa los casos de pago de créditos con privilegio especial sin realización de los bienes o derechos afectos (art. 84.2.7.º LC). Si bien los acreedores con privilegio especial tienen derecho a ser satisfechos con preferencia sobre el valor de los bienes afectos (art. 155.1 LC), no obstante, la administración concursal puede decidir comunicar a los titulares de estos créditos que opta por atender su pago con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos, lo que supondrá que deberán satisfacerse de inmediato la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos y que la administración concursal asumirá la obligación de atender los sucesivos como créditos contra la masa (art. 155.2 LC). El estudio de los requisitos y efectos de estos créditos se abordará más adelante.

3. RÉGIMEN JURÍDICO, PAGO Y PRELACIÓN DE LOS CRÉDITOS CONTRA LA MASA DERIVADOS DE LOS CONTRATOS CON OBLIGACIONES RECÍPROCAS

3.1. *Comunicación y reconocimiento de los créditos contra la masa*

¿Los créditos contra la masa regulados en la Ley Concursal están sometidos al trámite de la comunicación y reconocimiento de créditos?

La comunicación de créditos en la Ley Concursal ha de hacerse dentro del plazo de un mes, por *los acreedores del concursado* a la administración concursal (art. 85 LC) (30).

La comunicación de los créditos no tiene otra misión que la de poner en conocimiento del juez del concurso que hay una serie de acreedores que deben incorporarse a la lista de acreedores, y a los que hay que dar en el procedimiento concursal la participación que correspondiere a su condición. ¿Se entiende que los acreedores de la masa están obligados a esta comunicación por la Ley? (31) ¿Qué ocurriría si en la lista de acreedores que presenta

(30) Esta comunicación, según regula el artículo 85 LC, debe ser completa: debe contener el nombre completo del acreedor o interesado en el crédito, domicilio, presentación personal o por representante, en cuyo caso se acompañará poder suficiente. Se indicará la clase de crédito, su importe, vencimiento, situación actual en cuanto si constituye objeto de litigio o no, su fecha de adquisición o vencimiento, y la clasificación que pretenda. Si invocare un privilegio especial, designar cuál es, sobre cuál bien o bienes recae y los datos de inscripción registral.

(31) YANES YANES, «La formación de la lista de acreedores en el concurso», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, 3, Madrid, 2005, pág. 3396, hace notar que, «si el propio artículo 94.4 LC ordena que en la lista de acreedores se detallen y cuantifiquen los créditos contra la masa devengados y pendientes de pago (aunque en relación separada), resulta así que, no siendo concursales y no integrando la masa pasiva del concurso, los créditos contra masa (devengados y no pagados en el momento del cierre) habrán de figurar en la lista, lo que obliga a preguntarse si los acreedores de la masa soportan la carga de comunicación de sus créditos conforme a la disciplina a que se someten los acreedores concursales. Todo parece indicar, sin embargo, que se trata de un mandato dirigido a los administradores concursales, que son los que habrán de conocer de la existencia de créditos contra la masa en el momento de cerrar la lista de acreedores y rendir el informe. El hecho de que esa relación de créditos contra la masa constituya un añadido a la lista, hace pensar que la lista se quiere aprovechar, además, para reflejar la situación actual de los créditos contra la masa, y que en ese sentido despliega una estricta eficacia informativa sin connotaciones declarativas (inclusión/exclusión) que sí presenta, por el contrario, respecto a los créditos concursales que se han sometido a las operaciones de reconocimiento y clasificación. Los créditos contra la masa son créditos básicamente tasados en el artículo 84.2 LC, no se someten al reconocimiento, propiamente dicho, que han de superar los concursales y tampoco requieren ser clasificados como aquéllos. Todo conduce a negar que sobre los acreedores de la masa grante la carga de la comunicación de sus derechos conforme a la disciplina que dicta a tal fin el precepto aludido, lo que no impide, sin embargo, admitir que sobre la legitimidad de ciertos créditos contra la masa puedan plantearse controversias, que habrán de sustanciarse por los trámites del incidente concursal (art. 192.1 LC), así como recomendar la verificación de algún acto de comunicación de la parte cuando se albergan dudas

el deudor, en el caso de concurso voluntario, no aparecen alguno e, incluso, todos los acreedores de la masa? (32).

Parece lógico, aunque la Ley Concursal no lo establezca expresamente (33), que los acreedores de un crédito contra la masa deban comunicar la existencia de los mismos.

En muchos casos el crédito contra la masa tendrá que ser puesto en conocimiento de la administración concursal por el acreedor interesado, pues aquella no tendrá forma de conocer su existencia (34). Sin embargo, como los créditos contra la masa no están sujetos expresamente al régimen de comunicación establecido en el artículo 85.1 LC, el acreedor contra la masa puede poner en conocimiento de la administración concursal la existencia de un crédito, de los enumerados en el artículo 84.2 LC, más allá del plazo preclusivo de un mes señalado en el artículo 85 LC (por remisión al art. 21.1.5.º LC), sin que por ello sea calificado de crédito subordinado: los créditos contra la masa pueden devengarse después que tal plazo expire.

En cuanto al reconocimiento de créditos, según dispone el artículo 86 LC, corresponde a la administración concursal, que determinará la inclusión o exclusión en la lista de acreedores de los créditos puestos de manifiesto en el procedimiento, luego de examinar cada uno de ellos comunicados al órgano jurisdiccional. Esta decisión se adoptará respecto de cada uno de los créditos, tanto de los que se hayan comunicado expresamente como de los que resulten de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón constaren en el concurso (35).

razonables de que el devengo del crédito sea efectivamente conocido por los administradores concursales (como podría ocurrir, por ejemplo, con deudas de la masa devengadas antes de la declaración de concurso y que no consten en la documentación y libros del deudor).

(32) El Juzgado de lo Mercantil de Sevilla recibió en enero de 2008 la solicitud de concurso de la empresa sevillana CONTSA. A pesar de que el artículo 6 LC establece que en el escrito de solicitud el deudor, que expresará su estado de insolvencia actual o inminente, debe acompañar, entre otros documentos, una relación de acreedores, con expresión de la identidad de cada uno de ellos, así como su cuantía y el vencimiento de los respectivos créditos y las garantías personales o reales constituidas, este documento se presentó con un número de acreedores menor del real. Existían acreedores de la masa (como el que había suscrito un contrato de arrendamiento de servicios con la empresa), sobre todo, que no aparecían. Éstos se han visto obligados, cuando el juez del concurso ha dictado auto de declaración del mismo, a poner en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos (art. 21.1.5.º LC).

(33) El artículo 84.2.5.º LC, dice que cierta clase de créditos contra la masa (como los créditos por indemnizaciones derivados de extinciones colectivas de contratos de trabajo ordenados por el juez del concurso) «se entenderán comunicados y reconocidos» por la propia resolución que los apruebe.

(34) No obstante, es claro que en muchos casos la existencia del crédito contra la masa tendrá que ser puesta en conocimiento a la administración concursal por el acreedor interesado, pues aquella no tendrá otra forma de conocer su existencia.

(35) Conforme a lo dispuesto en el artículo 86.2 LC, se incluirán necesariamente en la lista de acreedores aquellos créditos que hayan sido reconocidos por laudo o sentencia,

En la lista de acreedores se contendrán los nombres de los acreedores incluidos y los excluidos (36), y en *una relación separada* se indicarán de forma detallada cuáles son los créditos contra la masa y por qué cantidades se devengan a favor de los acreedores que son sus titulares y que se encuentran pendientes de pago (como establece el art. 94 LC). En esta relación separada se señalarán las prestaciones, restituciones e indemnizaciones derivadas de un contrato bilateral pendiente de cumplimiento por ambas partes que constituyan créditos contra la masa.

En el supuesto de que la lista de acreedores sea impugnada, como dispone el artículo 96 LC, dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la última sentencia resolutoria de impugnación, la administración concursal presentará al juez del concurso una relación *actualizada* de los créditos contra la masa devengados y pendientes de pago (art. 96.4 LC) (37).

La razón de que la Ley Concursal disponga que aparezcan en una relación separada, adicional, estos créditos y su cuantía, siempre que estén devengados y pendientes de pago (arts. 94.4 y 96.4 LC), estriba en que ha de saberse con antelación cuáles son estos créditos, que han de satisfacerse con preferencia a los créditos concursales: es la necesidad de establecer un control sobre su existencia y cuantía, más que un reconocimiento. La administración concursal, además, debe crear una provisión suficiente de dinero o bienes para hacer frente a los créditos contra la masa, a los vencimientos previstos.

3.2. *El régimen de pago y prelación de los créditos contra la masa y de las prestaciones nacidas de un contrato con obligaciones recíprocas en la legislación vigente*

1.º La prioridad de los créditos contra la masa en cualquier estado del concurso

La Ley Concursal, en el artículo 154.1, establece expresamente la regla de la prededucción, o preferencia al pago, respecto a los créditos concursales, de

aunque no fueran firmes, los que consten en documentos con fuerza ejecutiva, los reconocidos por certificación administrativa, asegurados con garantía real inscrita en Registro Público, y los créditos de los trabajadores cuya existencia y cuantía resulten de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón consten en el concurso.

(36) En relación con los reconocidos, los créditos se clasificarán, conforme a la Ley Concursal, artículo 89 y sigs., en privilegiados —con privilegio especial o general—, ordinarios y subordinados.

(37) CORDERO LOBATO, «Comentarios al artículo 84 LC», en *Comentarios a la Ley Concursal*, I, Bervovitz, Madrid, 2004, pág. 975, «los créditos contra la masa tampoco están sujetos al régimen de reconocimiento establecido en el artículo 86 LC. Dado que el reconocimiento no es otra cosa que la inclusión o exclusión en la lista de acreedores de los créditos puestos de manifiesto en el procedimiento, y dado también el momento del procedimiento en que se forma esta lista de acreedores, hay que concluir que este régimen

los créditos contra la masa, y, por tanto, de las prestaciones, restituciones e indemnizaciones nacidas de los contratos bilaterales pendientes de cumplimiento declarado el concurso, calificadas como créditos contra la masa.

Así, si bien en el procedimiento de quiebra podíamos encontrar diferentes normas de las que se inferían la prededucción de las deudas de la masa, no contemplaban expresamente, a la hora de determinar la prelación de pagos, a los acreedores de la masa, como sí dispone el artículo 154.1 LC: *antes de proceder al pago de los créditos concursales, la administración concursal deducirá de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra ésta* (con base a la definición y relación que de los mismos efectúa el art. 84.2 LC) (38).

El artículo 154.1 LC, pues, es la primera norma concursal que regula expresamente la forma de satisfacerse los créditos contra la masa. La propia Ley habilita para hablar de prededucción (39). Con esta expresión quiere señalarse que, en caso de liquidación, la satisfacción de los créditos contra la

no es aplicable a los créditos contra la masa, pues aunque estos créditos deban figurar en relación separada (art. 94.4 LC), ello no puede impedir que, a diferencia de lo que sucede con los créditos concursales, esta relación se vaya actualizando conforme avance el procedimiento, ya que muchos de los créditos contra la masa se devengarán después de la formación de la lista».

(38) El ALC de 1983 establecía que, en el supuesto de insuficiencia de la masa para satisfacer los créditos prededucibles (tan importante es la nota de la prededucción de los créditos contra la masa que el ALC los denomina «créditos prededucibles» en el art. 286), algunos de ellos (alimentos, entierro, salarios por los seis meses anteriores a la admisión a trámite del procedimiento) gozarán de preferencia incluso sobre los acreedores especialmente privilegiados (art. 284). La PALC de 1995 no preveía graduación alguna entre los créditos prededucibles. Únicamente establecía en el artículo 103 el elenco de deudas de la masa que habían de ser satisfechas al margen del proceso concursal, a medida que se fuera produciendo su vencimiento. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, «Las opciones del Anteproyecto de Ley Concursal», en *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1985, pág. 118, reconoce que existía una evidente tensión dialéctica entre la tutela de los acreedores hipotecarios y la prededucción, principalmente porque la satisfacción del crédito hipotecario, en caso de insuficiencia patrimonial de la masa, puede entrar en conflicto con las exigencias de tutela de los titulares de créditos prededucibles, los cuales, en buen número de casos de continuación de la empresa, alcanzarán una considerable cuantía. Prevalció en el ALC de 1983 el criterio de que esa tensión no podía resolverse de modo unitario. Este criterio se tradujo en la distinción de supuestos de prioridad absoluta y supuestos de prioridad relativa. Si la masa no afecta era suficiente para pagar a los créditos prededucibles, debería hacerse el pago con cargo a los bienes de la masa no afectos a los privilegios especiales y el remanente que resultare de estos últimos una vez satisfechos los créditos especialmente privilegiados (art. 284). Por el contrario, en los casos de insuficiencia, el sacrificio de los acreedores hipotecarios era parcial. En relación con la hipoteca, la prededucción sólo beneficiaba a los créditos de alimentos y entierro del deudor y de las personas frente a las que tenga deber legal (art. 283.1.º), y los créditos por salarios que merecieran legalmente la consideración de prededucibles (art. 283.4.º), pero no a las demás categorías comprendidas dentro del taxativo elenco de créditos prededucibles (art. 284).

(39) La Exposición de Motivos (punto VII) dice expresamente que «los créditos contra la masa operan como prededucibles».

masa debe llevarse a cabo antes de proceder al pago de los créditos concursales, para lo cual la administración concursal deducirá de la masa activa los bienes y derechos necesarios.

Ahora bien, para la satisfacción de los créditos contra la masa no se debe esperar a la apertura de la fase de liquidación, ni la declaración del concurso supone su vencimiento anticipado, sino que se produce a lo largo del procedimiento concursal, desde su apertura, y tanto en la fase común y previa de concurso como en las de convenio y de liquidación: en el momento en que los créditos venzan o sean exigibles. Se trata, pues, de créditos nacidos por causa del procedimiento concursal o de la continuación de la actividad del deudor concursado, y que se deben satisfacer en la medida en que van venciendo, *cualquiera que sea el estado del concurso* (como dispone el art. 154.2 LC).

En la fase común y de convenio, los créditos contra la masa se irán pagando según vayan venciendo, sin que deba procederse a deducción alguna, que sólo tiene sentido cuando se empiezan a pagar otros créditos, en la fase de liquidación.

Si el procedimiento prosigue con la liquidación, y los créditos contra la masa no han sido satisfechos, antes de proceder al pago de los créditos concursales, la administración concursal deducirá de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra ésta, deducciones que se harán con cargo a los bienes no afectos al pago de créditos con privilegio especial (art. 154.3 LC).

La declaración legal del artículo 154.1 LC, pone también de manifiesto que créditos contra la masa y créditos concursales no concurren entre sí: la distribución del activo entre los créditos concursales no puede comenzar en tanto en cuanto no hayan sido satisfechos todos aquellos créditos contra el propio activo (como expresamente establecen los arts. 156 y 157 LC, al comienzo de su regulación).

Los créditos contra la masa se satisfarán a medida que vayan venciendo, deduciendo los bienes y derechos de la masa activa que resulten necesarios (no afectos al pago de créditos con privilegio especial) (40), mientras que los

(40) Dispone el artículo 76 LC que constituye la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso y los que se reintegren al mismo (conforme a lo dispuesto en los arts. 71 a 73 LC) o adquiera hasta la conclusión del procedimiento. Se exceptúa de lo dispuesto en el apartado anterior aquellos bienes y derechos que, aun teniendo carácter patrimonial, sean legalmente inembargables. Los titulares de créditos con privilegios sobre los buques y aeronaves podrán separar estos bienes de la masa activa del concurso mediante el ejercicio de las acciones que tengan reconocidas en su legislación específica (si de la ejecución resultare remanente a favor del concursado, se integren en la masa activa). Del mismo modo, y según establece en el artículo 80 LC, los bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado y sobre los cuales éste no tenga derecho de uso, garantía o retención serán entregados por la administración concursal a sus legítimos titulares, a solicitud de éstos. Además, los créditos contra la masa deben pagarse con el producto obtenido por la

créditos concursales se pagarán con posterioridad por el orden legalmente establecido (41).

2.º Los créditos con privilegio especial y los créditos contra la masa

El artículo 154.3 LC dispone que las *deducciones para atender al pago de los créditos contra la masa se harán con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial*. La regla general de la prioridad de los créditos contra la masa respecto a los créditos concursales cede ante los créditos con derecho al cobro preferente sobre un determinado bien o derecho, a los que la Ley Concursal denomina en el artículo 90 como créditos con privilegio especial (42).

El pago de los créditos contra la masa o la satisfacción de los acreedores de la masa no puede perjudicar a los créditos que gozan de privilegio especial, ni siquiera cuando el resto de los bienes y derechos no sean suficientes (43).

realización de los bienes y derechos no afectos a la satisfacción de los créditos privilegiados (art. 154.3 LC). Para ALONSO LEDESMA, «Comentarios al artículo 154 LC. Pago de créditos contra la masa», en *Comentarios a la Ley Concursal*, II, Pulgar Ezquerro, Alonso Ledesma, Alonso Ureba, Alcover Garau, Madrid, 2004, pág. 1370, aunque la Ley indica que los créditos contra la masa deben pagarse con el producto obtenido por la realización de los bienes y derechos no afectos a la satisfacción de los créditos privilegiados, no es únicamente con ese producto con lo que pueden satisfacerse. Ya que, al incrementar el activo patrimonial disponible para satisfacerlos contribuyen también los ingresos provenientes del ejercicio de la actividad profesional o empresarial del concursado o los integrantes del patrimonio de los socios subsidiariamente responsables de las deudas sociales (art. 48.5 LC) o, en su caso, los provenientes del patrimonio de los administradores sociales, de hecho o de derecho de la sociedad concursada, cuando sean declarados responsables (art. 48.3 LC).

(41) Así, deducidos de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra la masa y con cargo a los bienes no afectos a privilegio especial o al remanente que de ellos quedase una vez pagados estos créditos, se atenderá al pago de aquellos que gozan de privilegio general. El pago de los créditos ordinarios se efectuará con cargo a los bienes y derechos de la masa activa que resten una vez satisfechos los créditos contra la masa y los privilegiados (aunque el juez, a solicitud de la administración concursal, en casos excepcionales podrá motivadamente autorizar la realización de pagos de créditos ordinarios con antelación cuando estime suficientemente cubierto el pago de los créditos contra la masa y de los privilegiados). El pago de los créditos subordinados no se realizará hasta que hayan quedado íntegramente satisfechos los créditos ordinarios. Así se dispone, respectivamente, en los artículos 156, 157 y 158 LC.

(42) Son créditos con privilegio especial los enumerados taxativamente en el artículo 90.1 LC, en sus seis números. Para que los créditos mencionados en los números 1.º a 5.º del apartado anterior puedan ser clasificados con privilegio especial, la respectiva garantía deberá ser constituida con los requisitos y formalidades previstos en la legislación específica para su oponibilidad a terceros, salvo que se trate de hipoteca legal tácita o de los refaccionarios de los trabajadores (art. 90.2 LC).

(43) Sostiene BELTRÁN, «Comentarios al artículo 154 LC. Pago de créditos contra la masa», en *Comentarios a la Ley Concursal*, II, cit., pág. 2439, que la decisión legal no

Estos créditos con privilegio especial (44), como dispone el artículo 155.1 LC, se satisfarán con cargo a los bienes y derechos afectos (45). Son créditos que afectan directamente a estos determinados bienes y derechos, los cuales deben realizarse para atender preferentemente al pago de los referidos acreedores con privilegio especial, y no podrán ser utilizados para atender a los créditos contra la masa. Los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial quedan destinados a satisfacer en primer término a los titulares de los respectivos créditos, sólo si queda remanente pueden destinarse al pago de los créditos contra la masa.

soluciona el problema de si los titulares de privilegios especiales deben o no soportar los créditos contra la masa, en el sentido de si una parte de lo que obtengan de la realización del bien debe destinarse necesariamente a sufragar el coste del concurso. Parece evidente, pese al silencio legal, que deben descontarse del resultado de la ejecución del bien correspondiente los gastos que acarree la ejecución del mismo bien. Parecía lógico, también, que se dedujera un porcentaje de los gastos generales del concurso, en la medida en que dichos gastos se realizan en interés de los titulares de dichos créditos. Pero lo cierto es que ningún precepto legal autoriza a realizar esa deducción. Por el contrario, la Ley parece dejar a estos acreedores al abrigo del coste del concurso, es decir, los convierte en acreedores concursales, pero no les hace partícipes de los gastos de un concurso que no les beneficia. En el mismo sentido, GARRIDO, *Tratado de las preferencias del crédito*, Madrid, 2000, págs. 561 y 668, «debiera distinguirse entre los distintos tipos de gastos prededucibles de forma que si el gasto efectuado favorece a todos los acreedores, el coste debería satisfacerse con prioridad respecto a todos, incluidos los dotados de un derecho real de garantía, mientras que si la actividad que ha dado lugar al gasto favorece sólo a alguno de ellos, éste sería el que debe soportar la prededucción».

(44) Estos créditos privilegiados son los más favorecidos por la Ley Concursal. Están en lo más alto de las posibilidades de ser cobrados porque recaen sobre bienes concretos, son créditos garantizados con derechos reales. Están por encima de los créditos con privilegio de carácter general, porque éstos cobran de la masa mientras que los de privilegio especial cobran de bienes sustraídos de la masa. La Ley impone una condición para que estos créditos privilegiados obtengan el reconocimiento y clasificación pertinente: es necesario que la garantía que los cubre y de la que nace el privilegio especial esté constituida con los requisitos formales que la legislación especial de cada uno de ellos determine a fin de ser oponible a terceros. Estos créditos, sin embargo, tienen una rémora que está prevista en el artículo 56 LC, cuando se trate de acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad, hasta que se apruebe el convenio que no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año de la declaración de concurso sin haberse abierto la fase de liquidación. Pero, el privilegio no se pierde: sólo se trata de un retraso en el ejercicio de su realización.

(45) Dispone el apartado segundo del artículo 155 LC, sin embargo que, no obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en tanto no transcurran los plazos señalados en el apartado 1 del artículo 56 («Los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad no podrán iniciar al ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe el convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de ese derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se haya producido la apertura de la liquidación») o subsista la suspensión de la ejecución iniciada antes de la declaración de concurso, conforme al apartado 2 del mismo artículo, la administración concursal podrá comunicar a los titulares de estos créditos con privilegio especial que opta por atender sus pagos con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos.

La satisfacción de los créditos contra la masa no puede perjudicar a los créditos que gozan de privilegio especial, porque la prededucción no es un privilegio. Los créditos contra la masa son créditos ordinarios y pueden ser privilegiados, pero abstracción hecha de la consideración de crédito contra la masa o de que sean prededucibles (46).

De esta manera, el carácter prededucible de los créditos contra la masa no significa más que se deducen antes o se pagan fuera del concurso, en cualquier estado del concurso y a medida que llegan sus vencimientos. Así, antes de repartir el activo realizado entre los acreedores concursales, se deben separar las cantidades que conforman los créditos contra la masa, si no han sido satisfechos todavía, pues tales créditos se pagan a medida que vencen y sin graduación alguna, sin perjuicio de los créditos que gozan de privilegio especial.

3.º Satisfacción por el concursado o por la administración concursal de los créditos contra la masa. La responsabilidad de los administradores concursales

Los administradores concursales son quienes, con carácter previo al reparto entre los acreedores concursales, deducirán de la masa activa los bienes y derechos que hayan de ser destinados al pago de los créditos contra la masa, como dispone expresamente el artículo 154.1 LC, y, por tanto, a la satisfacción de las prestaciones, restituciones e indemnizaciones nacidas de los contratos bilaterales pendientes de cumplimiento en cuanto son también créditos contra la masa.

¿El deudor concursado puede realizar válidos pagos contra la masa?

A tenor literal del artículo 154.1 sólo parece estar legitimada la administración concursal, lo que no se corresponde con la posibilidad de que en la fase común y en la fase de convenio sea el deudor, sólo intervenido en las facultades patrimoniales, el que pueda realizar actos de administración y disposición (art. 40.1 LC).

En la fase de liquidación es cuando el deudor se ve suspendido en el ejercicio de sus facultades de administración y disposición sobre su patrimonio (art. 145 LC). Por ello, si los créditos contra la masa se van devengando y se deben ir pagando a lo largo de todo el concurso (art. 154.2 LC), no sólo en la fase de liquidación (47), la confianza depositada en el deudor concur-

(46) BLASCO GASCÓ, *Prelación y pago de los acreedores concursales*, cit., pág. 76. El estudio de este tema lo realizaremos en un apartado especial.

(47) QUICIOS MOLINA, «Comentarios al artículo 154 LC», en *Comentarios a la Ley Concursal*, II, Bercovitz, Valladolid, 2004, pág. 1652, «de ahí la incorrección de haber regulado su pago en un artículo destinado a la liquidación, en el que se ha arrastrado el perjuicio de la necesaria suspensión del ejercicio de las facultades patrimoniales del deudor».

sado merecedor de una mera intervención en el ejercicio de las facultades de administración o disposición, debería bastar también para permitirle disponer de bienes de la masa para pagar las deudas de ésta.

No tiene mucho sentido que el deudor pueda celebrar contratos y después no pueda cumplir las obligaciones derivadas de esos contratos, si las mismas están ya vencidas y son exigibles (el art. 61.2.1 LC dispone que las prestaciones a que está obligado el concursado en un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento se realicen con cargo a la masa, sin disponer que la administración sea la que deba cumplir).

Por otra parte, el artículo 154.1 LC no es contradictorio con el mantenimiento por el concursado de sus facultades de administración y disposición, pues sólo se exige que sea la administración concursal la que deduzca los bienes de la masa cuando tenga que pasar a continuación a pagar a los acreedores concursales, y esta operación se produce en la fase de liquidación (48): en la que el deudor estará ya suspendido en el ejercicio de sus facultades patrimoniales.

La administración concursal es la que elaborará en la fase de liquidación un programa o previsión liquidataria de estas deudas contra la masa a efectos de valorar la suficiencia del patrimonio concursal para hacerles frente. Caso de ser insuficiente, los créditos contra la masa se liquidarán por su orden de vencimiento (art. 154.2 LC). De tal manera, que si la administración concursal prevé la insuficiencia del patrimonio concursal, ha de reservar los bienes y ordenar los créditos conforme a las previsiones temporales que la norma establece.

Ahora bien, la administración concursal deberá satisfacer los créditos contra la masa y los derivados de un contrato bilateral en el momento en que sean exigibles, y efectuar las restituciones e indemnizaciones que procedan con cargo a la masa, no sólo en la fase de liquidación del concurso, sino también en las fases anteriores, siempre y cuando sustituya al concursado si éste ha sido suspendido en sus facultades patrimoniales (art. 40.2 y 3 LC).

La administración concursal, además, para satisfacer los créditos contra la masa puede necesitar de la autorización del juez del concurso, si dicha satisfacción obliga a la enajenación anticipada de algunos bienes y dere-

(48) QUICIOS MOLINA, *ob. cit.*, pág. 1653, «repárese en que sólo se menciona a la administración concursal en el primer apartado, que es precisamente en el que se exige que antes de proceder al pago de los créditos concursales se deducirán de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra la masa. Esta norma puede tener un aplicación general a todas las fases del concurso, por lo que respecta a la necesaria deducción de bienes para ir pagando los créditos contra la masa, pero esencialmente tiene una aplicación particular en la fase de liquidación y consiguiente reparto de los bienes de la masa entre los acreedores (el énfasis en la prioridad temporal de la deducción lo demuestra). Los siguientes apartados del artículo 154 están presuponiendo fases del concurso anteriores a la liquidación (de ahí que se hable de pagos inmediatos o en las fechas de vencimiento), y en ninguno de estos apartados se nombra a la administración concursal».

chos. Así, la Ley prevé que hasta la aprobación del convenio o la apertura de la liquidación no se podrán enajenar los bienes o derechos del deudor sin autorización del juez (art. 43.2 LC), salvo que se trate de actos inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del concursado (art. 43.3 LC) (49).

El incumplimiento de la satisfacción, a su vencimiento, de los créditos contra la masa, y entre ellos los nacidos de los contratos bilaterales, podrá generar, por parte de los administradores concursales, la correspondiente *responsabilidad por los daños y perjuicios causados*.

La infracción de las obligaciones legales de la administración concursal puede no tener un efecto negativo sobre la masa activa. El daño es sufrido personalmente por cada uno de los sujetos en cuyo beneficio la Ley Concursal habría creado el deber que los administradores concursales han infringido (50). En este sentido establece la Ley que *quedan a salvo las acciones de responsabilidad que puedan corresponder al deudor, a los acreedores o a los terceros por actos u omisiones de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquéllos* (art. 36.7 LC). Es decir, no se trata de una responsabilidad por los daños y perjuicios causados a la masa, sino de actos y omisiones causados por los administradores concursales que pueden lesionar los intereses de los acreedores de la masa. De modo que lo que procede es que éstos ejerciten una acción individual de responsabilidad contra los administradores concursales.

Las acciones por daños individuales, a las partes o a terceros, quedarán reguladas por las disposiciones generales que le resulten aplicables según el tipo de acción. Así la acción que ejerciten los acreedores de la masa por los daños causados, se sustanciará por los trámites del juicio declarativo que corresponda (art. 36.4), pues no parece lógico acudir al incidente concursal al no estar dirigida esta acción a la calificación o al pago de créditos contra la

(49) La administración concursal con autorización judicial puede conseguir, incluso, liquidez suficiente para el pago de los créditos contra la masa procediendo a la enajenación de bienes afectos a créditos con privilegio especial, siempre que respete la regla de preferencia en la satisfacción de los titulares de dichos créditos. El presupuesto será que el valor del bien supere al del crédito privilegiado. Siempre que ello se produzca es indiferente que la enajenación se realice o no con subsistencia del gravamen y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor (art. 155.3 LC). En el primer caso, el adquirente del bien asume la obligación del concursado, de manera que el pago que realice pasa a integrar la masa activa. En el segundo caso, deberá pagarse el crédito con privilegio especial y el remanente se integrará en la masa del concurso.

(50) Los deberes individuales de la administración pueden surgir de sus competencias administrativas (por ejemplo, en los informes o comunicaciones pueden causar daños al deudor concursal o a los acreedores; o en el reparto de dividendos pueden causar daños a un acreedor concreto), o pueden derivar de la propia dinámica del procedimiento (por ejemplo, en la conservación de bienes ajenos poseídos por el concurso pueden causar daños a terceros; o los daños causados al contratante no concursado en un contrato con obligaciones recíprocas).

masa (art. 154.2 LC), sino a la reparación de daños y perjuicios causados por el impago (51).

Si concluye el concurso y no existen bienes o derechos suficientes para satisfacer los créditos contra la masa, dispone el artículo 178.2 LC que *el deudor será responsable*, en los casos de conclusión del concurso, por inexistencia de bienes y derechos por el pago de los *créditos restantes*: expresión genérica que puede referirse tanto a los créditos concursales como a los créditos contra la masa. En este caso, los créditos contra la masa no gozan de prioridad sobre el resto de los acreedores concursales insatisfechos, pues la prededucción sólo se entiende dentro del concurso. Ahora bien, si el concurso se reabre, los acreedores de los créditos contra la masa recobrarán en el concurso reabierto la preferencia de la que habían gozado antes de la conclusión, ya que se trata del mismo concurso, que continúa (art. 180 LC).

4.º Los condicionantes de la ejecutividad de los créditos contra la masa

Dispone el artículo 154. 2, 2, *in fine* LC que, si voluntariamente no quiere pagar la administración concursal (o el deudor concursado intervenido, si admitimos su legitimación) los créditos, o algún crédito, contra la masa, sus titulares *no podrán ejecutar bienes de la masa para obtener un cumplimiento forzoso hasta que no se apruebe el convenio, se abra la liquidación o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido ninguno de estos actos* (52).

Con esta disposición, a pesar de la prededucibilidad de los créditos contra la masa, y de que la obligación de pago respecto a los mismos es preferente a cualquier otra (dejando a salvo los créditos con privilegio especial en relación con los bienes que le son afectos), en caso de que estos créditos contra la masa no sean satisfechos (o surjan conflictos o desacuerdos en relación a esta clase de créditos o pagos), la Ley impide que se inicien ejecuciones contra el concursado durante la fase común del concurso.

La norma establecida sobre la suspensión de las ejecuciones, unida a la obligación de pagar los créditos contra la masa a sus respectivos vencimientos,

(51) BELTRÁN, *Comentarios al artículo 154 LC. Pago de créditos contra la masa*, cit., pág. 2433: «Ninguna duda suscita, en cambio, la competencia del juez que conozca del concurso, pues se deduce tanto de la regla general sobre la jurisdicción del juez del concurso (art. 8) como de la regla especial sobre las acciones de responsabilidad contra los administradores concursales».

(52) El artículo 154.2.2 LC impide, pues, las ejecuciones forzosas de bienes, mas no las enajenaciones voluntarias para obtener dinero con que pagar a los acreedores contra la masa. En caso de estas enajenaciones será necesaria la autorización judicial, salvo que sean precisas para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor, pero expresamente no se restringen ni los bienes enajenables ni los créditos que pueden pagarse recurriendo a tal enajenación voluntaria.

puede conducir a situaciones de desigualdad manifiesta. Los créditos sobre los que no se plantea disputa se cobrarán a su tiempo, pero los créditos que, por cualquier motivo, sean objeto de litigio se quedarán impagados, con el riesgo añadido de que cuando concluya la retención no haya bienes suficientes para cubrirlos (53).

La primera de las causas que evita la suspensión de la ejecución de los créditos contra la masa consiste en que *se haya aprobado ya el convenio*. Convenio que podrá ser desconocido por el acreedor de la masa ya que no está vinculado por el mismo, al ser un crédito extraconcursal. Ello determina la lógica previsión por parte de los convenidos de tener en cuenta la inmediata satisfacción de los créditos contra la masa para evitar que sus titulares perturben el buen orden y desarrollo del convenio a través de la ejecución de sus créditos (54).

En segundo lugar, se podrá, también, ejercitarse la ejecución del título de que se disponga contra la masa, desde el momento en *que acaece la apertura de la fase de liquidación del concurso*. Dicha regla resulta lógica, pues a partir de tal momento carece de sentido mantener en suspenso la ejecución de estos créditos una vez que ya no es viable la continuidad empresarial del concursado que con tal paralización se quería preservar.

(53) Para QUICIOS MOLINA, *ob. cit.*, págs. 1657 y 1658, en el legislador ha pesado más la finalidad reorganizativa del concurso que la extraconcursalidad de los créditos contra la masa, lo que dogmáticamente no es condenable porque, al fin y al cabo, tales créditos se insertan en un concurso de acreedores y no pueden pretender permanecer totalmente ajenos a sus finalidades y vicisitudes. Si los acreedores con privilegio especial, pese a gozar de la mejor situación posible en un concurso, han de guardar ese mismo tiempo para ejecutar sus garantías sobre bienes afectos a la actividad económica del concursado, no es ilógico someter al mismo compás de espera a los acreedores contra la masa». Esta regla de paralización o suspensión de las ejecuciones de los créditos contra la masa está en relación con la paralización o suspensión de las garantías reales cuando recaigan sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor o a una unidad productiva de su titularidad, hasta que se apruebe un convenio o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiese aprobado la liquidación, como se recoge en el artículo 56 LC. En sentido contrario, ALONSO LEDESMA, *Comentarios al artículo 154 LC. Pago de los créditos contra la masa*, cit., págs. 1372 y 1373, pues, a pesar de que con esta medida se pretende mantener intacta la empresa del concursado con vistas a permitir una mejor enajenación del patrimonio concursal o una reorganización de la empresa que redunde en beneficio de los acreedores, es lo cierto, que la misma altera de manera injustificada lo contratado por las partes y defrauda las expectativas puestas en su inmediata exigibilidad. Por ello debería permitirse, al menos, las ejecuciones para hacer efectivos los créditos contra la masa, siempre que las mismas no recaigan sobre bienes y derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor (de manera semejante a lo previsto en el art. 56.1 y 2 LC).

(54) Habrá que tener en cuenta los créditos que se concedan al concursado para financiar el plan de viabilidad que serán satisfechos en los términos del convenio (como indica el art. 100.5.2 LC), que deberá pronunciarse expresamente también sobre la posibilidad de que puedan o no iniciar ejecuciones.

En tercer lugar, consciente el legislador de las posibles dilaciones del procedimiento, se indica, que en todo caso, aún si haber acontecido alguno de los hechos anteriormente descritos (aprobación del convenio o apertura de la fase de liquidación), podrá instarse la ejecución de los créditos contra la masa una vez *transcurrido un año desde la declaración de concurso*. Plazo que se considera suficiente para que la administración concursal tome las medidas y previsiones necesarias en orden a la continuidad empresarial o liquidación del patrimonio del concursado (55).

La regla de la suspensión de la ejecución de los créditos contra la masa no puede aplicarse, pues, a los créditos contra la masa surgidos con posterioridad a los momentos indicados. Los acreedores contra la masa surgidos tras la aprobación del convenio, la apertura de la fase de liquidación o transcurrido un año desde la declaración de concurso gozan de la facultad de iniciar ejecuciones si no fueran satisfechos por la administración concursal (56).

5.º El pago y prelación de los créditos contra la masa en caso de insuficiencia del activo. El conflicto entre créditos contra la masa

Una vez visto los problemas generales que la satisfacción de los créditos contra la masa puede generar, nos referimos en este apartado al conflicto que puede surgir entre los propios acreedores de la masa, cuando esta es insuficiente para pagar o satisfacer a todos los créditos contra la masa y, entre ellos, a los que nacen de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento.

El hecho de que estos créditos tengan que ser satisfechos a medida que vencen no plantea inconveniente alguno cuando los bienes que componen la masa activa (con exclusión de aquellos afectos a los créditos con privilegio especial) sean suficientes para el pago íntegro (art. 154. 2.1 LC). Cuando, sin embargo, los bienes disponibles en el concurso no sean bastantes para cubrir los créditos contra la masa, es necesario establecer una prelación de estos créditos.

(55) Como manifiesta GUILARTE GUTIÉRREZ, «Comentarios al artículo 154 LC», en *Comentarios a la Legislación Concursal*, III, Sánchez Calero y Guilarte Gutiérrez, Barcelona, 2004, pág. 2638.

(56) Cualquier acreedor (entre ellos el acreedor de la masa), si el deudor no solicitara la apertura de la liquidación durante la vigencia del convenio, podrá hacerlo si acreditara algunas de las causas que pueden fundamentar una declaración de concurso necesario (art. 142.4 LC). Se trata de permitir a cualquier acreedor, y entre ellos al acreedor de la masa, pedir la apertura de la liquidación al juez cuando el deudor esté imposibilitado de hacer frente a sus créditos.

Esta cuestión, antes de la Ley Concursal, presentaba el inconveniente del silencio legal (57). En tal circunstancia, el problema residía en establecer unas reglas que ordenaran la satisfacción de los créditos prededucibles afectados por la insolvencia del patrimonio. La doctrina se manifestaba en dos direcciones distintas.

Por una parte, los que solucionaron la cuestión desde el principio de la *par conditio creditorum*: aplicaban la regla del tratamiento paritario de los créditos, aunque admitían las excepciones ordinarias a la misma (existencia de garantías reales o de privilegios en los créditos) (58). Así, las obligaciones y gastos de la masa constituían en su conjunto el coste total de la quiebra, y, en cuanto tal, debía ser detráido del patrimonio del quebrado antes de proceder al reparto de los créditos de la quiebra. La prededucción correspondía por igual a las obligaciones y a los gastos de la quiebra, no existían preferencias de una categoría sobre otra.

Por otro lado, no faltaban los que abogaban por ordenarlas jerárquicamente dando satisfacción preferente, en algunos casos, a las obligaciones de la masa sobre los gastos de la masa, y, en otros, a los segundos sobre los primeros (59).

(57) GARCÍA PÉREZ, *ob. cit.*, pág. 125, «el tema de la graduación, resuelto en parte en algunos ordenamientos extranjeros, ofrece mayores trabas, ya que con arreglo a nuestro embrollado Derecho, es muy aventurado fijar un orden de prelación o graduación interna entre las mismas». En el Derecho alemán, el parágrafo 60 KO, para el caso de insuficiencia de la masa, establecía un orden de prelación: en primer lugar, se pagarían las deudas de la masa derivadas de los actos y contratos realizados por el administrador del concurso y las derivadas de los contratos bilaterales pendientes de cumplimiento en el momento de la apertura del procedimiento; en segundo lugar, los gastos judiciales para el procedimiento común y los gastos para la administración, liquidación y distribución de la masa; en tercer lugar, las deudas de la masa anteriores a la apertura del concurso y las derivadas de un enriquecimiento injusto de la masa; por último, se pagarían las sumas satisfechas en concepto de alimentos al quebrado y su familia. En la actualidad el sistema de la InsO contempla una nueva graduación de los créditos contra la masa en el parágrafo 209, que coloca, en primer lugar, los costes judiciales, y en segundo y tercer lugar, las obligaciones de la masa contraídas con posterioridad o anterioridad al conocimiento de la insuficiencia patrimonial de la masa. La Ley francesa contenía la regla del pago inmediato de los créditos salariales no pagados por el fondo de garantía, y, en su defecto, ordenaba que se pagasen en primer lugar, los gastos de justicia, y, en segundo lugar, los gastos surgidos regularmente después de la apertura del procedimiento y los derivados de los contratos concluidos por el deudor común y que continuasen durante el procedimiento (art. 40 de la Ley de 1985).

(58) Esta es la posición de la doctrina mayoritaria: GARCÍA PÉREZ, *ob. cit.*, pág. 125, y BELTRÁN, *Las deudas de la masa*, cit., págs. 244 a 246, para este autor ello no supone que todos los acreedores de la masa se sitúen necesariamente en un plano de igualdad. Para que esto fuese así debería existir una disposición que anulara las preferencias de que estos créditos pueden gozar. Si los privilegios son otorgados por la ley en razón de la cualidad del crédito (art. 1922 y sigs. CC), no hay razón para negar su aplicación a los beneficiarios de la prededucción. Así pues, también las deudas de la masa son susceptibles de graduación entre ellas, teniendo en cuenta las respectivas causas de prelación de que pueden gozar, las cuales no pueden verse alteradas por la quiebra en curso.

(59) Como se establece en el parágrafo 209 de la Ley de insolvencia alemana.

En la Ley Concursal, en el artículo 154.2.1, se dispone que los créditos contra la masa, *cualquiera que sea su naturaleza* (60), *habrán de satisfacerse a sus respectivos vencimientos, cualquiera que sea el estado del concurso*.

De la regla general indicada quedan exceptuados los créditos por salarios de los últimos treinta días de trabajo anteriores a la declaración del concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional (art. 84.2.1.º LC), los cuales se pagarán de forma inmediata (61). Este pago inmediato obedece al hecho de que tales pagos ya han vencido en el momento de la apertura del concurso y por ello hay que proceder a su satisfacción.

Los demás créditos contra la masa son satisfechos *a medida que se van produciendo sus vencimientos*, y son pagados con los bienes y derechos de la masa activa.

El vencimiento de un crédito contra la masa implica la obligación de atender a su pago, por la administración concursal (o el concursado), con independencia de la fase en que se halle el concurso (*cualquiera que sea el estado del concurso*), ya sea en la fase común o posteriormente en la fase de convenio o liquidación (62). Deberá atenderse a los mismos hasta la conclusión del concurso, a medida que vayan venciendo y sean exigibles.

(60) GUILARTE GUTIÉRREZ, *ob. cit.*, pág. 2635, indica que en el trámite parlamentario se incluyó la expresa referencia a «cualquiera que sea la naturaleza de estos créditos», con la finalidad de aclarar que la enumeración comprendida en el artículo 84.2 no implica un orden de preferencia entre los créditos allí relacionados. Tal consecuencia no deriva precisamente de dicha expresión, pero permite interpretar que así se ha querido por el legislador, es decir, que a diferencia de lo que acontece con los listados jerárquicos de otros privilegios, en materia de créditos contra la masa no existe preferencia sustantiva entre ellos, sino, en principio, exclusivamente temporal.

(61) Se ha dado traslado por el legislador del tan conocido como superprivilegio del artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores a sede de los créditos contra la masa. Todo ello es consecuencia de una sensible devaluación en líneas generales del nivel de protección a los trabajadores que ha querido arrumbar el legislador concursal en esta Ley. Una reducción que se ha exteriorizado primero, a través de una disminución del nivel preferencial de los créditos laborales, incluso cuantitativamente y, segundo, desapareciendo el beneficio de las ejecuciones separadas. Precisamente por la inclusión de este crédito laboral en la categoría de los créditos contra la masa, no puede afirmarse que su nacimiento sea siempre en términos de deudas posteriores a la declaración de concurso, puesto que el viejo superprivilegio laboral bien puede referirse a deudas anteriores.

(62) La precisión legal de que la prioridad opera «cualquiera que sea el estado del concurso» (art. 154.2 LC), ya vimos, resulta desmentida en la propia Ley. Durante la fase común de tramitación, la administración concursal deberá atender de un modo ordinario («a sus respectivos vencimientos») al pago de los créditos contra la masa, y así deberán elaborarse sendas relaciones actualizadas de los créditos contra la masa devengados y pendientes de pago (arts. 94.4 y 96.4 LC). Pero terminada esta fase, la prioridad de los créditos contra la masa tendrá un significado distinto según que la solución del concurso sea la liquidación o el convenio. En caso de liquidación, juega la regla del pago en prelación de los créditos contra la masa que no hubieran sido satisfechos y la regla de pago al vencimiento o inmediato de los que puedan surgir a lo largo de la fase de liquidación (art. 154.1 LC). En el supuesto de convenio, existe una regla especial para aquellos créditos que se conceden al concursado para financiar el plan de viabilidad, los cuales se

La regla de pago inmediato, sin embargo, no se opone a la regla de pago al vencimiento, sino que constituye una simple manifestación de la misma, que se establece expresamente, de forma innecesaria, para determinar cuándo deberán ser pagados aquellos créditos contra la masa que ya están vencidos cuando se declara el concurso. De este modo, la regla de pago al vencimiento se traduce en pago inmediato en cuanto la administración concursal entra en funciones. La administración concursal no debe esperar a la formación de la lista de acreedores ni a la realización del inventario, sino que debe proceder al pago íntegro e inmediato de esos créditos, algo que se traduce, en definitiva, en un derecho especial de satisfacción que hace que los titulares de esos créditos integren la masa pasiva de una manera muy especial y que hace difícilmente explicable la referencia a su pago dentro del capítulo de la Ley dedicado a la liquidación. Deberán ser pagados de forma inmediata no sólo los créditos salariales, sino todos los créditos contra la masa, salvo que se establezca el correspondiente plazo y haya que esperar a su vencimiento.

Así, por ejemplo, en el caso de que el contrato bilateral con obligaciones pendientes se mantenga, no obstante la declaración de concurso (art. 61.2.1 LC), el concursado está obligado a satisfacer su prestación con cargo a la masa en la fecha señalada para su cumplimiento.

En el supuesto de resolución del contrato en interés del concurso, el pago de la restitución e indemnización que corresponda (art. 61.2.2, *in fine* LC) deberá realizarse de forma inmediata; al igual que si existe resolución por incumplimiento declarado el concurso en un contrato de tracto único, en cuanto a las restituciones e indemnizaciones a cargo de la masa.

Cuando se trata de un contrato de tracto sucesivo, como la resolución por incumplimiento no tiene efectos retroactivos (art. 64.2 LC), las obligaciones vencidas y no satisfechas, por incumplimiento del concursado posterior a la declaración de concurso, no se extinguen, sino que deben ser cumplidas por aquél con cargo a la masa de modo inmediato, al igual que la indemnización que proceda. De la misma manera que ocurre cuando el juez del concurso acuerde el mantenimiento del contrato, no obstante concurrir causa de resolución (art. 62.3 LC), en cuanto a las obligaciones debidas por el concursado con cargo a la masa.

En caso de rehabilitación de contrato en interés del concurso deberán de pagarse de forma inmediata (incluso a través de consignación) las cantidades debidas en el momento de la rehabilitación, siendo asumidas las restantes

satisfarán en los términos fijados en el convenio (art. 100.5.2 LC); los demás créditos contra la masa continuarán disfrutando de todos los medios de tutela concedidos por el ordenamiento jurídico (entre otros, la ejecución coactiva de sus créditos: art. 154.2 LC), pero la propuesta de convenio no hará referencia a los mismos, los acreedores de la masa no tendrán derecho al voto, ni podrán oponerse a la aprobación judicial del convenio o solicitar su nulidad o resolución.

para su pago al vencimiento (arts. 68, 69 y 70 LC). Del mismo modo, en caso de que la administración concursal opte por el pago de los créditos privilegiados con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos, el pago o consignación de las cantidades adeudadas se realizará de modo inmediato (art. 155.2 LC), ni siquiera hay que esperar a los plazos de suspensión o paralización del artículo 56.1 y 2 LC (63).

¿Qué ocurriría si la masa del concurso, no afecta al pago de los créditos con privilegio especial, fuera insuficiente para la atención de todos los créditos contra la masa?

La respuesta la da el artículo 154.3, *in fine* LC: *lo obtenido se distribuirá entre todos los acreedores de la masa por el orden de sus vencimientos*. Es decir, el producto de la realización de los bienes que queden, deberá repartirse entre los créditos de tal naturaleza por orden de sus respectivos vencimientos. Se respeta el orden de las fechas de vencimientos de los créditos contra la masa (64).

Se han resuelto así las dudas planteadas antes de la vigencia de esta Ley Concursal respecto a la graduación de los créditos contra la masa: no hay preferencia de uno sobre otros, pues se satisfarán, en caso de insuficiencia de bienes, por el orden de sus vencimientos (65). Lo que quiere decir, en primer lugar, que los créditos contra la masa se habrán satisfecho a su vencimiento, y que ese pago debe ser respetado; y, en segundo lugar, que los créditos contra la masa que todavía se encuentren pendientes de pago serán satisfechos siguiendo el orden de sus vencimientos (66).

(63) BELTRÁN, «La liquidación», en *Revista del Poder Judicial*, XVIII, *La Ley Concursal*, número especial, 2004, pág. 469.

(64) A favor del vencimiento como criterio de solución de conflictos, puede alegarse la contención que conseguiría en la práctica de los créditos contra la masa (éstos deberían ser excepcionales, en el sentido de que no pueden generar un endeudamiento que se una a la insolvencia ya declarada). También la ventaja de que los créditos que se paguen respetando dicho orden, aun cuando se previera que no habría suficientes bienes para satisfacer a todos, serían inatacables (no hay que declarar el concurso de los créditos contra la masa, porque fuera o dentro de este subconcurso el orden de pago es el mismo).

(65) BELTRÁN, *La liquidación*, cit., pág. 472, para este autor, la interpretación literal del precepto es imposible, porque si la masa es insuficiente no puede distribuirse entre todos los créditos contra la masa por el orden de sus vencimientos. Así dice que, una de dos: o se reparte el activo entre todos los créditos contra la masa pendientes de pago (a prorrata) o se pagan por el orden de sus vencimientos algunos de esos créditos, pero no todos. Cuando la Ley habla del pago de los créditos contra la masa «por el orden de sus vencimientos» quiere decir, sencillamente, que los créditos contra la masa se habrán satisfecho a su vencimiento y que ese pago deberá ser, en principio, respetado, pero el tenor literal obliga, además, a concluir que, cuando se encontrasen pendientes de pago varios créditos contra la masa, deberán satisfacerse «por el orden de sus vencimientos». BLASCO GASCÓ, *Prelación y pago de los acreedores concursales*, cit., pág. 82, en este mismo sentido.

(66) GUILARTE GUTIÉRREZ, *ob. cit.*, pág. 2642, para este autor, sin embargo, el problema es más amplio, pues, ante la insuficiencia patrimonial del concursado para atender

El artículo 154.3, *in fine* LC parece, por tanto, determinar una suerte de *par conditio creditorum* entre los acreedores de la masa, de manera que entre los créditos contra la masa no se establece jerarquía alguna, ninguna preferencia ni derecho de prelación, siendo todos ellos del mismo rango y abonándose proporcionalmente por orden de su vencimiento (67).

Nada impide, sin embargo, que un determinado crédito sea prededucible y privilegiado. Estos créditos privilegiados, porque antes de créditos contra la masa son créditos con privilegio, no se someten a la regla del vencimiento en su ordenación para el pago. En caso de conflicto entre crédito contra la masa y crédito con privilegio especial, tendrá preferencia el segundo (art. 154.3 LC), salvo que la administración concursal opte por recuperar el bien gravado pagando la totalidad del crédito con cargo a la masa (art. 155.2 LC y art. 84.2.7.º LC). Si no lo hace así la administración concursal, el acreedor podrá ejecutar el bien en los términos del artículo 155.1 LC.

6.º Prededucción y privilegio especial. La satisfacción de los créditos que gocen de privilegio especial

Puede establecerse cualquier privilegio especial, que enumera el artículo 90 LC (68), en garantía de cumplimiento de un contrato bilateral con pres-

quiera los créditos contra la masa: la solución que nos ofrece el legislador —fecha de vencimiento— no puede considerarse tampoco imperante en el ámbito de las ejecuciones singulares donde confluyen otros criterios, tal y como se deriven de los artículos 1921 y sigs. del Código Civil. Realmente la prioridad temporal juega esencialmente solo ante créditos de la misma entidad y, particularmente, ante los dotados de garantías reales. En el mismo sentido, QUICIOS MOLINA, *ob. cit.*, pág. 1661, «desde luego, establecer el criterio del vencimiento para resolver una situación de conflicto de derechos, idéntico al que se respeta para cumplir los derechos, cuando no hay conflicto, es algo inusual. El legislador podría haber optado por otras alternativas: podría haberse respetado la graduación de créditos prevista en el concurso (acreedores con privilegio especial, acreedores con privilegio general, acreedores ordinarios y acreedores subordinados). O bien podrían haberse ordenado de un modo específico, atendiendo a su causa, los distintos créditos contra la masa, como hacen algunos ordenamientos de nuestro entorno (el art. L. 621-32 del nuevo Código de Comercio francés, que coloca en el primer lugar de la lista a los créditos salariales, o el parágrafo 209 de la Ordenanza alemana de insolvencia, que antepone los gastos de procedimiento a las obligaciones de la masa)».

(67) BLASCO GASCÓ, *Prelación y pago de los acreedores concursales*, cit., pág. 82.

(68) Los créditos con privilegio especial los enumera el legislador en el artículo 90 LC, y son los siguientes: 1.º Los garantizados con hipoteca voluntaria o legal, inmobiliaria o mobiliaria, o con prenda sin desplazamiento, sobre los bienes hipotecados o pignorados. 2.º Los garantizados con anticresis sobre los frutos del inmueble gravado. 3.º Los refaccionarios, sobre los bienes refaccionados, incluidos los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado. 4.º Los créditos por cuotas de arrendamientos financieros o plazos de compraventa con precios aplazados de bienes muebles o inmuebles, sobre los bienes arrendados con reserva de dominio, con prohibición de disponer o con condición resolutoria en caso de falta

taciones recíprocas en las que una de las partes obligadas sea el concursado. Así, por ejemplo, una hipoteca en garantía del cumplimiento de una compraventa, la reserva de dominio como garantía del precio aplazado de una compraventa pendiente de cumplimiento al tiempo del concurso o la reserva de propiedad en garantía de las prestaciones de un arrendamiento financiero, o cualquier contrato bilateral al que se haya puesto una condición resolutoria por impago inscrita (69).

Si las prestaciones, restituciones o indemnizaciones a cargo del concursado derivadas de un contrato bilateral pendiente de cumplimiento están garantizadas con un derecho real o gozan de cualquiera de los privilegios especiales del artículo 90 LC (70), ¿qué preferencia tendrían si concurren con otros créditos contra la masa?

de pago. 5.º Los créditos con garantía de valores representados mediante anotaciones en cuenta, sobre los valores. 6.º Los créditos garantizados con prenda constituida en documento público, sobre los bienes y derechos pignorados que estén en posesión del acreedor o de un tercero.

(69) Respecto al contrato de compraventa con pacto de reserva de dominio, hay que distinguir entre la no inscrita y la inscrita. En opinión de MIGUEL GONZÁLEZ, «La reserva de dominio. Historia de la propiedad, crédito y garantía», en *Servicio de Estudios del Colegio de Registradores*, enero de 2008, págs. 582 a 585, el contrato de compraventa con reserva de dominio no inscrita (sometido o no a la LVBMP) se encuentra en la situación del supuesto de hecho del artículo 61.2 LC, es decir, en tanto que el comprador no haya pagado el precio completamente y ser la voluntad de las partes dejar pendiente la transmisión de la propiedad hasta el completo pago del precio, el contrato está pendiente de cumplimiento por ambas partes. Precisamente ése es el efecto del pacto: retrasar el cumplimiento total de las obligaciones de las partes y mantener en esa medida la simultaneidad. El artículo 61.2 LC protege al vendedor de manera suficiente en el concurso del comprador: porque el concurso no afecta a los contratos pendientes de cumplimiento, permite al vendedor exigir el cumplimiento con cargo a la masa, salvo las posibilidades de elección que se concede al concursado o a la administración concursal de solicitar la resolución y el juez acordarla (art. 61.2.2 LC), y aunque exista causa de resolución, el juez, en interés del concurso, también podrá acordar el cumplimiento (art. 62.3 LC). Aquí se contempla solamente una de las posibilidades de las que dispone el vendedor; la otra, el derecho de separación a favor del propietario que se establece en el artículo 80 LC exige la resolución. La acción recuperatoria, consecuencia de la resolución (si tiene lugar) está sometida a los límites del artículo 56.1.2 LC. En caso de que el vendedor con pacto de reserva de dominio inscrita exija el cumplimiento, su acción de cumplimiento está dotada de preferencia para el cobro (art. 90.4.º LC).

(70) Hay que tener en cuenta que si la garantía real se constituyó a favor de una obligación del concursado en un contrato con obligaciones recíprocas, la declaración de concurso no justifica la resolución unilateral del contrato y la ejecución de la garantía (art. 61.2.1 LC), sin perjuicio de que la administración concursal o el concursado soliciten la resolución al juez del concurso (art. 61.2.2 LC) o pueda acudir a la resolución por incumplimiento (art. 62.1 LC). En este caso, aunque haya habido incumplimiento, la facultad de realización no podría ejercitarse si el juez, atendiendo al interés del concurso, acuerda el cumplimiento del contrato (art. 62.3 LC). En este sentido, sostiene CARRASCO PEREA, «Comentarios al artículo 56 LC», en *Comentarios a la Ley Concursal*, I, Bercovitz, Madrid, 2004, págs. 614 y 615, que, «la ejecución de las garantías reales a favor de contratos con obligaciones recíprocas está subordinada a la efectividad de lo previsto en

La coexistencia de acreedores de la masa y otros acreedores que gocen de un privilegio especial plantea el problema de su preferencia: si la prededucción de los créditos contra la masa afecta o no a los créditos con privilegio especial.

La Ley, como vimos, soluciona expresamente el problema de la eventual colisión de derechos de los créditos contra la masa y de los créditos con privilegio especial, que se produciría en caso de insuficiencia de la masa para satisfacer íntegramente unos y otros. Esa colisión se evita estableciendo que las deducciones para atender el pago de los créditos contra la masa se harán con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial. Es decir, que conforme a lo dispuesto en el artículo 154.3 LC tendrían preferencia los segundos, los créditos con privilegio especial.

los artículos 61 y 62 LC. Así, si el administrador concursal o el deudor fallido rechazan el cumplimiento del contrato pendiente y solicitan del juez la resolución, que la concede (art. 61.2.2 LC), el acreedor *in bonis* ha quedado privado de la pretensión de cumplimiento y, por ello, de su garantía ejecutable conforme al artículo 56 LC. La posesión de la garantía correspondiente no legitima al acreedor titular para oponerse a la resolución del artículo 61.2, y persistir en su voluntad de cumplimiento de la obligación. En este caso, la prestación entregada (por ejemplo, bien vendido a plazos, bien cedido en leasing) deberá ser restituida al acreedor. Esta restitución produce efectos reales: para recuperar la cosa, el acreedor no necesita el efecto añadido de la reserva de dominio, de la titularidad ínsita en su condición de arrendador. Basta la eficacia real de la resolución declarada, que restituye con efectos retroactivos el dominio en la persona del cedente, y elimina el derecho de uso del fallido. Ambas son eficaces frente al concurso, y el acreedor *in bonis* pasa a ser un «acreedor de dominio», con derecho de separación (art. 80 LC), que procede de la eficacia de la resolución contractual, no en virtud propia de la garantía dominical con la que contaba para asegurar su pretensión de cumplimiento. Observemos cómo en tal caso resulta paradójicamente mejor la condición del acreedor *in bonis* que la que tendría de haberse mantenido estrictamente en los términos del artículo 56 LC. Pues, una vez que el administrador del concurso, o el propio fallido, resuelven por el artículo 61 LC, procede sin más la restitución al acreedor, sin que resulte preciso el transcurso de los plazos del artículo 56 LC. Si la administración concursal o el concursado han optado por el cumplimiento del contrato, el acreedor *in bonis* no podrán hacer uso de su garantía dominical para reivindicar. Sólo si este acreedor puede resolver conforme al artículo 62 LC, podrá encontrar acceso a una pretensión de restitución del bien poseído por el fallido, y siempre que, a su vez, la administración concursal no haya tenido ocasión de rehabilitar el contrato incumplido conforme a los artículos 68 y 69 LC. Situación diversa es la de los acreedores que no dispongan de una garantía dominical, sino de una afección que el deudor haya creado sobre alguno de sus bienes, en forma de prenda o hipoteca. La resolución del artículo 61.2 LC (si procede, por ser la relación del crédito subyacente de naturaleza sinagmática, y todavía quedan prestaciones pendientes por ambas partes) extingue conjuntamente la pretensión de cumplimiento y la garantía que la fortalecía. El acreedor sólo dispone de una pretensión restitutoria de la cantidad entregada como crédito, más el crédito indemnizatorio. Las garantías permanecen, en cambio, cuando el órgano concursal o el fallido en el artículo 61.2 LC opta por continuar obligado por el contrato, o cuando rehabilita los créditos a que se refieren los artículos 68 y 69 LC, o cuando hace uso del derecho del artículo 155.2 LC. En todos estos casos, las prestaciones pendientes se consideran deudas de la masa y, además, la garantía originariamente pactada pervive para seguridad de su cumplimiento».

Así, la *SJMER* de Álava, Vitoria, de 23 de septiembre de 2005 (AC 2005/2288), en el Fundamento de Derecho quinto, siguiendo lo dispuesto en la Ley Concursal: «Es de señalar que la hipoteca en garantía de los créditos contra la masa que se generan del cumplimiento de las pólizas de aval no desmerece en absoluto por el procedimiento concursal, de modo y manera que, previamente a todo pago en la liquidación de créditos concursales y puesto que sea menester realizar la finca hipotecada, o redimirla, tendría que venir precedido por la satisfacción de estos créditos —si la existencia de numerario no hubiera dado lugar al pago anterior—, sin lo cual, por el mismo rango de la garantía real, no se liberará la finca, teniendo en cuenta que la *condición de crédito contra la masa no excluye la de preferencia por privilegio, a juicio del disponente, siendo el crédito contra la masa hipotecario el primero entre todos, a pesar de la regla del vencimiento de artículo 154.3 LC*».

Esa regla general se aplica cualquiera que sea la naturaleza del crédito contra la masa y del crédito con privilegio especial (71). Quiere ello decir, de un lado, que no podrán utilizarse los bienes afectos a un privilegio especial ni siquiera para el pago de los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional (art. 154.2.1 LC) y, de otro lado, que no podrá utilizarse ningún bien afecto, ya se trate de garantía real, ya se trate de privilegio especial en sentido estricto (72).

La Ley fija un régimen especial para el pago de los créditos con privilegio especial, que garantiza su satisfacción con cargo al bien o derecho afecto (el acreedor podrá ejecutar el bien en los términos establecidos en el art. 155.1 y 4, que regula el pago de los créditos con privilegio especial) (73). Se

(71) BELTRÁN, «La prioridad de los créditos contra la masa», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, 4, Madrid, 2005, pág. 3632.

(72) El ALC 1983 determinaba en el artículo 284.2, que si los bienes y derechos de la masa activa, salvo los bienes afectos a créditos con garantía especial, fueran insuficientes para el pago de los créditos prededucibles, algunos de éstos, como los alimentos, los salarios o los de entierro, se satisfacerían con cargo al valor de los bienes afectos, en proporción a su cuantía y con preferencia sobre los especialmente privilegiados. La PALC 1995, establecía que, agotados los bienes no afectos, se realizaría con cargo a los bienes afectos el pago de las costas y gastos de justicia y el de los créditos por entierro y alimentos (art. 105.2).

(73) Este artículo ordena que el pago de los créditos privilegiados se hará con cargo a las resultas de la realización forzosa (ya sea objeto de ejecución separada o colectiva) de los bienes y derechos afectos a tales créditos privilegiados. El artículo 155.4 LC dispone que la realización en cualquier estado del concurso de los bienes y derechos afectos al crédito con privilegio especial se hará en subasta, salvo que, a solicitud de la administración concursal, oídos el concursado y el acreedor titular del privilegio, el juez autorice la venta directa al oferente de un precio superior al mínimo que se hubiese pactado y con pago al contado. La autorización judicial y sus condiciones se anunciarán con la misma publicidad que corresponda a la subasta del bien y derecho afecto y si dentro de los diez días siguientes al último de los anuncios se presentara mejor postor, el juez abrirá licitación entre todos los oferentes y acordará la fianza que hayan de prestar.

establece, sin embargo, una limitación en el artículo 56.1 y 2 LC: los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o una unidad productiva de su titularidad no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía (o se suspenderán las actuaciones ya iniciadas, salvo que al tiempo de la declaración de concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto) hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se haya llevado a efecto la apertura de la liquidación (74).

Durante la paralización de las acciones o la suspensión de las actuaciones y cualquiera que sea el estado de tramitación del concurso, la administración concursal, podrá ejercitar la opción prevista en el apartado 2 del artículo 155 LC (art. 56.3 LC).

La administración concursal puede optar por recuperar el bien gravado pagando la totalidad del crédito. Así, el artículo 84.2.7.º LC establece que *son créditos contra la masa, y serán satisfechos conforme a lo dispuesto en el artículo 154 LC: los que, en los casos de pago de créditos con privilegio especial sin realización de los bienes o derechos afectos... correspondan por las cantidades debidas y las de vencimiento futuro a cargo del concursado*. Es decir, que este crédito contra la masa con privilegio especial, será satisfecho igual que los restantes créditos contra la masa, si la administración concursal ha optado por pagar la totalidad del crédito que estaba gravado con una garantía real, sin, por tanto, ejecutar el bien gravado. Este crédito privilegiado contra la masa será satisfecho, antes que los créditos concursales y como los demás créditos contra la masa, a su vencimiento, conforme a lo dispuesto en el artículo 154.3, *in fine* LC.

RESUMEN

CALIFICACIÓN REGISTRAL CONCURSO DE ACREEDORES

Declarado el concurso, es regla general que un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, en ese momento, continuará en vigor de manera automática,

ABSTRACT

REGISTRAR'S SCRUTINY APPEALS MEETING OF CREDITORS

Once bankruptcy has been declared, it is the general rule that a contract with reciprocal obligations pending discharge by both parties will, at that time,

(74) A estos efectos, la Ley extiende el tratamiento de las acciones de ejecución de garantías reales a las de recuperación de bienes muebles vendidos a plazo y a los cedidos en arrendamiento financiero, siempre que los correspondientes contratos o documentos estén inscritos en los respectivos registros, así como las resolutorias de ventas de inmuebles por falta de pago de precio aplazado (art. 56.1.2 LC).

salvo que el concursado o la administración concursal insten su resolución y así lo declare o acuerde el juez del concurso (art. 61.2 LC). Tanto en el caso de que el contrato bilateral pendiente se mantenga o se resuelva, dispone la Ley Concursal (art. 61.2.1 y 2; y art. 84.2.6.º), que los créditos nacidos del mismo se califican de créditos contra la masa, es decir, han de ser satisfechos antes que los demás créditos concursales, salvo los que gocen de privilegio especial. Como novedad, el Real Decreto-ley 3/2009, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la situación económica, ha producido una reforma importante de la Ley 22/2003, que ha afectado a la calificación de alguno de los créditos nacidos de los contratos con obligaciones recíprocas: añade un nuevo número, el 7.º, al artículo 92 de la Ley Concursal, calificando de créditos subordinados a los créditos derivados de los contratos con obligaciones recíprocas a que se refieren los artículos 61, 62, 68 y 69, «cuando el juez constate, previo informe de la administración concursal, que el acreedor obstaculiza de forma reiterada el cumplimiento del contrato en perjuicio del interés del concurso». Se establece así un factor de corrección en la calificación de los créditos derivados de estos contratos cuando el acreedor se niega a cumplir; y se favorece la continuidad de los mismos, en la línea del principio concursal de conservación de la actividad empresarial o profesional, no obstante la declaración de concurso, sobre todo en este periodo de crisis económica.

Del análisis de la calificación de estos créditos nos hemos ocupado en este artículo.

continue in force automatically, unless the bankrupt or the administrators in bankruptcy have the contract cancelled and the judge overseeing the bankruptcy declares or rules the contract cancelled (Spanish Bankruptcy Act, section 61.2). Whether the pending bilateral contract is upheld or cancelled, the Bankruptcy Act (sections 61.2, paragraphs 1 and 2, and section 84.2, paragraph 6) states that debts born of the contract are classified as debts against the estate of the bankrupt; i.e., they must be settled before all other debts against the bankrupt save those debts that enjoy some special privilege. As a new feature, Royal Decree-Law 3/2009 on urgent measures in tax, financial and bankruptcy matters in view of the economic situation effected a major reform of Act 22/2003. This reform has affected the classification of some of the debts born of contracts with reciprocal obligations: It adds a new paragraph, number 7, to section 92 of the Bankruptcy Act, classifying debts that are subordinate to the debts stemming from contracts with reciprocal obligations to which sections 61, 62, 68 and 69 refer, «when the judge finds, subject to a report by the administrators in bankruptcy, that the creditor is repeatedly hampering performance of the contract in a way that injures the interest of the bankruptcy». Thus, a corrective factor is set into the classification of debts stemming from such contracts, for cases where the creditor refuses to comply; and the continuity of such debts is favoured, under the rule of preservation of the bankrupt's business or professional activity, notwithstanding the bankruptcy declaration, especially at this period of economic crisis.

This article concerns the analysis of the classification of debts such as these.

(Trabajo recibido el 1-9-09 y aceptado para su publicación el 8-2-2011)

El derecho de foro

por

CAMINO SANCINENA ASURMENDI

Profesora Titular de Derecho Civil

Universidad de Oviedo

SUMARIO

1. EL FORO EN GALICIA Y ASTURIAS.
2. LA PROHIBICIÓN DEL FORO EN EL CÓDIGO CIVIL.
3. LA EXTINCIÓN DEL FORO POR REDENCIÓN.
4. LA ABROGACIÓN DEL FORO EN LA COMPILACIÓN DE DERECHO CIVIL DE GALICIA.
5. LA «SUBSISTENCIA» HIPOTECARIA DEL FORO.

La Ley Hipotecaria recoge todavía en el artículo 8 la inscripción como una sola finca de tierras aforadas, y los Registros de la Propiedad de Galicia y Asturias mantienen la publicación de dichos forales. No obstante, el derecho de foro se encuentra jurídicamente abolido, produciéndose un desfase entre la situación sustantiva y la registral.

La figura del foro ha carecido de normativa jurídica sistemática hasta la Compilación de Derecho Civil de Galicia, que curiosamente estableció un plazo decenal para abrogarlo definitivamente (1).

(1) La Compilación de Derecho Civil de Galicia, de 2 de diciembre de 1963, define el foro en el artículo 3: «El foro confiere al foratario o forero el dominio de determinados bienes inmuebles fructíferos, con la obligación de conservarlos y mejorarlos y, además, la de pagar al aforante o forista cierta pensión anual y otras prestaciones, en reconocimiento del derecho real que este se reserva en la transmisión realizada».

El Dictamen de la Comisión Especial de Derecho Consuetudinario asturiano define el foro: «Contrato jurídico por el que el propietario de unos bienes o aforante transmite a un segundo o foratario el dominio útil sobre los mismos reservándose el directo. A cambio, el dueño de los bienes dados en foro percibe una pensión o canon anual en reconocimiento de su dominio directo (...) El foro implica la división del dominio sobre los bienes entre

1. EL FORO EN GALICIA Y ASTURIAS

El foro ha sido una institución de carácter consuetudinario que ha surgido en Galicia y en Asturias en la Edad Media. Vinieron a cumplir la necesidad de *poblar aquellos reconquistados desiertos y cultivar aquellos yermos*. Para ello, *los Monarcas y los señores seculares y eclesiásticos concedieron a las clases inferiores el derecho de utilizar la tierra mediante el pago de cierto canon, la prestación de ciertos servicios y el reconocimiento constante de su señorío directo* (2).

En el inicio, los foros se pactaron para el cultivo de tierras incultas con un canon inferior a otras figuras con las que convivieron compartiendo cobertura jurídica, como arrendamientos *ad meliorandum*, feudo, enfiteusis, locación o logueros, precario, censo solariego (3).

aforante y foratario. El propietario se reserva el dominio directo que tiene carácter permanente; el foratario adquiere el dominio útil, lo que supone tener un derecho real sobre la posesión, la libre disposición y el uso de los bienes, así como sobre el goce de sus frutos. Este dominio tiene carácter temporal» (Boletín de la Junta del Principado de Asturias, de 26 de marzo de 2003, págs. 36 y 37). El Principado de Asturias ha reconocido la figura del foro como institución propia del derecho consuetudinario asturiano, con *vigencia* también en Galicia y León (*ibídem*).

Un estudio completo del régimen jurídico del derecho de foro puede verse en AGUILAR Y GARCÍA, Antonio, *El contrato y el derecho real de foro*, Madrid, 1911.

(2) Exposición de Motivos del Decreto de 20 de febrero de 1874 (Gaceta de Madrid, de 22 de febrero, núm. 53), debida al entonces Ministro de Gracia y Justicia, Cristino Martos. «Al lado de aquella lucha tenaz y heroica, emprendida y sustentada para restablecer nuestra personalidad nacional, salvar nuestra fe religiosa y recabar nuestra independencia, acometieron otra empresa nuestros mayores, no tan brillante como aquella, pero no menos provechosa y fecunda, la de poblar aquellos reconquistados desiertos y cultivar aquellos yermos, y convertir por el riego de su sudor y el esfuerzo de su trabajo en hermosos y ricos campos los antes toscos eriales. Para realizar esta conquista del suelo contra la naturaleza, las clases inferiores recibieron de los monarcas y de los señores seculares y eclesiásticos el derecho de utilizar la tierra mediante el pago de cierto canon, la prestación de ciertos servicios y el reconocimiento constante de su señorío directo. Así nacieron la enfiteusis, los beneficios y los feudos según las exigencias locales, la condición de los territorios o los propósitos de los fundadores; y así surgieron en Galicia, Asturias y León los foros, en Aragón los treudos, y en otras regiones las demás rentas y gravámenes que afectan y modifican la propiedad territorial».

El Real Decreto de 8 de noviembre de 1875 (Gaceta de Madrid, de 14 de noviembre, núm. 318), en la Exposición de Motivos realizada por el Ministro de Gracia y Justicia, Fernando Calderón Collantes, justifica: «Sin entrar ahora en un profundo, detenido y erudito examen acerca del origen de los foros, sea que se establecieron a imitación de la enfiteusis desde lo más remoto conocido como algunos pretenden, sea que participen de cierto carácter feudal como quieren otros, el hecho histórico es que la mayor parte de las tierras de Galicia, Asturias y parte de la provincia de León, ganadas unas por la fuerza de los héroes de nuestra gloriosa Reconquista, pródigamente donadas otras por nuestros Monarcas, se dieron el foro a los que libres de los cuidados de las guerras y extraños al retiro de la vida monástica, podían dedicarse a su cultivo».

(3) Se cuestiona el origen de los foros, si constituye una institución feudal o si se relaciona con la enfiteusis romana (cfr. TUERO BERTRAND, F., *Diccionario de Derecho*

Con el paso del tiempo, las diferencias iniciales se fueron difuminando, convergiendo hacia una única figura *sui generis* —el derecho de foro— con carácter temporal, pero a largo plazo.

La ventaja para los poseedores era el cultivo de las tierras a largo plazo, con sucesión de padres a hijos. Para los dueños, el estímulo era la recuperación de la finca con las mejoras realizadas por los labradores, y el obtener unas rentas por las tierras que ellos mismos no podían cultivar.

El plazo se establecía para una o varias vidas, normalmente tres —el recipiente, cónyuge e hijos presentes o futuros—, además se le fue agregando un plazo variado de dos a treinta años. Una vez terminado el plazo de concesión, el dueño directo tenía derecho a reclamar el dominio pleno de la finca. Pero ante el fraude, al mantenerse ocultas las defunciones de las voces, prevaleció la fórmula introducida a principios del siglo XVII de computar el plazo por la vida de tres reyes y veintinueve años más, para que no llegara a la prescripción treintañal (4).

En la segunda mitad de siglo XVIII, estas relaciones posesorias existentes en Galicia y en Asturias, indefinidas por convención o de hecho, devinieron perpetuas por Ley. En efecto, Felipe V, con la finalidad de limitar la duración indefinida de los foros sobre las tierras pertenecientes al Real Patronato, dictó la Real Cédula de 17 de abril de 1744, *sobre el modo de aforar los bienes de las dotaciones de las Iglesias, y Monasterios de Galicia y Asturias pertenecientes al Real Patronato* (Novísima Recopilación, Libro I, Título V, Ley XI).

Consuetudinario e instituciones y usos tradicionales de Asturias, Gijón, 1997, pág. 55 y sigs.). Cfr. AGUILAR, *ob. cit.*, pág. 49 y sigs.

Eugenio MONTERO RÍOS, en la Exposición de Motivos al Proyecto de Ley de Redención de Censos, de 3 de julio de 1886 (Gaceta de Madrid, de 21 de julio, núm. 202) después de un largo recorrido por la historia de los foros concluye: «El foro es, pues, el *arcaico precario o préstamo*, de origen y uso eclesiástico, que se va modificando lentamente por la influencia callada y permanente de las doctrinas romano-canónicas, y que en el siglo XV, cuando aun no se había desprendido por completo del marco feudal, se vació de lleno en el molde de la enfiteusis eclesiástica justiniana».

(4) La Exposición de Motivos del Real Decreto de 8 de noviembre de 1875: «En un principio poquísimos se constituyeron con carácter de perpetuidad; casi todos lo fueron temporalmente por la vida, a veces de tres señores Reyes y veintinueve años más; por manera que según el Derecho Común de España y aun de todo el mundo civilizado, al terminar el tiempo por el cual se hubieren constituido los foros debían volver las tierras o fincas a sus dueños en pleno dominio y en el estado en que se hallasen; es decir, con todas las mejoras y aumentos que hubieren recibido durante el término del contrato. Así se practica invariablemente en los arrendamientos y en las enfiteusis temporales, por largo que sea el tiempo señalado para su duración. Pero se hizo general el foro en Galicia y en Asturias principalmente, que casi todos los cultivadores no poseían mas que tierras aforadas. Alrededor de ellas se fueron constituyendo las familias, viniendo a crear un estado social digno de respeto; y de aplicarse rigurosamente el Derecho común, se hubiera producido sin duda un gran conflicto, que la prudencia aconsejó evitar, aun cuando para ello fuere necesario prescindir de las leyes generales del Reino, de los principios estrictos del derecho y lastimar de cierto modo el de los verdaderos dueños del suelo».

Recojo textualmente el inicio de esta Real Cédula, donde quedan de manifiesto algunos abusos producidos. Además constituye la primera regulación escrita que menciona directamente los foros, circunscribiendo su ámbito de aplicación para el Reino de Galicia y el Principado de Asturias. «He sido informado, que los Abades y Priors de diferentes Iglesias y Monasterios, sitios en mi reyno de Galicia y Principado de Asturias, pertenecientes á mi Real Patronato, han dado y dan los bienes de sus respectivas dotaciones en foros perpetuos y temporales con notable detrimento de sus sucesores en los mismos Prioratos y Abadías, por hacerse y otorgarse dichos foros en cantidades tan reducidas y cortas, que en muchos de ellos no pagan la centésima parte de lo que debían contribuir; y que asimismo concurre en todos el *vicio insanable de nulidad*, por estar otorgados sin mi Real permiso y licencia, como también una lesión enormísima, convencida notoriamente de subforarse los propios bienes por sus principales foreros en cantidades muy excesivas a las que llevan y perciben los Priors y Abades que otorgaron dichos foros. Para ocurrir a tanto daño, y evitar los perjuicios que hasta aquí se han experimentado con el abuso de dichos foros; he resuelto, con acuerdo de los de mi Consejo de la Cámara, mandar á todos los referidos Priors y Abades, y otras Casas y piezas eclesiásticas de mi Real Patronato en la comprehension de mi reyno de Galicia y Principado de Asturias, como á los Jueces protectores y conservadores de las mismas alhajas, si los tuvieren, que en lo sucesivo no aforen, ni permitan aforar bienes algunos de sus respectivas dotaciones y pertenencias por mas tiempo de nueve años, con la precisa qualidad de no poder subaforarlos, y de acudir a renovar las escrituras acabado ese tiempo...».

En consecuencia, se produjeron sentencias declaratorias de nulidad de los contratos reintegrándose los bienes. MONTERO RÍOS señala que en nueve de las 305 demandas de despojo interpuestas ante la Audiencia de Galicia desde 1750, se vieron comprometidas de 2.000 a 3.000 familias, lo que demuestra la magnitud del desarrollo del foro (5).

Ante los despojos y desahucios para la recuperación de las tierras aforadas por los dueños directos, la reacción de los labriegos no se hizo esperar, y obtuvieron la suspensión y paralización de los procedimientos de despojo. El Consejo de Castilla acordó, el 10 de mayo de 1763, enviar una Providencia a la Real Audiencia de La Coruña, que llevaría fecha del día siguiente, suspendiendo todo procedimiento tendente a la recuperación por el propietario de la posesión de la tierra aforada.

Textualmente la Real Provisión de 11 de mayo de 1763 establecía: «D. Carlos... a Vos el Regente y Jueces de la nuestra Real Audiencia, que reside en la ciudad de la Coruña, salud y gracia, ... nos hizo relación, que la mayor parte del Territorio de ese citado Reyno [de Galicia] es del inferior

(5) Cfr. Exposición de Motivos al Proyecto de Ley de Redención de Censos de 3 de julio de 1886.

particular dominio de diferentes personas nobles, Colegios y Comunidades, sin duda, porque estando caso erial, y despoblado en lo antiguo lo hubieron unos por Real Merced, y otros a ocasión de su valimiento, o por otros medios que ignoraban, como al tiempo de la adquisición se hallaban incultos, y montuosos los mas de estos sitios; deseando los poseedores que fructificasen, los dieron en general a los naturales del país, por vía de Foro, que equivale a cierta *emphiteusis* o feudo, baxo de condiciones, siendo por lo común las sustanciales que los desmontasen, redujesen a cultura, y disfrutasen pagando a los dueños, el canon o pensión, adealas, servicios en que respectivamente se ajustaron, y muchos de los principales Foreros, fueron subforando a otros con nuevas circunstancias y pactos, y si bien en los contratos se imponía cierto término reducido a tantas vidas o voces, eso no obstante se habían ido renovando a petición de los foreros, conforme a la ley, no faltando a las principales condiciones del contrato, por cuyo medio se había conseguido reducir a cultura las selvas, yermos, y páramos con utilidad de los dueños y público, no solo por el conocido aumento de frutos, si bien por el del vecindario, pues arraigado en sus foros en el seguro y buena fe, de que nunca han de faltarles, los han mirado como propios, mejorándolos en lo posible sin perdonar dispendio, industria ni trabajo, a cuyo abrigo se habían ido o multiplicando en diferentes familias (...) todo lo cual cesaría si se les excluyera de sus foros, (...) y que ínterin hasta que se diese por Nuestra Real Persona la última Resolución en el asunto, suspendiese esa Audiencia y demás Tribunales del Reyno, todo procedimiento en cuanto a despojos y repongan al punto en el uso de sus foros a los que hubiesen sido despojados desde el año de 1759, respecto de ser contra la Ley, y pedir la gravedad del daño la prontitud del remedio, librando sobre todo nuestra Real Provisión correspondiente, a cuyo fin formaba el pedimento más útil, y conforme a Justicia; y visto por los de nuestro Consejo, por Decreto, que proveyeron el diez de este mes, entre otras cosas se acordó dar esta nuestra Carta, por la cual os mandamos suspender y que se suspendan cualesquiera pleitos, demandas y acciones que estén pendientes en ese tribunal y otros cualquiera de ese nuestro Reyno sobre foro, sin permitir tengan efecto despojos que se intenten por los dueños de directo dominio, pagando los demandados o foreros el canon y pensión que actualmente y hasta ahora han satisfecho á los dueños, ínterin que por N. R. P., á consulta de los del nuestro Consejo, se resuelva lo que sea de su agrado» (6).

(6) Esta Real Provisión de 11 de mayo de 1763 destinada a la Real Audiencia de La Coruña, se extendió mediante la Real Cédula, de 28 de junio de 1768, al Principado de Asturias y a la provincia del Bierzo. «Por Real Resolución a consulta del Consejo de 28 de junio de 1768, se ha servido S. M. mandar por ahora y hasta que con pleno conocimiento de causa se resolviese el expediente consultivo, remitido al Consejo para que informase en punto de foros en el Reino de Galicia y Principado de Asturias, no rehiciese novedad

Por tanto, en el siglo XVIII, al impedirse la recuperación de la finca por parte de los dueños directos mediante la paralización de los procedimientos de despojo, los foros se convirtieron en *perpetuos*, consolidándose la desmembración en el dominio.

La suspensión de los procedimientos judiciales tendentes a que el dueño directo recuperara la posesión mediante el despojo o desahucio de los labriegos, no sólo afectó a los foros ya existentes al dictarse la Real Cédula de 1763; sino que al convertirse en normativa foral, se aplicó también a los foros creados con posterioridad, que nacieron con el sello de la perpetuidad.

Así, queda reflejado en la sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de octubre de 1863 (Gaceta de Madrid, de 1 de noviembre, núm. 305) sobre un foro constituido en Asturias por escritura en 1782, pero que los pagadores ya poseían anteriormente desde tiempo inmemorial. El Tribunal Supremo considera el foro subsistente, y declara que no cabe el despojo o la desposesión de los pagadores: «Considerando que la cuestión del presente litigio se reduce principalmente a si el foro vitalicio contenido en la escritura de 2 de mayo de 1782 ha caducado por muerte del constituyente, como pretende el demandante; o a si, como excepcionan los demandados, debe subsistir por ahora con arreglo a las Reales Cédulas de 10 de mayo de 1763 y 28 de junio de 1768, por las que expresamente se mandó que se suspendieran cualesquiera pleitos, demandas y acciones sobre foros, sin hacerse novedad en los temporales del reino de Galicia, Principado de Asturias y provincia del Vierzo ínterin se resolvía lo conveniente. Considerando que el foro de que se trata, no tanto debe reputarse un nuevo contrato, como una continuación o prorrogación del que ya existía de antiguo, razón por la cual se dieron los bienes á los demandados, según lo habían llevado, como lo expresa la citada escritura, y lo prueba además el hecho de haberlo poseído en concepto de forales, ellos y sus causantes desde tiempo muy remoto; sin que la circunstancia de ser aquel contrato posterior a dichas disposiciones, excluya que esté comprendido en ellas, como lo estaría cualquier foro que en el día se estableciese, porque haciéndose con conocimiento de las mismas, se sujetaron necesariamente los otorgantes a los que preceptuaron. Considerando que la ley 24, título 15, libro 10 de la Novísima Recopilación que trata de la redención de censos, y la de 8 de junio de 1813, sobre arrendamiento de predios rústicos, contratos ambos con los cuales tiene analogía y semejanza los foros, al exceptuar éstos de sus disposiciones han reconocido el estado legal creado por las Reales

con los foreros del mismo reino, del Principado ni de la provincia del Vierzo, en que se hallaban sitios los actuales, ni con otros algunos en todo el reino, como se había resuelto para el de Galicia en el año 1763; y que mantenidos todos en posesión de los bienes aforados, esperasen la Real Resolución que S. M. se dignase tomar sobre todo. De este modo, la Real Provisión de 11 de mayo de 1763, que al principio se refería solo a Galicia, se ha generalizado y extendido, no sólo al Principado de Asturias y provincia del Vierzo, sino también al todo el reino».

Cédulas anteriormente citadas, prescripciones a las que se ha ajustado la parte dispositiva de la sentencia cuya casación se pretende».

Como consecuencia de la perpetuación de los foros, el número de foros en Galicia y Asturias se multiplicó (7). Para Asturias es interesante el testimonio de Gaspar Melchor DE JOVELLANOS, jurista y político asturiano. En una *Carta sobre la agricultura y propiedades de Asturias*, datada en 1795 (perteneciente a la serie de *Cartas a Ponz del viaje a Asturias*), describe la división de dominio de los foros y el carácter indefinido y perpetuo de los arrendamientos de las caserías o unidades de explotación unifamiliar. «Los mayorazgos y los monasterios e iglesias son casi los únicos propietarios de Asturias. (...) Como sea que preciso suponer que las fincas de mayorazgos caen de tiempo en tiempo en un poseedor desidioso, gastador y desgraciado (...) después de contraer empeños acá y allá consigue gravar con algún censo su casa. Este hecho es tan notorio, que no habrá acaso en toda la provincia dos mayorazgos enteramente libres de semejante gravamen. (...) Hubo un tiempo en que la población de Asturias era muy escasa. (...) Los antiguos monasterios rompían y cultivaban por sí alguna parte de ellas y daban en foro las demás a personas que las rompiesen y cultivasen. Otro tanto hacían las iglesias y los señores continuamente empleados en la guerra. Por este medio se fue estableciendo la primera división de las tierras de Asturias. Pero los miembros o partes de esta primera división eran todavía muy grandes, lo que convence por las antiguas constituciones de foros. Así fue necesario pensar en subdividir las para establecer en ellas familias sobrantes (...). Empezaron, pues, a constituirse foros de menor cabida, y los mismos foristas de la primera división subaforaban, por decirlo así, parte de sus tierras, haciendo de cada foro dos, tres o más partes; y vea aquí la segunda división de nuestro suelo. No hay duda de que este fue el estado más feliz de nuestra agricultura. Ya sabe usted cuán respetable es aquel *exiguum colito* de Virgilio. (...) En Asturias, se aumentó cada día la división de las suertes, y éstas se fueron subdividiendo y multiplicando. Yo he visto dividida en cinco una casería que no muchos años antes estuviera destinada a un solo labrador».

Para Galicia, el testimonio de Rafael LÓPEZ DE LAGO, vocal representante de Galicia en la Comisión General de Codificación para la redacción del Código Civil. Afirma en su Memoria, que el noventa por ciento de la tierra de Galicia era tierra aforada. Huelga decir que la institución del foro ocupó la mayoría de la Memoria del representante del Derecho de Galicia, y 39 de los 51 artículos en los que formuló su pensamiento (8).

(7) Véase un ejemplo de foro en CARRACEDO FALAGAN, C., «Aportación al estudio de los foros en Asturias durante la Edad Moderna: el ejemplo del Monasterio de Gua (Huelgas Reales de Avilés)», en *Libro del I Congreso Jurídico de Asturias*, Oviedo, 1987, págs. 189 y sigs.

(8) El Real Decreto de 2 de febrero de 1880 (Gaceta de Madrid, de 7 de febrero, núm. 38) había establecido que hubiera un representante de cada uno de los territorios con

Por otra parte, en Galicia y en Asturias determinados *arrendamientos* rústicos tuvieron una evolución paralela y se convirtieron en los siglos XVIII y XIX en un gravamen sobre la propiedad rústica de tiempo indefinido e incluso perpetuo.

En este sentido, la legislación estatal reconoció el carácter *especial* de los arrendamientos a largo plazo en Galicia y Asturias, y los exceptuó del régimen común. En este sentido, la Real Cédula de 26 de mayo de 1770 (Libro X, Título X, Ley III de la Novísima Recopilación) establece que los dueños de tierras y posesiones pueden arrendarlas libremente por el tiempo que les acomode. Pero esta norma excluye del principio de libertad temporal, los foros o arrendamientos de Galicia, y por extensión a aquellos de Asturias.

Asimismo, la Ley de 8 de junio de 1813, restablecida por el Real Decreto de 6 de diciembre de 1836, exceptuona los arrendamientos de Asturias y Galicia, del principio de libertad de arrendar. El artículo 6.º determinaba: «Los arrendamientos sin tiempo determinado durarán á voluntad de las partes, pero cualquiera de ellas que quiera disolverlos, podrá hacerlo así, avisando a la otra un año antes; y tampoco tendrá el arrendatario, aunque lo haya sido muchos años, derecho alguno de posesión, una vez desahuciado por el dueño. No se entiende, sin embargo, que este artículo hace novedad alguna en la actual constitución de los foros de Asturias, Galicia y demás provincias que estén en igual caso».

Tal y como describía JOVELLANOS en la *Carta sobre la agricultura y propiedades de Asturias*, los arriendos asturianos son indefinidos casi perpetuos. Pues la casería pasa de padres a hijos, y el colono se considera en cierta manera un propietario. «Por la misma costumbre los arrendamientos son aquí indefinidos y en cierto modo perpetuos; se ve pasar una casería de generación en generación por los individuos de una misma familia, y sería mirado como un tirano el dueño que sin causa justísima arrojase al casero del hogar de sus ascendientes. De aquí es que el colono se crea y sea en efecto un partícipe de la propiedad, y de aquí también que no le duela hacer por su parte algunas mejoras en los predios en que se cree vinculada la subsistencia de su posteridad. Por este medio se concilia su interés con el del propietario, pues constituido el arriendo en frutos, y siguiendo el precio de estos las vicisitudes ordinarias que influyen en el

Derecho Foral, que en el plazo de seis meses redactase una Memoria con las instituciones especiales y propias de su territorio: «Formen parte de la Comisión General de Codificación, con el carácter de miembros correspondientes un Letrado de reputación por su ciencia y práctica, por cada uno de los territorios de Cataluña, Aragón, Navarra, Provincias Vascongadas, Galicia y las Islas Baleares; individuos que no estarán obligados a residir en Madrid, y que habrán de redactar, dentro del término que se les señale, una Memoria en que consignen y razonen su opinión acerca de los principios é instituciones de derecho foral, que por tener un robusto apoyo en sus sentimientos profundamente arraigados y tradiciones dignas de respeto, o afectar de un modo grave a la constitución de la familia, o de la propiedad, deban incluirse en el Código Civil, como excepción respecto a cada cual de dichas provincias (...) Terminarán su trabajo formulando su pensamiento en artículos (...)».

valor de las cosas, jamás puede alterarse aquel equilibrio de utilidad que debe existir entre el dueño y el colono. Mejoras o agregaciones hechas por aquellos obligan alguna vez a subir la renta. Alguna vez busca pretextos la codicia para cohonestarla, pero esto es raro».

En efecto, la Ordenanza General del Principado de Asturias de 1781 en el artículo 91 del Título XI *De la Agricultura Cultivo* establecía que en los arrendamientos sobre caserías se sucedan de padres a hijos, lo que *perpetuaba* el arrendamiento en la misma familia. «Por que la división de caserías entre muchos hijos del llevador de ellas es perjudicial a todos, pues no queda a ninguno labranza suficiente; se ordena que las que son de arriendo no puedan partirse, y que haya de suceder en el derecho del mismo arriendo el hijo que el Padre señalase con aprobación de el dueño, o afianzando el pariente mas cercano que este desacomodado en caso de morir sin sucesión y abintestato el casero».

2. LA PROHIBICIÓN DEL FORO EN EL CÓDIGO CIVIL

El Código Civil de 1889 ha obviado la Memoria sobre los foros que hiciera el representante de Galicia en la Comisión General de Codificación, Rafael LÓPEZ DE LAGO. Y no sólo no reguló los foros en un Código de Derecho Común, sino que también estableció la prohibición de constituir nuevos foros en el *derecho especial* de las provincias de Galicia y Asturias (9).

El artículo 1655 ha establecido que los *foros* que se constituyan tras la promulgación del Código no se tengan por tales foros, sino que se consideren censos enfitéuticos si se constituyen por tiempo indefinido (10), o se reputen arrendamientos si se establecen con tiempo limitado (11).

El Código Civil diferencia los foros que ya existían a la entrada en vigor del Código, de los foros que se constituyan con posterioridad. Al prohibir la creación de nuevos foros, los que las partes constituyan con el carácter de perpetuo o por tiempo indefinido, se presumen censo enfitéutico, y los que las partes crean para un tiempo limitado se reputan arrendamiento (12).

(9) El derecho de foro en 1889 era una figura atípica; existía una regulación adjetiva en la legislación hipotecaria, y en los artículos 2071, 2091 y 2102 a 2108 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, sobre los apeos y prorrates de los foros.

(10) Las sentencias del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1909 y de 25 de febrero de 1911 permiten, por aplicación de las normas del censo enfitéutico, la redención de los *foros* creados vigente el Código Civil.

(11) La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1988 aplica la regulación arrendaticia al *foro temporal* constituido una vez vigente el Código Civil.

(12) La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1924 establece: «en los tiempos modernos [los foros] viven por el respecto a los derechos adquiridos y mueren como tales foros a partir del 1.º de mayo de 1889 [es decir, desde la vigencia del Código Civil, cuyo es el art. 1655 de que seguidamente se trata] desde el momento que el legis-

Por tanto, el criterio diferenciador no es la naturaleza jurídica de la enfiteusis o del arrendamiento con relación al foro, sino el momento de creación del foro y su duración. Los foros creados antes de la promulgación del Código Civil conservan su naturaleza. Los foros que se crean después de la promulgación del Código Civil quedan extinguidos, mediante la remisión a otras figuras, al censo enfiteútico cuando tenga duración indefinida (13); y al arrendamiento cuando se cree con una duración determinada.

Sin embargo, el Código Civil no puede mutar la naturaleza de los foros ya existentes a la promulgación del Código Civil. En este sentido, la Disposición Transitoria Primera del Código Civil: «Se regirán por la legislación anterior al Código los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código los regule de otro modo o no los reconozca...».

El momento de creación del foro y su duración constituye un criterio esencial en la regulación aplicable y en el desenvolvimiento de los foros sobre bienes inmuebles en Galicia y Asturias. Paralelamente, el momento de creación del arrendamiento y su duración devienen también criterios esenciales respecto a la regulación aplicable y desenvolvimiento de los denominados «arrendamientos históricos» (14).

lador los suprimió cuando en su artículo 1655 los somete a las disposiciones de la enfiteusis si se impone el foro a perpetuidad, y a las del arrendamiento si se establece por tiempo determinado».

(13) Entre el foro y la enfiteusis existe cierta analogía, pero no son figuras idénticas. El derecho de foro anterior al Código Civil constituye una figura autónoma y separada de la enfiteusis o censo enfiteútico.

La máxima diferencia entre el foro y la enfiteusis se centra en la redención. Así, las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1946 y de 13 de julio de 1946 afirman: «No debe confundirse la analogía, que, por la división de facultades de usar y disponer, puede apreciarse entre la enfiteusis y el foro y demás derechos análogos, con la identidad entre estas instituciones. (...) La enfiteusis y el foro y derechos similares son instituciones cuya analogía no pasa de la división de facultades indicadas, pero entre las que hay una profunda diferencia, precisamente en los que se refiere a la redención (...) no había [redención] por su naturaleza y origen en el foro y derechos análogos, de duración definida, aunque indeterminada y cuya terminación natural debía ser la consolidación de los dos dominios en el dueño directo al cabo del tiempo de duración pactado». Cfr. las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1921, de 28 de abril de 1928 y de 14 de junio de 1946.

Sin embargo, en atención a la separación de dominio se puede aplicar al foro alguna normativa de la enfiteusis. Así, las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1893 y de 11 de junio de 1902, sobre sendos censos reservativos, señalan que, si cabe el retracto en la enfiteusis y en el foro, cabe también en el censo reservativo. La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1909 aplica al foro el artículo 1636 del Código Civil, para permitir el retracto al dueño directo, en la venta del dominio útil, que el vendedor había recibido por herencia. Las sentencias del Tribunal Supremo, de 22 de septiembre de 1865 y de 24 de abril de 1920, por aplicación de la Partida 5, 8, 28, «exigen el requisito de la escritura pública para la constitución del foro y del censo». Cfr. Resoluciones de 6 de diciembre de 1889 y de 18 de abril de 1898.

(14) En efecto, la legislación sobre arrendamientos rústicos diferenció aquellos arrendamientos anteriores al Código Civil y los equiparó, en cierta medida, a los censos. El

3. LA EXTINCIÓN DEL FORO POR REDENCIÓN

En su origen, el foro no era redimible. La terminación natural de los foros era la recuperación o la consolidación de los dos dominios en el dueño directo. Era el dueño directo quien podía rescatar la propiedad y reunir en su persona el dominio pleno.

Al no ser redimibles, los foros se excepcionaron de la redención de los censos. La Novísima Recopilación en el Libro X, Título XXV, Ley XXIV reconoce la existencia de foros en Galicia y Asturias, y los excluye del ámbito de aplicación del Nuevo Reglamento para la redención de censos y otras cargas enfiteúticas de 1804-1805. Mientras no se disponga legislativamente: *«los foros temporales, como los del Reyno de Galicia y Principado de Asturias, por ahora, y mientras el Consejo acuerde y me consulte, con vista del expediente general instruido en su razón, lo que estimare conveniente»* (cap. 2).

Asimismo, el Libro X, Título X, Ley III de la Novísima Recopilación excepciona *«los foros del reino de Galicia, sobre los cuales se debe esperar la Real Resolución»*, del principio de libertad temporal contenido en la Real Cédula de 26 de mayo de 1770, sobre la libertad de los arrendamientos de tierras y posesiones de los particulares, por el tiempo que les acomode.

Ahora bien, el carácter no redimible de los foros, junto a la suspensión de la recuperación de las tierras aforadas por el dueño del dominio directo adop-

artículo 98 de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de Arrendamientos Rústicos, constituyó una manifestación de cómo se difumina la línea divisoria existente entre los censos y los arrendamientos antiguos: *en los arrendamientos anteriores al Código Civil, el arrendatario que traiga causa de quien lo fuera a la publicación de dicho Cuerpo legal*, y por tanto con más de noventa años de antigüedad. El párrafo primero permitió el acceso a la propiedad por parte de los arrendatarios en los arrendamientos anteriores a la promulgación del Código Civil, al estilo como los pagadores pueden redimir el foro y reunificar en su persona el dominio útil con el dominio directo.

El Congreso había aprobado un número 3 del artículo 98 del Proyecto de Ley: *«Los arrendamientos concertados con anterioridad a la publicación de la Ley de 15 de marzo de 1935, en que se hubiere perdido memoria del tiempo por el que se concertaron se presumirá que son censos enfiteúticos, cualquiera que sea la denominación que les hubieren dado las partes»*. Fue eliminado a su paso por el Senado.

Por tanto, en los arrendamientos históricos además del acceso a la propiedad mediante el derecho de tanteo y retracto, o derecho de adquisición preferente, se establecía el derecho del arrendatario de forzar la adquisición de la propiedad, al modo que se contemplaba la redención para la reunificación del dominio directo en el dueño del dominio útil.

El párrafo primero del artículo 98 fue derogado por la Ley 1/1992, de 10 de febrero, de Arrendamientos Rústicos Históricos. Esta Ley estableció una prórroga para el acceso a la propiedad de la finca arrendada en los *arrendamientos históricos*. El arrendatario podía ejercitar el derecho de acceso a la propiedad hasta el 31 de diciembre de 1997. Pero esta Ley contemplaba también una prórroga complementaria para los supuestos en los que el arrendatario fuera de avanzada edad. Se prorrogaba el plazo hasta que el arrendatario cumpliera los sesenta y cinco años de edad, si el 11 de febrero de 1992 (entrada en vigor de la Ley) tenía ya los cincuenta y cinco años cumplidos. El plazo legal para el ejercicio de este derecho ha caducado definitivamente el 10 de febrero de 2002.

tada como medida *interina* y *provisional* por la Real Provisión de 11 de mayo de 1763 seguida de la Real Cédula de 28 de junio de 1768, consagró una situación de *perpetuidad* de los foros en Galicia y Asturias, que no podían ser rescatados por los aforantes o foristas; ni redimidos por los foreros o foratarios.

Esta situación devino insostenible, ocasionando un problema social en los territorios de Asturias y Galicia. Durante el siglo XIX hubo diversos intentos de establecer la redención de los foros, pero con escaso éxito. Cabe citar la normativa sobre desamortización de manos muertas, que aunque con otra finalidad, había concedido la redención de todo tipo de pensiones y rentas, incluyendo los foros y los arrendamientos antiguos (15).

Otro intento de regular legalmente la redención de los foros lo constituyó la Ley de 20 de agosto de 1873 (16) (Gaceta de Madrid, de 23 de agosto, núm. 235). En quince artículos y dos adicionales estableció una normativa sobre la redención de los foros (17). En su artículo 1 declaró redimibles todos

(15) La desamortización eclesiástica —Real Decreto de 5 de marzo de 1836 y Real Orden de 10 de abril de 1836— permitió la redención de todo tipo de censos, incluyendo los foros, aunque fueran perpetuos, y los arrendamientos que tuvieran una cierta antigüedad. Merece señalarse el Real Decreto de 31 de mayo de 1837 en su artículo primero: «Se declara en estado de redención, con arreglo a lo dispuesto en el Real Decreto de 5 de marzo de 1836 y demás determinaciones y aclaraciones posteriores, todas las cargas ó rentas exigidas con título de foro, enfiteusis ó de arrendamiento, cuya fechas de constitución sea anterior al año 1800, que se pagaban por posesiones, caseríos, tierras, cotos ó lugares pertenecientes a las comunidades o monasterios extinguidos de ambos sexos».

Asimismo, la desamortización civil declaró en redención todos los foros que pertenecieran al Estado o a manos muertas de carácter civil. La Ley de 1 de mayo de 1855, aunque se refería también a la desamortización eclesiástica, en el artículo 7.4.º contemplaba la redención de los foros. Esta regulación se complementa con las Leyes de 11 de marzo de 1859 y de 15 de junio de 1866.

Además, la abundante normativa sobre desamortización de manos muertas, eclesiásticas o civiles había equiparado los arrendamientos con una cierta antigüedad a los foros. La Ley de 27 de febrero de 1856 extendió la redención a los arrendamientos con un límite de renta y de antigüedad: «se declaran como censo para los efectos de esta Ley, los arrendamientos anteriores a 1800, que no excediendo de 1.100 reales anuales en su origen o el año último, haya estado desde la citada época en poder de una misma familia, aunque hubiese sufrido alteración en las rentas en épocas posteriores...» (art. 2).

(16) Rogelio JOVE Y BRAVO, jurista asturiano, participó en el *iter* legislativo de esta Ley sobre redención de los foros. «Recuerdo cómo pasó en las Cortes la Ley de 20 de agosto 1873 en cuya discusión apenas si hubo la lucha que todos esperábamos, dada la importancia de los elementos que en la cuestión estaban interesados; recuerdo la facilidad con la que se confundía el foro con otras cargas que pesan sobre la propiedad».

La ignorancia existente sobre los foros y el amor a la provincia que le vio nacer, le llevó a escribir un *folleto* de 100 páginas sobre los foros en 1876, y posteriormente en 1883 una monografía sobre *Los foros: estudio histórico y doctrinal, bibliográfico y crítico*, en la que define el foro como un arrendamiento: «El foro se trata de un *arrendamiento* a largo plazo o perpetuo donde el arrendatario no solo goza de los derechos del enfiteuta, sino también de los que afectaban a la tierra, por ser de señor directo que tenía fuero (privilegio)».

(17) La Ley de 16 de septiembre de 1873 (Gaceta de Madrid, de 22 de septiembre, núm. 265) modificó en el artículo 6 sobre el pago del importe líquido del capital redimible.

los foros, subforos, censos frumentarios ó rentas en saco, derechos, rabassa morta, y cualesquiera otras de la misma naturaleza. Pero, esta Ley tuvo una vigencia de seis meses. El Decreto de 20 de febrero de 1874 (Gaceta de Madrid, de 22 de febrero, núm. 53) la dejó en suspenso, y en consecuencia, suspendió la redención de los foros.

El 3 de julio de 1886, Eugenio MONTERO RÍOS, juriconsulto gallego, entonces Ministro de Fomento, presentó un Proyecto de Ley de Redención de Censos (Gaceta de Madrid, de 21 de julio, núm. 202), que no llegó a ser promulgado. Constaba de una larguísima Exposición de Motivos y de 24 artículos, en los que declaraba redimibles todos los foros *subforos, foros frumentarios, rentas en saco o sisas y derechos* (art. 2), y establecía una normativa de la redención (18).

La Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 refirió a una ley especial, el desarrollo del *principio de la reunión de los dominios* en los foros, subforos, derecho de superficie y cualesquiera otros gravámenes semejantes, constituidos sobre la propiedad inmueble (base número 26 *in fine*); por lo que no se decantó ni por la redención ni por el rescate de los foros. El artículo 1611 del Código Civil remitió la regulación de la redención de los foros a una ley especial, excluyéndolos de la redención de los censos (19).

En cumplimiento de lo establecido en el Código Civil, se presentó un Proyecto de Ley de redención de foro el 8 de octubre de 1921 (Gaceta de Madrid, de 17 de noviembre, núm. 321), que tampoco fue promulgado. Este Proyecto de Ley presumía perpetuos todos los foros anteriores a la promulgación del Código Civil (20). Establecía un plazo de cinco años desde la vigencia de la ley, para la redención voluntaria del foro (art. 3). Preveía de manera *abierta* la redención forzosa de los foros en el artículo 7: «transcurrido el plazo de cinco años fijado en el artículo 3, la redención será de carácter forzoso, y para llevarla a efecto, determinando su alcance económico-jurídico, forma y condiciones, la Comisión de Códigos redactará el oportuno proyecto de ley, que con las modificaciones que el gobierno estime necesarias se publicará en la Gaceta

(18) Artículo 1.º: «Mientras que el Código Civil ó una ley especial sobre la materia no determine las condiciones á que ha de sujetarse en lo sucesivo el contrato de foro peculiar de las provincias de los antiguos reinos de Galicia, León y Principado de Asturias, todos los foros y subforos otorgados hasta entonces con carácter temporal, bien por plazo determinado, bien por plazo indeterminado, como cierto número de voces o vidas de Reyes, se reputarán para los efectos de esta ley de duración indefinida y como si se hubiesen contraído con cláusula de perpetuidad».

(19) La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 1887, proveniente de Asturias, recoge como hechos probados la constitución de un foro en fecha de 26 de junio de 1827, extinguido por escritura pública de redención de fecha de 30 de diciembre de 1889.

(20) Artículo 1.º: «Los contratos de foro y subforo anteriores a la vigencia del Código Civil, otorgados con carácter temporal, bien por plazo determinado o indeterminado, se reputarán para los efectos de esta ley, de duración indefinida y como si se hubieran contraído con cláusula de perpetuidad».

de Madrid». Se obviaba el rescate o la reunificación de los dominios en la persona del dueño directo.

Finalmente, con el Real Decreto-ley de 25 de junio de 1926 (Gaceta de Madrid, el 26 de junio, núm. 177) se cumplió lo previsto en la base número 26 *in fine* de la Ley de Bases y en el artículo 1611 del Código Civil, sobre una ley especial de reunificación y de redención de foros, respectivamente. Pues estableció tanto la redención voluntaria y forzosa de los foros, como el rescate del dominio útil por los dueños del dominio directo. La Exposición de Motivos, refiriéndose a la Real Cédula de 11 de mayo de 1763, afirma: «Pues no es posible prolongar por más tiempo la situación de interinidad creada hace más de siglo y medio por la Real Provisión de Carlos III de 11 de mayo de 1763, suspendiendo indefinidamente el curso de las demandas de despojo. Y si entonces se juzgó improcedente la pretendida reversión de las fincas aforadas a los señores del directo dominio, es ya indefendible prácticamente la discutida temporalidad originaria de los Foros, porque al amparo de aquella Real Cédula, del “ínterin” se ha creado de hecho un estado posesorio de perpetuidad que no es posible desconocer. (...) no hay obstáculo que impida el extender a los Foros la redención aplicable a la enfiteusis, y aun lo abona el principio moderno de la expropiación forzosa por causa de mejoras agrarias, reclamada por el alto interés público y gradualmente admitido en las legislaciones de los países cultos. Debe, pues, sin vacilaciones, preceptuarse la consolidación definitiva de los dominios, mediante la redención de las pensiones forales; que hora es ya de dictar la ley especial anunciada en el artículo 1611 del Código Civil. (...) Aceptada como solución del problema la necesidad de consolidar ambos dominios, se concede un periodo de cinco años a los foratarios para que voluntariamente pidan y obtengan la redención; mas pasado este plazo, y en el firme propósito de que se intensifique y extienda el número de redenciones, hasta lograr por este medio la extinción de las prestaciones forales, se otorga acción a los señores del directo dominio para que exijan coactivamente a los foreros la redención de las pensiones o se adquiera por los foristas el dominio útil, como medios de lograr la consolidación». El Real Decreto-ley declaró en estado de redención todos *los foros, subforos, foros frumentarios, rentas en sacco, sisas, derechuras, cédulas de planturía y cualesquiera otros gravámenes de análoga naturaleza jurídica sobre bienes inmuebles en las provincias de Galicia, Asturias y León, que hubiesen sido constituidos antes de la promulgación del Código Civil* (art. 1) (21).

Pero, esta normativa no sólo reguló la redención voluntaria de los foros por los foreros, foratarios o pagadores; sino que estableció una redención forzosa subsidiaria a petición de los foristas, y en una subsidiariedad de segun-

(21) La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en la sentencia de 14 de junio de 1946, afirma que: «la Ley de 25 de junio de 1926 sólo es aplicable a las provincias de Asturias, Galicia y León».

do grado concedió a los aforantes, foristas o dueños del dominio directo, un derecho de rescate del dominio útil (arts. 8 y 9).

Para ello fijó tres periodos consecutivos de cinco años. El primer plazo de cinco años contados desde el 26 de junio de 1926 al 25 de junio de 1931 para que los pagadores voluntariamente ejercitaran la redención, y consolidaran su dominio útil con el dominio directo. En el caso de que el pagador no hubiese redimido el foro, se abría un nuevo plazo de cinco años desde el 26 de junio de 1931 hasta el 25 de junio de 1936, en el que la redención será obligatoria para esos pagadores, a instancia de los perceptores respectivos; es decir, los perceptores podían exigir y forzar la redención a los pagadores. Por último, y pasado también este segundo plazo quinquenal, se iniciaba un tercer plazo de cinco años, en el que los perceptores podían consolidar a su favor los dominios adquiriendo el dominio útil.

Este Real Decreto-ley fue completado con el Reglamento de 23 de agosto de 1926 (Gaceta de Madrid, de 25 de agosto, núm. 237), cuyo artículo 20 aclara: «a los efectos de los artículos 8 y 9 del Decreto-ley se entenderá: 1.º que la redención es potestativa de los pagadores durante cinco años, contados desde el 26 de junio de 1926 al 25 de junio de 1931; 2.º que a partir del 26 de junio de 1931 la redención será obligatoria para esos pagadores, pero a instancia de los perceptores respectivos, hasta el 25 de junio de 1936; 3.º que a partir de esta última fecha principiará a correr el plazo de cinco años concedidos a los foristas o perceptores para consolidar a su favor los dominios».

De manera que dando preferencia a los foreros concedía la redención voluntaria del foro para los pagadores en un primer plazo, y la redención forzosa en un segundo plazo si lo demandaban los perceptores. Pero mantenía el derecho de rescate del dominio útil, por parte de los foristas, concediendo un tercer plazo quinquenal.

Asimismo, el Real Decreto-ley creó un Tribunal especial en la jurisdicción ordinaria para la redención de foros (art. 10) (22). El artículo 5 estableció que, por regla general, la redención se haría por forales completos, lo que dificultó en la práctica la redención de los foros (23).

Ahora bien, durante la Segunda República, una semana antes de que venciese el primer plazo de cinco años, el Decreto de 18 de junio de 1931 (Gaceta de Madrid, de 19 de junio, núm. 176) ratificado por Ley de 30 de diciembre de 1931 (Gaceta de Madrid, de 8 de enero de 1932, núm. 8), vino

(22) En la Gaceta de Madrid de 9 de enero de 1927 y de 1 de noviembre de 1928 aparecen varias consultas formuladas por los tribunales especiales para la redención de los foros de Villalba, de Santiago de Compostela y de Vigo.

(23) La jurisprudencia ha reconocido en los hechos de autos la redención realizada. La sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, de 1 de abril de 2003, aceptó que en el supuesto de hecho se había extinguido el foro en concepto de legado del aforante a las dos foreras, mediante escrituras públicas de 1934 y 1941.

a modificar esta normativa (24). Prorrogó indefinidamente el plazo para que los pagadores pudiesen redimir voluntariamente las tierras aforadas, y derogó el artículo que contenía los derechos de los perceptores a exigir la redención y a adquirir el dominio útil, antes de que se hubiese iniciado el plazo para su ejercicio (25).

Por tanto, los perceptores no tuvieron oportunidad ni de solicitar la redención forzosa ni de rescatar el dominio útil.

El 10 de febrero de 1932, los diputados gallegos presentaron a las Cortes una Proposición de Ley sobre foros gallegos, que no prosperó. Pretendían paliar la supresión de la redención forzosa, y la prórroga indefinida de la redención voluntaria de los foros, incluyendo una redención forzosa a solicitud de los dueños del dominio directo pero a cargo del Estado (publicado en *ABC* del jueves 11 de febrero de 1932, págs. 24 y 25).

En suma, la situación de *perpetuidad* de los foros en Galicia y Asturias, acordada como medida *interina* y *provisional* por la Real Provisión de 11 de mayo de 1763 y la Real Cédula de 28 de junio de 1768, vino a solucionarse mediante la redención del foro por los labriegos. Se consideró socialmente intolerable e inviable el rescate y la reversión del dominio útil por los dueños del dominio directo. En consecuencia se favoreció a los foreros o foratarios, introduciéndose legalmente la redención de foro, mediante la reunificación del dominio pleno en el pagador o forero. Pero, tal como afirman las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1946 y de 13 de julio de 1946, la redención de los foros no deriva de su naturaleza y origen, sino que *se debe a razones de equidad y de conveniencia social*.

(24) Asimismo, la Segunda República declaró subsistentes los foros, y extendió su regulación al ámbito de toda España. El Decreto de 3 de noviembre de 1931 (Gaceta de Madrid, de 4 de noviembre, núm. 308) dispuso que los Decretos-Leyes de 25 de junio y de 23 de agosto de 1926, y el Decreto de 18 de junio de 1931, sobre el régimen de foros, subforos, foros frumentarios, rentas en saco, sisas, derechuras, cédulas de planturia y cualesquiera otros gravámenes de análoga naturaleza jurídica sobre bienes inmuebles, sean aplicables en toda España, en tanto que las Cortes no dispongan otra cosa.

(25) Artículo 1.º: «El plazo de cinco años señalado en el artículo 8.º del Real Decreto de 25 de junio de 1926, para redimir las cargas forales determinadas en los artículos anteriores de la mencionada disposición, por los pagadores de las mismas se considera prorrogado indefinidamente hasta que por las Cortes se disponga otra cosa, quedando en suspenso hasta entonces la percepción del laudemio, en los casos en que procediera».

Artículo 2.º: «Quedan derogados los artículos 9.º del mencionado Real Decreto y 20 del Reglamento referente a dicha materia aprobado por el de 25 de agosto de 1926, así como cuantas disposiciones se opongan a lo ordenado en este decreto».

4. LA ABROGACIÓN DEL FORO EN LA COMPILACIÓN DE DERECHO CIVIL DE GALICIA

La Compilación de Derecho Civil de Galicia, de 2 de diciembre de 1963, ha establecido una regulación sistemática sobre los foros en los artículos 3 al 46, y la ha extendido además de a Galicia, a las *provincias limítrofes de Oviedo, León y Zamora* (art. 1).

En efecto, en cuanto norma estatal, la Compilación ha extendido el ámbito de aplicación de la normativa sobre los foros, a las regiones de Asturias, León, Zamora, por lo que ha sido de aplicación a los foros en esos territorios (26). En este sentido, el Dictamen de la Comisión Especial de Derecho Consuetudinario asturiano ha reconocido que ciertas normas de Derecho Foral gallego se han aplicado en Asturias: «Mas aún, se daba en Asturias el anecdótico caso de que por obra de un curioso y sorprendente sistema jurídico de ampliación del campo propio del Derecho Foral gallego cierto territorio asturiano gozara, o padeciera, según se mire, de una suerte de colonización jurídica».

Además, y también por su carácter estatal, la Disposición Final tercera de la Compilación ha derogado el Real Decreto-ley de 25 de junio de 1926, el Reglamento de 23 de agosto de 1926 y el Decreto de 3 de noviembre de 1931 sobre la redención de los foros.

La Exposición de Motivos de la Compilación justifica: «Sea cual fuere la naturaleza jurídica que pretenda atribuírsele al foro, institución genuina de Galicia, que por extensión pasó a comarcas limítrofes de Asturias y León, lo cierto es que si en un principio vino a remediar una necesidad social, evitando que quedaran incultas o improductivas grandes extensiones de terreno e impidiendo la persistencia de los latifundios que iba creando la Reconquista (...)

»La alta función que entonces desempeñaba el foro ya ha sido cumplida; hoy solo contribuye a agravar el problema del minifundio y a impedir el progreso de la agricultura. Por eso, ya el artículo 1655 del Código Civil había dispuesto que los foros que se constituyesen a partir de su vigencia se habían de regir por las normas del censo enfitéutico, si eran por tiempo indefinido, y por las del arrendamiento, si lo eran por tiempo limitado.

»Ha llegado el momento de facilitar la extinción de los subsistentes, buscando una fórmula que, sin detrimento de los derechos de los perceptores (*sic*), permita a los pagadores liberarse de la carga que el pago del canon implica, sin hacerle empero, demasiado gravosa esa liberación (...)

(26) El artículo 1.º de la Compilación establece: «El Derecho Civil Especial de Galicia se aplica en el ámbito que comprende la actual jurisdicción de la Audiencia Territorial de La Coruña. En aquellas comarcas de las provincias limítrofes de Oviedo, León y Zamora se aplicarán las disposiciones de los títulos I [De los foros, subforos y otros gravámenes análogos], y II [De la compañía familiar gallega] de esta Ley cuando se acredite la existencia y uso de las instituciones a que los mismos se refieren».

»Parece suficiente establecer un primer plazo de cinco años para que los pagadores puedan instar la redención, y un segundo plazo, también de cinco años, para que los perceptores la consigan forzosa, de aquellos. Y se entenderá que el perceptor que deja pasar ese segundo plazo, sin intentar la forzosa redención, renuncia al foro y quedará este extinguido».

La Compilación declara *redimibles todos los foros, subforos, foros frumentarios, rentas sisas o en saco, derechos, cédulas de planturía y cualesquiera otros cargas de naturaleza análoga* (art. 26).

Establece la redención voluntaria de los foros y subsidiariamente la redención forzosa a instancia de dueño del dominio directo. Para ello, establece dos tramos consecutivos de cinco años cada uno a contar desde su entrada en vigor. En el primero, desde el 25 de diciembre de 1963 al 24 de diciembre de 1968, el pagador tiene el derecho de ejercitar la redención de las tierras aforadas (art. 31); en el segundo, desde el 25 de diciembre de 1968 al 24 de diciembre de 1973 el perceptor tiene el derecho a exigir del pagador la redención (art. 33).

Ahora bien, la Compilación anuda a la no exigencia por parte del perceptor de la redención forzosa la presunción *iuris et de iure* de renuncia a su dominio directo y a todos los derechos que le pudieran corresponder. En efecto, presume que el forista que no exigió la redención del foro en el plazo establecido, ha renunciado al foro, perdido el dominio directo y las rentas que le adeudaban (27).

Por tanto, una vez transcurridos los dos plazos quinquenales consecutivos desde la entrada en vigor de la Compilación, es decir, a partir del 25 de diciembre de 1973, los foros que no hayan sido redimidos voluntaria o forzosamente, se entienden renunciados por el dueño del dominio directo, y se consideran extinguidos, revertiendo la propiedad plena en el pagador, llevador, forero, subforero, foratario o dueño útil.

Esta regulación se complementa con la Disposición Transitoria segunda de la Compilación, según la cual los tribunales no admitirán pretensión alguna relativa a los foros, presentada una vez que hayan transcurrido el plazo decenal contado desde la entrada en vigor, es decir, la suma de los dos plazos quinquenales. De manera que se inadmitirán las demandas que se presenten con posterioridad al 25 de diciembre de 1973 (28), salvo las demandas que

(27) En este sentido, el artículo 35 textualmente afirma: «Si el forista no ejerciera el derecho de redención durante el plazo señalado, se le tendrá por renunciante del foro o gravamen, sin percibo de indemnización de ninguna clase, quedando, además, prescritas todas las rentas adeudadas».

(28) La Disposición Transitoria segunda: «Transcurridos diez años desde la entrada en vigor de esta Compilación, no se admitirán por los Juzgados y Tribunales demandas en que se ejerciten acciones, directa o indirectamente encaminadas al reconocimiento, redención, apeo y prorrateo de foros, su prescripción, consolidación de dominios o pago o reducción de pensiones forales de cualquier especie».

no pudieron presentarse por estar pendiente la tramitación del beneficio de justicia gratuita.

Actualmente, los foros y demás instituciones de naturaleza análoga están extinguidos allí donde existieron. En el Derecho gallego, la Ley 7/1987, de 10 de noviembre, emanada del Parlamento Gallego, derogó definitivamente, por si acaso mantenía alguna vigencia la institución del foro. La Disposición Derogatoria primera: «En tanto en cuanto pudiesen conservar alguna vigencia se consideran definitivamente derogados el Título I, suprimiéndose sus artículos 3 al 46, y las Disposiciones Transitorias primera y segunda de la Ley 147/1963, de 2 de diciembre».

En consecuencia, los foros y demás instituciones de naturaleza análoga anteriores al Código Civil situados en tierra asturiana y gallega están hoy [desde el 25 de diciembre de 1973] extinguidos. Los foreros son los dueños plenos y únicos, libres del gravamen foral, de los [antiguos] bienes aforados; sin necesidad de abonar o indemnizar a los foristas (29).

En este sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 22 de noviembre de 2005, considera *obiter* que el forista ha renunciado a su derecho al no haberlo ejercitado en tiempo y forma, por lo que declara extinguido el foro, y consolidado el dominio directo con el útil en el forero: «Su normativa no puede tener otro efecto, respecto a la otra mitad del foro, que tener por renunciado al forista a tenor del artículo 35 al no haber ejercitado el derecho de redención en el plazo de cinco años previsto en el artículo 33, o que determinaría la consiguiente consolidación del dominio a favor del foratario llevador de las fincas».

La sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo de 26 de enero de 2005, confirmada por la anterior, había admitido como hechos probados que la mitad del foro había sido redimido en 1927, después del Real Decreto-ley de 25 de junio de 1926, y en la otra mitad no redimida, el foro se había extinguido por imperativo de la Compilación Gallega de 1963.

La Audiencia Provincial de Asturias en una apelación procedente del Juzgado de Avilés, dictó un Auto de fecha de 4 de junio de 1998 sobre un foro, confirmando la inadecuación del procedimiento para sustanciarlo. Son interesantes los argumentos sobre la regulación de los foros y su aplicación en Asturias: «Centrados así los términos del debate, comparte la Sala los argumentos aducidos por los recurrentes en relación con la primera de las cuestiones antes enunciadas pues, la Compilación del Derecho Civil Especial de Galicia, aprobada por Ley de 2 de diciembre de 1963, cuyos títulos I y II se aplicarán en las comarcas de la provincia limítrofe de Oviedo (hoy Asturias) cuando se acredite la existencia y uso de las instituciones a que los mismos se refieren (los foros y la compañía familiar gallega), concede a los foreros el derecho de redención

(29) ALBALADEJO sostiene la posibilidad de que haya surgido una obligación natural frente a los foristas (cfr. *Derecho Civil*, vol. III, Madrid, 2004, pág. 665).

de los foros pagando de una vez al forista la cantidad que las partes hubiesen estipulado al constituirlo o, en su caso, la que se obtenga de la capitalización de las pensiones, concediendo a los pagadores un plazo de cinco años desde la entrada en vigor de la Compilación para ejercitar este derecho. Transcurridos esos cinco años y durante otros cinco el forista podría exigir del pagador la redención. En consonancia con esto, el artículo 35 de la Compilación establece que si el forista no ejerciere el derecho de redención en el plazo señalado, se le tendrá por renunciante al foro sin percibo de indemnización de ninguna clase, quedando, además prescritas todas las rentas adeudadas. Por lo tanto, en el caso de autos, al no haber ejercitado en plazo el derecho de redención el señor don Juan R. ni habérselo exigido doña Victoria G., se entiende que la misma ha renunciado al foro, el cual quedaría extinguido desde el año 1973, *estando a partir de ese momento la inscripción del dominio directo obrante a su favor en el Registro de la Propiedad vacía de contenido*».

5. LA «SUBSISTENCIA» HIPOTECARIA DEL FORO

El Derecho Civil sustantivo ha establecido la extinción de los foros mediante la presunción legal de renuncia por los foristas del dominio directo. Sin embargo, esta extinción legal no ha tenido total constancia en el Registro de la Propiedad que continúa publicando los forales.

Las Leyes Hipotecarias de 1869, de 1909 y la vigente de 1946 reconocen los forales como instituciones propias de Galicia y Asturias, y prevén la posibilidad de inscribirlos como una sola finca (30). El artículo 8.1.º de estas Leyes Hipotecarias (con la misma redacción): «El territorio, término redondo o lugar de cada foral en Galicia o Asturias, siempre que se reconozca un solo dueño directo, o varios *pro indiviso*, aunque esté dividido en suertes o porciones dadas en dominio útil o foro á diferentes colonos, si su conjunto se halla comprendido dentro de los linderos de dicho término».

En muchos supuestos, y aunque legalmente los foros estén extinguidos, el Registro de la Propiedad publica la inscripción de las tierras forales a tenor del artículo 8.1 de la Ley Hipotecaria. Sin embargo, al extinguirse el derecho

(30) En materia hipotecaria, los foros se incluyeron por primera vez en la Ley Hipotecaria de 1869, pues ni la Ley Hipotecaria de 1861, ni el Reglamento Hipotecario del mismo año, los habían regulado. La Ley de 3 de julio de 1871 (Gaceta de Madrid, de 6 de julio, núm 187) autorizó la inscripción en los Registros de la Propiedad hasta fin de 1872 de los censos, foros, subforos, servidumbres y demás derechos de naturaleza real, verificados antes de 1863, con los beneficios establecidos en la Ley Hipotecaria para las primeras inscripciones. La Ley de 29 de agosto de 1873 (Gaceta de Madrid, de 1 de septiembre, núm. 244) declaró en su fuerza la ley anterior prorrogando el plazo para efectuar las inscripciones hasta el 31 de diciembre de 1874. Cfr. Resoluciones de 26 de abril de 1910 y de 30 de junio de 1916.

de foro, quedaría la inscripción del dominio directo obrante a su favor en el Registro de la Propiedad vacía de contenido (Auto de la Audiencia Provincial de Asturias de fecha de 4 de junio de 1998).

Esta inscripción del dominio directo se podría cancelar a instancia de parte, en aquellos forales en los que constan inscritos los derechos de los dueños del dominio útil, con expresión de la situación y linderos (arts. 69 a 74 del Reglamento Hipotecario) (31). Por lo que se produciría *registralmente* la reunificación del dominio pleno en los dueños del dominio útil.

Sin embargo, en la mayoría de los forales solamente constan inscritos el dominio directo y las obligaciones que pesan sobre los foratarios o labriegos: *los nombres de los pagadores y la renta que satisfaga cada uno, con expresión genérica de estar gravadas con ellas las tierras que éstos poseyeran afectas al foral* (art. 69 del Reglamento Hipotecario).

En estos casos, en los que el Registro de la Propiedad publica el foral entero, sin designación de los dueños del dominio útil ni especificación de las tierras por ellos aforadas, se hace preciso iniciar un expediente de dominio para *actualizar* el Registro de la Propiedad, en el que seguramente será preciso proceder al deslinde o apeo de las fincas entre los «dueños útiles».

RESUMEN

DERECHO DE FORO

Este trabajo aborda el derecho de foro, que conserva relevancia jurídica desde el punto de vista registral.

El derecho de foro, institución de carácter consuetudinario de Galicia y de Asturias, con gran expansión y vigencia multisecular, ha venido a ser abolido por la Compilación de Derecho Civil de Galicia de 1963, que curiosamente reguló esta figura de manera sistemática, a

ABSTRACT

LEASEHOLD ESTATE

This paper addresses the leasehold estate, a concept that retains legal relevance from the standpoint of registration.

The leasehold estate is an institution rooted in custom in Galicia and Asturias. Having expanded widely and been valid for many centuries, the leasehold estate was abolished by the 1963 Compilation of Civil Law of Galicia, which, curiously, regulated this concept systematically

(31) La Ley Hipotecaria de 1909 además del artículo 8.1 recogió el foro en los artículos 39 y 40. El artículo 39 permitía la inscripción a los dueños del dominio directo y del dominio útil: «Los foros y subforos y demás derechos reales de igual naturaleza podrán inscribirse en el Registro de la Propiedad a instancia del dueño del dominio directo o del útil, mediante la presentación de los títulos de su constitución, reconocimiento, actos conciliatorios, deslindes, apeos y prorrateos judiciales y extrajudiciales aprobados por convenio ante notario en que consten las fincas gravadas; y de no constar detalladamente, deberá determinarse en la inscripción la situación de los bienes objeto del foro, los nombres de los pagadores y la renta que satisfaga cada uno, con expresión genérica de estar gravadas con ella las tierras que éstos poseyeran pertenecientes al foral (...)». El Reglamento Hipotecario de 1915 acogió la normativa sobre el foro en los artículos 98 y 99.

la vez que fijaba un plazo de diez años a contar desde su entrada en vigor para su abrogación. En efecto, el Derecho Civil Sustantivo ha establecido la extinción de los foros mediante la reunificación de los dominios en los dueños del dominio útil, separándose de la trayectoria histórica de esta figura.

El derecho de foro continúa regulado en la normativa hipotecaria, y todavía se publica en los folios de los Registros de la Propiedad de Galicia y Asturias, produciéndose un desfase entre la situación sustantiva y la registral. La actualización del Registro de la Propiedad podrá obviar la intervención de los Juzgados y Tribunales en aquellas inscripciones de forales que contengan expresión de los pagadores y de las tierras por ellos aforadas con determinación de la situación y linderos. Sin embargo, no se podrá evitar la intervención judicial, prohibida por la Disposición Transitoria segunda de la Compilación gallega de 1963, cuando el Registro de la Propiedad publica el foral entero, sin designación de los dueños del dominio útil ni especificación de las tierras por ellos aforadas.

while at the same time it set a period of ten years, counting as of entry in force, for its repeal. Indeed, substantive civil law extinguished the leasehold estate by reunifying all types of control into one, i.e., beneficial ownership, thus splitting away from the historical trajectory of this concept.

The leasehold estate continues to be regulated in mortgage legislation, and it is still disclosed in the records of the property registration offices of Galicia and Asturias. A gap is thus created between the substantive situation and the registered situation. Updating property registration offices could make it unnecessary for the judicial authorities to intervene in regard to those entries of land under leasehold estates that contain a statement of the payers and the lands at issue with a definition of the land's location and borders. However, judicial intervention, which is prohibited by Transitional Provision Two of the 1963 Galician Compilation, will be unavoidable if the property registry discloses a leasehold estate as a whole, without naming the holders of beneficial ownership or specifying the lands in which they hold their interest.

(Trabajo recibido el 14-12-2009 y aceptado para su publicación el 8-2-2011)

Sobre la anotación preventiva de demanda de nulidad de la hipoteca

por

PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS

SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO.
- II. DOS APORTACIONES DOCTRINALES.
- III. LOS ARGUMENTOS ESGRIMIDOS POR BERNAL QUIRÓS.
- IV. OTRAS DEFENSAS DEL ARTÍCULO 131.
- V. ÚLTIMAS CONSIDERACIONES.

I. PLANTEAMIENTO

El problema que vamos a abordar lo suscita el artículo 131 de la Ley Hipotecaria que por ello mismo se transcribe:

«Las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras que se basen en alguno de los supuestos que puedan determinar la suspensión de la ejecución quedarán canceladas en virtud del mandamiento de cancelación a que se refiere el artículo 133, siempre que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas. No se podrá inscribir la escritura de carta de pago de la hipoteca mientras no se haya cancelado previamente la citada nota marginal, mediante mandamiento judicial al efecto».

De este artículo no nos ocupamos del segundo párrafo sino del primero que es novedoso. A su vez, la certificación de cargas es la prevista en el

artículo 656 de la LEC, cuyo apartado 2 establece que al haber expedido tal certificación, el Registrador lo hará constar por nota marginal, expresando la fecha y el procedimiento correspondiente.

En las jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica, organizadas por el Centro de Estudios del Colegio de Registradores, y publicadas en Madrid en 2009, Juan José BERNAL QUIRÓS estudió la ejecución hipotecaria. Y dentro de los múltiples e interesantes problemas que abordó, uno era el referente a dicho artículo 131 y a aquella anotación.

Allí menciona los autores que, a la vista del precepto, entienden que, efectivamente, las anotaciones de demanda de nulidad que han de cancelarse son las posteriores a la nota marginal de haberse expedido la certificación de cargas; esa es también nuestra postura. Y a aquel trabajo hay que remitirse.

Porque en cambio su autor mantiene que esa cancelación también ha de darse para las anotaciones preventivas de demanda de nulidad que sean de fecha anterior a la citada expedición de aquella certificación y consiguiente nota de ello. En otro apartado se irán exponiendo los argumentos en que basa su tesis, al mismo tiempo que el juicio que nos merecen.

Pero antes no estará de más hacer referencia a dos pronunciamientos doctrinales que guardan estrecha relación con el tema que nos ocupa.

II. DOS APORTACIONES DOCTRINALES

1. La primera se debe al catedrático de Derecho Procesal M. A. FERNÁNDEZ BALLESTEROS, en su obra «La ejecución forzosa en la nueva LEC», publicada en Madrid en 2001 en la Editorial Iurium.

Al comentar el artículo 698 de la LEC, que, dentro del proceso de ejecución de bienes especialmente hipotecados, remite las reclamaciones no especialmente previstas al juicio ordinario o declarativo que corresponda, sin suspender la ejecución, y permitiendo pedir la retención del importe, indica que el legislador era consciente del perjuicio que podía producir al deudor, y permite el pedir aquella retención; lo cual es en realidad una medida cautelar extemporáneamente regulada que sirve sólo para asegurar los eventuales daños y perjuicios producidos por una injusta ejecución.

Ahora bien, esa suerte de oposición no tiene incidencia directa en los procedimientos de ejecución hipotecaria; no puede impedir que se subaste indebidamente una finca por una obligación que no existe, medida prohibitiva que es en lo que hubiera consistido el verdadero interés del deudor. La solución no la ve razonable. Otra cosa es que el juez pueda adoptar medidas cautelares a instancia del demandante y con las condiciones de los artículos 726 y siguientes de la LEC. Es claro que la anotación de demanda sería la fundamental.

2. Más aún se aproxima al tema la otra aportación. Se debe a Juan María DÍAZ FRAILE, Registrador y Catedrático de Derecho Civil, al estudiar el artículo 131 de la LH, en los comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigidos por M. ALBALADEJO, Tomo VII, volumen 7, publicado en Madrid en 2000, por la Editorial Edersa.

Entiende que las anotaciones de nulidad de la propia hipoteca no debían cancelarse, pues en otro caso se daría una indefensión del demandante, prohibida por el artículo 24 de la CE. También se desconocería la jurisprudencia del Tribunal Constitucional cuando enjuició la corrección del procedimiento judicial sumario. Por tanto, la interpretación habría de ser favorable a no cancelar tales anotaciones de demanda de nulidad.

Añade que, consecuentemente, con la redacción actual del artículo 131 de la LH, el argumento defensivo del Tribunal Constitucional queda bastante debilitado. Y es que el deudor puede perder la posibilidad de recuperar la finca hipotecada. A su vez, al rematante, para quedar inmune, le basta con consultar en la Secretaría del Juzgado la certificación de cargas que se haya emitido. Opina nuestro autor que pudo haberse seguido otro sistema más riguroso para esos adquirentes.

III. LOS ARGUMENTOS ESGRIMIDOS POR BERNAL QUIRÓS

1. Para apoyar su opinión de que las anotaciones de demanda de nulidad de la hipoteca que habrían de cancelarse al pronunciarse la adjudicación de la finca serían todas, incluso las anteriores a la nota de expedición de la certificación de cargas, invoca diversos argumentos.

Uno de ellos es que el juez que entiende de la ejecución hipotecaria puede conocer el contenido de esa demanda de nulidad y por tanto le cabe valorarla y acordar esa cancelación.

Ante ello hemos de decir, en primer lugar, que ese posible conocimiento no puede llevar a acordar una medida que no tiene respaldo legal, puesto que el artículo 131 se refiere expresamente a las de fecha posterior a la nota marginal. Además el estar ante una anotación preventiva no puede proporcionar, por la propia naturaleza de ésta, un conocimiento del litigio a que sirve de apoyo, y mucho menos de la solución final que a éste haya de darse una vez ultimado por todos sus trámites. Sin olvidar que, conforme al artículo 698 de la LEC, la competencia para conocer de ese proceso de nulidad se determinará por las reglas ordinarias, por lo que muy bien puede entender de él otro juez distinto del de la ejecución.

2. Alega, en segundo lugar, que si el juzgado decreta la cancelación de esa anotación preventiva de demanda de nulidad, aún siendo anterior a la nota marginal, el Registrador debe acatar tal orden y no discutirla.

Frente a ello cabe decir que no es claro que el órgano judicial decrete tal cancelación, ya que la Ley lo establece claramente para las posteriores, no para las anteriores. Y además, que el Registrador, en el ejercicio independiente de su función pública, a lo que está vinculado es a la Ley. De ser de otra forma, sobraba la calificación frente a los mandamientos judiciales y los numerosos casos en que éstos no se inscriben. Otra cosa es que, tras decidir la Dirección General sobre esa denegación del Registrador, la última palabra corresponda a los tribunales de justicia; pero la última no es la primera o única.

3. El tercer argumento radica en que, como el artículo 698 de la LEC busca para protección del deudor la medida de retención del importe, ello implica que la Ley entre las dos medidas cautelares (la otra es la anotación de demanda) ha optado por aquélla; por tanto no debe admitirse tal anotación.

Ahora bien, el que el 698 regule una medida de garantía, que por cierto como cautelar también sería aplicable en el proceso de ejecución ordinaria, no quiere decir que no sea admisible la otra. Tan es así que la propia Ley Hipotecaria se refiere expresamente a aquella anotación en el artículo 131. Las dos son compatibles y garantizan cosas distintas, como bien apuntaba FERNÁNDEZ BALLESTEROS.

Además, el pedir esa retención es algo potestativo. Así, el 698 LEC, en el apartado 2 prevé que aquélla podrá solicitarse al tiempo de formular la reclamación a que se refiere el apartado anterior (la del proceso declarativo) o durante el curso del juicio a que diere lugar. Pero en ningún lado se prescribe que el que pida tal retención no pueda recabar la anotación preventiva de la demanda de nulidad, que es otra medida cautelar prevista expresamente en la LEC.

Es más, como también la prevé el artículo 131 de la LH, en realidad el argumento del que tratamos más bien lo que habría de implicar es que la anotación, aunque se hubiera acordado, se debería cancelar en todo caso al prosperar la ejecución. Pero esto es ya otra argumentación.

4. Se invoca, en cuarto lugar, una consideración de tipo práctico. Esto es, que si la anotación de demanda de nulidad no se cancelara en todo caso, y fuera cual fuera su fecha, a las subastas del inmueble nadie acudiría ante el temor de que todo el procedimiento quedara después anulado.

Ante ello cabe decir que el que conste anotada en el Registro la demanda de nulidad de la hipoteca, más bien lo que supone es una perfecta información para que los terceros puedan acudir a esa subasta con todo conocimiento de causa y tras poder valorar las consecuencias futuras.

Si se exagera el temor de una eventual nulidad habría que suprimir todas las anotaciones de demanda, pues éstas por definición tratan de reflejar en el Registro el posible conflicto y la potencial causa de resolución. Es más, por el mismo motivo habría que eliminar la posible hipotecabilidad de derechos resolubles, porque efectivamente sobre la garantía en ese caso pesaría esa potencial resolución. Pero no ese esto lo que ha decidido nuestro ordenamiento.

5. Para conocer el quinto argumento es necesario trasladar el texto del artículo 134 de la LH. «El testimonio del auto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas, determinarán la inscripción de la finca o derecho a favor del adjudicatario y la cancelación de la hipoteca que motivó la ejecución, así como la de todas las cargas, gravámenes e inscripciones de terceros poseedores que sean posteriores a ella, sin excepción, incluso las que se hubieran verificado con posterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas en el correspondiente procedimiento.

Tan sólo subsistirán las declaraciones de obras nuevas y divisiones horizontales posteriores, cuando de la inscripción de la hipoteca resulte que ésta se extiende por ley o por pacto a las nuevas edificaciones».

Según BERNAL QUIRÓS, a la regla general de cancelación del párrafo 1 transcrito hay una excepción en el párrafo 2; y el artículo 131, sobre la anotación de demanda de nulidad, vendría a ser otra excepción a la norma general, por lo que habría que interpretarla restrictivamente. Por tanto, esa anotación debería cancelarse en todo caso.

Hay que decir que la regla general del artículo 134 tiene una excepción en el propio artículo para esos actos que afectan físicamente al inmueble. En cambio, el artículo 131 es otra norma distinta que regula una cuestión diferente, cual es la de las anotaciones de demanda de nulidad. Y este precepto ha de recibir su propia interpretación, pues en él no hay propiamente un criterio general y una excepción, sino más bien el trato diferenciado de cosas distintas. Y es que el momento o fecha de una registración es algo de bastante trascendencia.

De otro lado, el ver el artículo 131 como si dispusiera la cancelación de todas esas anotaciones, no implica ya una interpretación del precepto, sino prácticamente su derogación, al hacerle decir cosa que evidentemente no proclama.

Es más, ese artículo 131 se dedica a lo que más que carga o gravamen es la constancia de una nulidad total (al igual que las anotaciones de demanda suponen discutir la titularidad y no un gravamen). Por ello, aunque la LEC hable de cancelación de todas las inscripciones o anotaciones, el artículo 134 LH se refiere a cargas, gravámenes o inscripciones de terceros poseedores, conceptos que no son propiamente el de quien reclama la nulidad. Para esto hay que acudir al 131.

Finalmente, el que la anotación de demanda de nulidad pueda cancelarse, si es posterior a la expedición de la certificación de cargas, sin que haya recaído sentencia en el proceso para cuya garantía se tomó, sí que constituye una verdadera excepción al régimen normal de esa anotación, la cual habría de interpretarse de forma restrictiva.

6. El sexto argumento de BERNAL QUIRÓS es que en el proceso ordinario de ejecución, la anotación de demanda de nulidad se cancelaría en todos los casos, con independencia de su fecha; y al ser ello más beneficioso para

los ejecutantes, se daría una huida desde el proceso especial de ejecución hipotecaria hacia aquel general de ejecución, lo que no es razonable.

Se basa esa argumentación en el presupuesto de que el artículo 131 sólo es aplicable al proceso hipotecario de ejecución y no al ordinario, donde, por el juego de la regla general del artículo 134 ya visto, la cancelación sería total.

Pero ese deslinde en nuestra LH entre normas aplicables sólo a un supuesto y no a otros no está en el texto legal. Y así el 131 puede tener encaje en una y otra vía de ejecución, pues en ambas hay certificación de cargas, adjudicación y mandamiento de cancelación de aquéllas.

Buena prueba de ello es el artículo 135 LH. «El Registrador deberá comunicar al juez ante quien se sustancie un procedimiento ejecutivo, incluso cuando recaiga directamente sobre bienes hipotecados, la extensión de ulteriores asientos que puedan afectar a la ejecución». Y tan aplicable es la norma a la forma ordinaria de ejecución, que es el otro supuesto el que ha merecido una mención expresa del texto (incluso cuando...).

Es más, el propio autor que seguimos, que aborda en su trabajo los dos procedimientos de ejecución, en la página 439 expresa que el artículo 134 de la LH es también aplicable en la ejecución ordinaria. Con ese no deslinde dentro de la LH se nos viene a la memoria el artículo 133 de la misma, cuando establecía que lo dispuesto en el 131 sobre subsistencia de los gravámenes anteriores era aplicable no sólo en caso de que el crédito fuera hipotecario, sino cuando se ejercite cualquier acción que produzca la venta de bienes inmuebles.

Y lo mismo se diga de la LEC, pues normas del proceso de apremio en general son aplicables al caso en que se persigan bienes hipotecados. El artículo 656 sobre la certificación de dominio y cargas, regulada en la parte general, es la mejor prueba de esto que decimos.

7. El último argumento en pro de la cancelación de todas las anotaciones de demanda de nulidad radica en que, frente al artículo 131 de la LH, que distingue según las fechas, el 134 antes transcrito prescribe la cancelación sin excepción de todos los gravámenes, y asimismo los artículos 674 y 692 de la LEC, relativos el primero al procedimiento de ejecución en general, y el segundo al que se da frente a los bienes hipotecados, mandan la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones. BERNAL QUIRÓS mantiene que hay que dar preferencia en esa antinomia a los tres artículos coincidentes y no al 131.

Frente a ello hay que manifestar, en primer lugar, que mientras que esos tres preceptos hablan de cargas y gravámenes, el 131 LH es el único que se refiere a la anotación preventiva de demanda de nulidad, que es algo distinto. Es éste pues el precepto específico que regula esa materia, y, como tal, de aplicación preferente respecto de los más generales que no se ocupan de esa figura procesal.

De otro lado, al prescribir la cancelación de la anotación de demanda ese artículo 131 «siempre que» sean posteriores a la nota marginal de haberse

expedido la certificación de cargas, es claro que emplea esa locución condicional como equivalente a «si». Por tanto, si no se cumple la condición y la anotación no es posterior, no se podrá cancelar la misma.

Aparte de ser la norma más específica, el artículo 131 es un precepto conscientemente redactado en ese sentido. Lo acredita el que desde el anteproyecto de la LEC, la redacción que tenía el artículo era muy diferente. Decía así: «Una vez que se ha hecho constar en el Registro la iniciación del procedimiento a través de la nota marginal de expedición de certificación de cargas, no se podrá tomar anotación de demanda de nulidad de la propia hipoteca, salvo que se base en alguno de los supuestos que puedan suponer la suspensión de la ejecución».

Ese precepto, que era sumamente perjudicial para el deudor hipotecario, fue modificado a su paso por el Senado, hasta recibir la redacción que hoy tiene, donde no se prohíbe nunca la anotación de nulidad y sólo se decreta el cancelarla cuando fuera posterior a la nota marginal. Así podía decir DÍAZ FRAILE en el comentario citado que hoy esa anotación puede practicarse aún después de iniciado el procedimiento.

En todo caso, ante un precepto específico e introducido tras oportuna reflexión, no cabe decir que deba prescindirse de él por antinómico con otros. Máxime cuando todos ellos se aprobaron al mismo tiempo y en idéntico cuerpo legal (la nueva LEC). En el legislador, y más en ese caso, no deben presumirse errores, contradicciones o superfluidades, a menos que consten de forma irrefutable.

IV. OTRAS DEFENSAS DEL ARTÍCULO 131

En el propio trabajo de BERNAL QUIRÓS que venimos siguiendo, se introducen afirmaciones de interés: así cuando manifiesta que la finalidad que persigue la anotación preventiva de demanda de nulidad es la misma, bien se tome ella antes o después de la nota marginal; y también al afirmar que el tercero pudo conocer la existencia de esa anotación, aunque fuera posterior, entre otras razones por lo que prescribe el artículo 135 de la Ley Hipotecaria. Con razón indicaba DÍAZ FRAILE que pudo haberse escogido otro sistema que fuera más exigente para ese adjudicatario.

Pues bien, todas estas afirmaciones más bien podrían inclinar a la solución de no cancelar la anotación de demanda de nulidad en ningún caso, pero no a lo contrario, esto es, a erradicarlas todas, aún las muy anteriores a la nota marginal.

Queda también en pie la argumentación de DÍAZ FRAILE cuando hacía referencia a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la legalidad del proceso especial de ejecución hipotecaria. Si éste se salvaba por la posibilidad que

quedaba de acudir al juicio declarativo, esa defensa casi desaparecería cuando en este proceso no se permitiera o fuera totalmente ineficaz la anotación preventiva de demanda: porque sin esa medida cautelar operante la eficacia del juicio ordinario (que era la última salvación) quedaba en entredicho.

También apuntábamos antes que el cancelar en todo caso aquella anotación era algo radicalmente contrario a la finalidad institucional de ésta. Pues con esa garantía se busca que la sentencia que en su día recaiga sea igualmente operativa que lo hubiera sido cuando se tomó la anotación; ya que ésta le reserva el rango a la resolución. Si ello no ocurre y tal anotación se cancela, sea cual fuera su fecha, se habría quebrantado la finalidad de la misma, con una grave indefensión del anotante y una clara pérdida de efectividad de las sentencias judiciales. Más adelante volveremos sobre esto.

V. ÚLTIMAS CONSIDERACIONES

1. Con referencia al procedimiento ordinario de ejecución, ya se dijo que no era lógico que en él se cancelaran todas las anotaciones de demanda de nulidad. Si en ese proceso el rigor ejecutivo es menor y las posibilidades de defensa del deudor mayores, más bien lo que cabría sostener es que la anotación de demanda de nulidad que se tomara en el juicio declarativo no se cancelara en ningún caso, aunque fuera posterior a la nota marginal.

Pero también es verdad que, en congruencia con lo que expusimos en el apartado III, sobre que las normas de la LH no discriminaban rígidamente en cuanto a ser aplicables o no a los dos procedimientos de ejecución de inmuebles, más bien puede mantenerse que lo prescrito en el artículo 131 de la LH se aplique también a esa ejecución ordinaria.

Así es básicamente por ser el 131 norma general que tiene también encaje en esa ejecución ordinaria. En último extremo habría de aplicarse por analogía, pues el supuesto a regular es exactamente el mismo en los dos tipos de procedimiento ejecutivo. Al menos esto es lo que creemos puede mantenerse en tanto no haya un pronunciamiento expreso del TS o del Tribunal Constitucional.

2. En segundo lugar cabe decir que la solución del artículo 131 ya comporta una restricción en la eficacia normal de la anotación preventiva de demanda. Porque si ésta se toma después de la nota marginal de haberse expedido la certificación, ya no reserva prioridad a la sentencia que pueda recaer sobre aquella demanda.

Tendríamos así una excepción al principio de prioridad, que en este caso se daría para esa anotación de demanda; porque la reserva de rango se produciría sólo si se anota antes de expedirse la certificación de cargas. Este supuesto vendría a unirse a otro de distinta anotación, cual es la de embargo, en que

también hay excepción a la prioridad, puesto que sobre esta última anotación tienen preferencia los créditos anteriores, aunque no estuvieran reflejados en el Registro.

La excepción de prioridad que se da en la anotación de demanda de nulidad produce una merma de garantías en el anotante, pero se ha introducido, y conscientemente, en pro del desarrollo fluido de la ejecución de inmuebles. Queda campo para que la crítica doctrinal pueda manifestarse libremente sobre esta reciente especialidad.

3. Cabe el supuesto en que la anotación preventiva de nulidad de la hipoteca se haya tomado en el Registro cuando el crédito hipotecario cuestionado hubiera sido transferido a tercero. Entonces lo normal es que ese adquirente de la hipoteca esté protegido por la fe pública del artículo 34 de la LH, y que la demanda entablada se estrelle ante ese tercero hipotecario.

Por tanto, aunque se hubiera tomado la anotación preventiva de demanda, aún antes de la nota marginal, lo normal es que al recaer la sentencia desestimatoria de la nulidad, la anotación sea cancelada, sin haber tenido utilidad. Habría que exceptuar el caso en que el adquirente de la hipoteca impugnada hubiera procedido de mala fe.

4. Finalmente, planteamos el caso de que, habiéndose tomado la anotación de demanda de nulidad después de expedida la certificación de cargas, el adquirente en el proceso de ejecución hipotecaria fuera el propio acreedor que se adjudica el inmueble. ¿También, en este caso, habría de cancelarse la anotación?

Con una interpretación literal del artículo 131 desde luego que sí, porque esa anotación es posterior a la nota marginal. Pero una visión institucional del problema tal vez permitiera otra solución: recordemos por última vez a DÍAZ FRAILE cuando, al recoger que el demandante podía perder la posibilidad de recuperar la finca, dejaba una duda en el caso de que fuera el acreedor hipotecario el que se adjudicara la finca. Y es que en ese supuesto concreto no hay terceros, sino las dos partes enfrentadas en el pleito de nulidad, de las que el acreedor se queda con la finca.

Decía con carácter general el autor últimamente citado que de no cancelarse la anotación, el que ha acudido a la subasta confiando en el estado de cargas que manifiesta el Registro, vería burlados sus derechos, padeciendo así la seguridad jurídica. Mas esto, que se predica para los terceros, no puede valer para el acreedor hipotecario, pues él mismo es el demandado en ese pleito de nulidad de la hipoteca, y conoce perfectamente todas las circunstancias de aquél aún cuando de ellas no hubiera constancia por la anotación. En ese extremo no podrá invocar una protección de fe pública.

Por tanto, si en este caso se diera prevalencia a lo que es la finalidad institucional de la anotación de demanda, podría no cancelarse la anotación de nulidad, y esperar a la decisión del pleito entablado entre esas mismas partes.

En todo caso, si esa fuera la postura registral, sobre ella podrían pronunciarse primero el Centro Directivo y en última instancia los tribunales de justicia.

RESUMEN

**ANOTACIÓN PREVENTIVA
DE DEMANDA
NOTA MARGINAL, CERTIFICACIÓN
DE CARGAS**

Se examina en el trabajo el artículo 131 de la LH, que prevé la cancelación de las anotaciones de demanda de nulidad de la hipoteca cuando sean posteriores a la nota marginal de haberse expedido la certificación de cargas en el proceso de ejecución. Frente a alguna opinión en contrario, se mantiene que cuando aquella anotación sea anterior a la nota marginal indicada, no procede su cancelación cuando el procedimiento ejecutivo acabe con la adjudicación o remate. Es más, incluso se sugiere que en algún caso esa anotación de demanda de nulidad no se cancele aunque fuera de fecha posterior a la nota marginal de expedición de la certificación.

ABSTRACT

**CAVEAT OF CLAIM
MARGINAL NOTE CERTIFICATION
OF LIENS**

The paper examines article 131 of the Spanish Mortgage Act, which calls for the cancellation of caveats of claims of mortgage nullity when they postdate the marginal note recording issuance of lien certification in the foreclosure process. Against some opinions to the contrary, it is maintained that, when such a caveat predates the marginal note in question, it should not be cancelled when the foreclosure procedure ends with the award or successful auction of the property. Moreover, it is even suggested that in some cases the caveat of claim of nullity should not be cancelled even if it postdates the marginal note of issuance of certification.

*(Trabajo recibido el 14-10-09 y aceptado
para su publicación el 8-2-2011)*

DICTÁMENES Y NOTAS

La posición jurídica de los extranjeros a la luz del texto constitucional de la nueva Ley 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley de Extranjería y de la normativa de desarrollo (1)

por
ROSANA PÉREZ GURREA
Abogado

SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO.
- II. FUENTES REGULADORAS DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LOS EXTRANJEROS.
- III. POSICIÓN JURÍDICA DE LOS EXTRANJEROS:
 - 1. EXTRANJEROS COMUNITARIOS.
 - 2. EXTRANJEROS NO COMUNITARIOS.
- IV. CONCLUSIONES.

(1) Me gustaría agradecerle al profesor Doctor don Juan Manuel GOIG MARTÍNEZ, Profesor Titular de Derecho Constitucional de la UNED, sus interesantes aportaciones y sugerencias que me han resultado de gran utilidad en la redacción de este artículo.

I. PLANTEAMIENTO

Por titularidad entendemos la cualidad que le confiere a la persona el hecho de ser sujeto de un derecho subjetivo o la relación entre un sujeto y el derecho que ostenta.

La CE utiliza diferente terminología para referirse a los titulares de los derechos fundamentales, «españoles», «todos», «todas las personas», «ciudadanos», y en otros casos utiliza construcciones impersonales «se reconoce el derecho...».

Todas estas formulaciones han de integrarse con el artículo 13 de la CE para determinar la titularidad de los derechos fundamentales de los extranjeros (2).

En principio la nacionalidad hace referencia al vínculo que existe entre los miembros de una comunidad política y el Estado al que pertenecen. La nacionalidad se traduce en la condición de ciudadano, que permite disfrutar del conjunto de derechos constitucional y legalmente establecidos y ejercerlos en condiciones de igualdad.

Los autores suelen dar un concepto negativo de extranjero, entendiendo por tal toda persona que no ostenta la nacionalidad española. En general, DE CASTRO considera extranjeros a los extraños a la comunidad nacional, es decir, al no nacional o no español.

La condición jurídica de los extranjeros ante las leyes de otro país ha sido muy distinta según las épocas, pero ahora en las legislaciones modernas, se registran tres sistemas, aunque como dice MIAJA DE LA MUELA, no los encontramos puramente en ningún ordenamiento, dadas las excepciones existentes, por razón de orden público, defensa nacional, economía, etc... Son los siguientes:

1. El criterio de reciprocidad diplomática, que subordina el reconocimiento de la personalidad jurídica del extranjero a lo establecido en los Tratados en vigor con el Estado a que pertenezca.
2. El de reciprocidad diplomática, que subordina dicho reconocimiento al que se tenga en la legislación del otro Estado.
3. Y el de igualdad que concede, sin subordinación de reciprocidad, al extranjero iguales derechos que al nacional.

(2) BORRAJO INIESTA, I., «El estatus constitucional de los extranjeros», en *Estudios sobre la CE. Homenaje al profesor García de Enterría*, tomo II, editorial Civitas, Madrid, 1991, pág. 766: «La fuerza integradora de la CE se hace sentir con una especial intensidad en el estatus jurídico de los extranjeros que, en virtud de su residencia en España, se incorporan de manera más o menos estable al ordenamiento nacional. Disfrutan de un elevado número de derechos fundamentales, todos los no reservados a los nacionales y el contenido de los mismos es en gran medida idéntico al de los españoles, el legislador sólo puede modular su ejercicio, no negar su titularidad y sólo en sus aspectos no esenciales».

En relación a la nacionalidad, el artículo 11 de la CE se remite a la regulación por ley, señalando que ningún español de origen podrá ser privado de ella y admitiendo los supuestos de doble nacionalidad en virtud de tratados que se firmen con países iberoamericanos o con aquellos que hayan tenido una particular relación con España.

La condición de los extranjeros en España se encuentra regulada en el Código Civil, concretamente en el Título I del Libro I, en los artículos 17 a 28, pero se limita prácticamente a regular la nacionalidad.

Como señala Juan Manuel GOIG: «El derecho de extranjería abarcaría una serie de disposiciones relativas a la entrada, permanencia, trabajo y régimen de salida de los extranjeros, así como los derechos y libertades de que puedan ser titulares y las obligaciones que les puedan corresponder en relación con el Estado en que se encuentran» (3).

II. FUENTES REGULADORAS DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LOS EXTRANJEROS

El régimen jurídico de los extranjeros en España se establece en la Constitución, en Tratados Internacionales, en la jurisprudencia del TC y en Leyes Orgánicas.

1. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Como precepto clave en la materia destacamos el artículo 13.1: «Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley». Los extranjeros son titulares, en principio, de todos los derechos fundamentales relacionados en el Título I de nuestra Constitución, si bien el mismo artículo añade una reserva al decir que ello tendrá lugar «en los términos que establezcan los tratados y la ley».

El artículo 13.2 tipifica: «Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o por ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales».

Aún cuando este artículo constituye un elemento importante de interpretación, no es el único que debemos tener en cuenta a la hora de fijar el alcance de los derechos y libertades de los extranjeros en España.

(3) GOIG MARTÍNEZ, J. M., *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, coordinado por Santiago SÁNCHEZ GÓNZALEZ, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 486.

Así también debemos de aludir al artículo 10.1 que dice: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son el fundamento del orden político y de la paz social». Esta norma recoge la idea de unos derechos inherentes a la persona en los que no cabe distinguir entre nacionales y extranjeros.

El TC en sentencia 53/1985, FJ 5.º, señala que el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el artículo 10 de la CE, constituye el germen de unos derechos que le son inherentes al ser humano y desde el punto de vista constitucional es considerado como el punto de arranque de la existencia y especificación de los demás derechos.

También es importante el apartado 2 del artículo 10, según el cual: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

En la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes se encuentran también las notas que caracterizan el Estado social y democrático de derecho. Los derechos derivan, a su vez, de los valores que el artículo 1 de la CE define como superiores del ordenamiento jurídico: libertad, justicia, igualdad y pluralismo político.

El artículo 53 de la CE señala que los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Toda limitación de un derecho o de una libertad reconocida constitucionalmente, deberá hacerse sólo por ley, que deberá respetar el contenido esencial del derecho y deberá estar motivada y justificada y ser proporcional al fin perseguido.

2. LOS TRATADOS INTERNACIONALES

La segunda fuente que tipifica la posición jurídica de los extranjeros son los Tratados Internacionales relativos a los derechos humanos. Es importante destacar la STC 36/1991 en su FJ 5.º: «Esta norma (el art. 10.2 de la CE) se limita a establecer una conexión entre nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades, de un lado, y los convenios y tratados internacionales sobre las mismas materias en los que España sea parte, de otro. No da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de esta de acuerdo con el contenido de dichos tratados o convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucional-

mente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del Título I de nuestra Constitución».

3. LA JURISPRUDENCIA DEL TC

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional lo califica como «intérprete supremo de la Constitución». Tienen gran importancia las SSTC 107/1984, recaída en un recurso de amparo, y la 115/1987, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto sobre diversos artículos de la LO 7/1985, relativos a los derechos de los extranjeros.

Por medio de estas sentencias el TC ha realizado aportaciones importantes al estatus constitucional de los extranjeros, así debemos destacar la STC 236/2007, de 7 de noviembre, la cual da respuesta a las impugnaciones que se habían planteado contra la LO 8/2000 en relación con el régimen jurídico de los derechos de los extranjeros en situación irregular con relación a los cuales señala que «el incumplimiento de los requisitos de estancia o residencia en España por parte de los extranjeros no permite al legislador privarles de los derechos que les corresponden constitucionalmente en su condición de persona, con independencia de su situación administrativa. El incumplimiento de aquellos requisitos legales impide a los extranjeros el ejercicio de determinados derechos o contenidos de los mismos que por su propia naturaleza son incompatibles con la situación de irregularidad, pero no por ello los extranjeros que carecen de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España están desposeídos de cualquier derecho mientras se hallen en dicha situación en España» (FJ 4.º).

Así, proyectando su doctrina general, considera que los extranjeros ilegales no pueden ser privados de los derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, de los que vengán reconocidos a los extranjeros directamente por la Constitución, debiendo respetarse el contenido preceptivo del derecho y el contenido delimitado por la Constitución y por los Tratados Internacionales. Debe tenerse en cuenta que las condiciones de ejercicio establecidas por la Ley deberán dirigirse a preservar otros derechos constitucionalmente protegidos guardando la proporcionalidad adecuada con la finalidad perseguida.

4. LAS LEYES Y NORMATIVA DE DESARROLLO

El desarrollo del artículo 13 de la CE se encuentra en la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por LO 8/2000, de 22 de diciembre, por LO 11/

2003, de 29 de septiembre, por LO 14/2003, de 20 de noviembre y, finalmente, por LO 2/2009, de 11 de diciembre.

La reforma de 2009 viene motivada por: la evolución del fenómeno migratorio, la adaptación de la Ley a varias sentencias del TC, la necesidad de introducir en el Derecho español el contenido de diversas Directivas Comunitarias sobre inmigración y por el surgimiento de competencias en determinadas Comunidades Autónomas.

Los objetivos que se persiguen con esta reforma son:

1. Establecer un marco de derechos y libertades de los extranjeros que garantice a todos el ejercicio pleno de los derechos fundamentales.
2. Perfeccionar el sistema de canalización legal y ordenada de los flujos migratorios laborales, reforzando la vinculación de la capacidad de acogida de trabajadores inmigrantes a las necesidades del mercado de trabajo.
3. Aumentar la eficacia de la lucha contra la inmigración irregular.
4. Reforzar la integración como uno de los ejes centrales de la política de inmigración, apostando por lograr un marco de convivencia de identidades y culturas.
5. Adaptar la normativa a las competencias de ejecución laboral previstas en los Estatutos de Autonomía que inciden en el régimen de autorización inicial de trabajo y a las competencias estatutarias en materia de acogida e integración. Se fija un marco regulador.
6. Reforzar e institucionalizar el diálogo con las organizaciones de inmigrantes y otras.

En cuanto al concepto de residencia o residente, hemos de precisar que estos términos deben entenderse referidos a una situación de estancia o residencia legal, esto es, conforme a los requisitos que se establecen y que por tanto habilitan a la permanencia del extranjero en nuestro país en cualquiera de las situaciones reguladas. Cuando se omite la alusión a la situación de estancia o residencia, como sucede para el ejercicio de los derechos fundamentales, es precisamente porque dicha situación no debe exigirse.

El artículo 1 de la Ley de Extranjería, en sus párrafos 1 y 2 dice: «Se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española. Lo dispuesto en esta Ley se entenderá, en todo caso, sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales y en los Tratados Internacionales en los que España sea parte».

Se introducen con carácter *ex novo* un nuevo artículo 2 bis en el que se define la política migratoria, se establecen los principios y ejes de actuación de la misma y se indica su marco competencial, y un nuevo artículo 2.ter, que ordena los principios y actuaciones en materia de integración de los inmigrantes.

Complementa la regulación de esta materia el Reglamento de Extranjería aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, y modificado por Real Decreto 1162/2009, de 10 de julio, que tiene como finalidad adaptar la regulación de los procedimientos de autorización inicial de residencia y trabajo al traspaso a las CCAA de competencias ejecutivas en materia de autorización inicial de trabajo de los extranjeros.

Como en el ordenamiento jurídico español en materia de extranjería e inmigración la concesión a un extranjero de la posibilidad de trabajar se vincula a la posibilidad de que dicho extranjero sea residente en España, a partir de ahora podrán concurrir en el correspondiente procedimiento administrativo dos Administraciones Públicas cuyas actuaciones se tratan de coordinar:

Una, la autoridad laboral autonómica que resolverá sobre la concesión de la posibilidad de trabajar, por cuenta ajena o por cuenta propia, al amparo de la autorización de residencia y trabajo solicitada.

Otra, la autoridad estatal competente en materia de residencia de extranjeros, que resolverá sobre la posibilidad de que el extranjero resida en España, al amparo de dicha solicitud de autorización de residencia y trabajo.

También se introducen cambios en la renovación y modificación de autorizaciones de residencia y trabajo, realizándose una regulación más diferenciada.

El empresario que pretenda contratar a un trabajador extranjero sólo deberá presentar una única solicitud de autorización de residencia y trabajo y lo hará ante una única Administración a través del órgano que sea competente para su tramitación.

Asimismo, los interesados recibirán una única resolución en respuesta a su solicitud de autorización de residencia y trabajo, en la que se contendrán los procedimientos concretos de cada una de las Administraciones Públicas.

III. POSICIÓN JURÍDICA DE LOS EXTRANJEROS

Para examinar esta materia tenemos que distinguir dos grupos:

1. El de los extranjeros comunitarios.
2. El de los extranjeros no comunitarios.

1. EXTRANJEROS COMUNITARIOS

Son comunitarios los nacionales de los países miembros de la Unión Europea, equiparando a estos además a los miembros de los Estados del Espacio Único Europeo, que son Noruega, Islandia, Liechtenstein y también los ciudadanos suizos.

Su régimen jurídico se encuentra en el artículo 1.3 de la Ley de Extranjería (modificado en el 2009) que dice: «Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario, se regirán por las normas que lo regulan, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables».

El Tratado de Roma ya preveía la abolición entre los Estados miembros de los obstáculos que impidan la libre circulación de personas, iniciativa que fue ampliada por el Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992, que crea el concepto de la ciudadanía de la Unión Europea, de la que forman parte todos los nacionales de los Estados miembros y les atribuye ciertos derechos, algunos de ellos predicados tradicionalmente sólo de los nacionales:

- libertad de residencia y circulación,
- derecho de sufragio activo y pasivo en elecciones municipales,
- derecho de petición,
- derecho a protección diplomática de otro país de la UE.

Siempre que resulte de aplicación el Derecho comunitario entra en juego el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, por lo que en la práctica los ciudadanos europeos quedan asimilados a los españoles en el disfrute de los derechos fundamentales.

Los derechos de los ciudadanos comunitarios se han incluido posteriormente en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000, pasando del fracaso del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, al posterior reconocimiento de su valor jurídico vinculante y su regulación en el Tratado de Lisboa.

El Tratado de Lisboa modifica el Tratado de la UE y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea hecho en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, instrumento de ratificación de 26 de septiembre de 2008, publicado en el *BOE* el día 27 de noviembre de 2009 y que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009, interesando a estos efectos el artículo 6 (4).

Como manifestación de todo ello en nuestro ordenamiento, el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, regula las condiciones para el ejercicio de los derechos de entrada y salida, libre circulación y residencia en España

(4) Artículo 6: «1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enumerados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea... la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión, tal como se definen en los Tratados. 2. 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. 3. 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».

de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de los restantes Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, así como las limitaciones a los derechos anteriores por razones de orden público, seguridad pública o salud pública.

Se aplica también, cualquiera que sea su nacionalidad, a los familiares de dichos ciudadanos que sean cónyuge, pareja estable o ascendientes o descendientes directos de ambos. Estos familiares si pretenden permanecer o fijar su residencia en España, durante más de tres meses estarán obligados a solicitar un certificado de registro o una tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión.

La entrada en territorio español se efectuará con el pasaporte o documento de identidad válido y en vigor y en el que conste la nacionalidad del titular *ex* artículo 4.

El Real Decreto 240/2007 ha sido modificado por el Real Decreto 116/2009, de 10 de julio, la modificación afecta a los ciudadanos de la Unión Europea nacionales de un Estado miembro en cuyo territorio no se aplica el Convenio de Schengen, ya que a sus familiares nacionales de terceros países no se les permite la entrada en España por las autoridades del control de fronteras sin la obtención previa de un visado de entrada, a pesar de ser titulares de una tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión. En este sentido se modifica el artículo 4.2 con el nuevo contenido la posesión de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, expedida por cualquier Estado miembro de la Unión Europea o por otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, exime a estos familiares de la obligación de la obtención de visado de entrada.

En los supuestos en los que la permanencia, cualquiera que sea su finalidad, tenga una duración inferior a tres meses, será suficiente la posesión de pasaporte o documento de identidad en vigor, en virtud de la cual se haya efectuado la entrada en territorio español.

Si la residencia es superior a tres meses, los interesados están obligados a solicitar personalmente ante la Oficina de extranjeros de la provincia donde pretenden permanecer o fijar su residencia o en su defecto ante la Comisaría de policía correspondiente, su inscripción en el Registro Central de Extranjeros. Dicha solicitud deberá presentarse en el plazo de tres meses contados desde la fecha de entrada en España, siéndole expedido de forma inmediata un certificado de registro en el que constará el nombre, nacionalidad y domicilio de la persona registrada, su número de identidad de extranjero y la fecha de registro. Junto con la solicitud de inscripción deberá presentarse el pasaporte o DNI válido y en vigor del solicitante.

2. EXTRANJEROS NO COMUNITARIOS

El TC en sentencia 107/1984, de 23 de noviembre, ha formulado una clasificación de los derechos en función de la participación que en los mismos tienen los extranjeros. Distinguimos los siguientes grupos:

- A) Derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos.
- B) Derechos que no se reconocen a los extranjeros.
- C) Derechos que se reconocen en los términos que establezca la ley, son los «derechos de configuración legal», siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio.
- D) Derechos de asilo y de refugio.

Vamos a analizar cada uno de estos grupos:

- A) *Derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos*

La STC 107/1984 ha señalado que existen «derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano o ... que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al artículo 10.1 de la CE constituye el fundamento del orden político español. Derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc..., corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles».

El TC ha considerado dentro de esta categoría de derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros determinados derechos fundamentales: la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la CE), la libertad individual (art. 17) y la prohibición de discriminación del artículo 14. Así la STC 99/1985, de 30 de septiembre, declaró inconstitucional la Ley de asistencia jurídica gratuita que negaba este derecho a los extranjeros irregulares. La parte recurrida opuso un rechazo frontal al amparo de cualquier extranjero dando por supuesto que la Constitución sólo reconoce derechos fundamentales a los españoles. El Tribunal contestó que la Constitución es «obra de españoles», pero «no solo para los españoles» y procedió a otorgar el amparo.

Este criterio del TC se confirma en posteriores sentencias, como la 115/1987, de 7 de julio, y la 95/2003, de 22 de mayo.

B) *Derechos que no se reconocen a los extranjeros por estar vinculados a la pertenencia a la comunidad política*

Es el caso de los reconocidos en el artículo 13.2 de la CE, según el cual solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que atendiendo a criterios de reciprocidad pueda establecerse por tratado o por ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales.

Como sabemos este apartado fue modificado el 27 de agosto de 1992, añadiendo las palabras «y pasivo», permitiendo que los ciudadanos de otros países sean elegibles en las elecciones municipales. Se trata de una reforma introducida como consecuencia de la necesidad de ratificar el Tratado de Maastricht y exigida para ello por el TC en su declaración de 1 de julio de 1992.

C) *Derechos que se reconocen en los términos que establezca la ley, son los derechos «de configuración legal». El legislador no puede desconocerlos y debe respetar su contenido esencial, pero tiene un amplio margen de maniobra para regular su ejercicio y sujetarlo a límites, siempre justificados y para introducir un régimen de ejercicio diferente al de los españoles*

Estos derechos se hayan regulados en la LO 4/2000, modificada entre otras, por LO 2/2009, de 11 de diciembre. El régimen jurídico de los extranjeros se encuentra regulado en su Título II. Entre las reformas introducidas destacamos:

- el perfeccionamiento del estatuto de los residentes de larga duración;
- la lucha contra la inmigración irregular, con medidas como la creación de un registro para controlar las entradas y salidas;
- la vinculación de la llegada de nuevos inmigrantes a las necesidades del mercado de trabajo, definiéndose de modo más preciso el catálogo de ocupaciones de difícil cobertura, pudiendo limitarse las autorizaciones iniciales a una ocupación y ámbito territorial;
- la integración de los menores extranjeros no acompañados.

El TC ha afirmado que los derechos de los extranjeros son de configuración legal, pero que ello no supone una desconstitucionalización de los mismos. El alcance de la remisión a la ley fue abordado en la STC 115/1987, de 7 de julio, en cuyos FJ 2.º y 3.º la mayoría del Tribunal se inclina por una interpretación muy restrictiva del alcance de la cláusula que remite la regulación a la ley, de tal modo que la misma solo permite diferencias de trata-

miento en el ejercicio de determinados derechos, pero sin que se vea afectado el contenido esencial del derecho.

Para exponer su régimen jurídico vamos a analizar los siguientes puntos:

1. Situaciones en España

El extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad y de los documentos que se determinen reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios *ex* artículo 25. La Orden de 10 de mayo de 2007 desarrolla este artículo a efectos de acreditar medios de vida suficientes.

La LO 2/2009, de 11 de diciembre, añade un nuevo apartado 5 en el artículo 25 en los siguientes términos: «La entrada en territorio nacional de los extranjeros a los que no les sea de aplicación el régimen comunitario, podrá ser registrada por las autoridades españolas a los efectos de control de su periodo de permanencia legal en España, de conformidad con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal».

Los tipos de visado los regula el artículo 25 bis y se prevé su desarrollo reglamentario. Los extranjeros que se propongan entrar en territorio español deberán estar provistos de visado, válidamente expedido y en vigor, extendido en su pasaporte o documento de viaje o en su caso en documento aparte, salvo normativa europea o convenio internacional. Pueden ser: de tránsito, de estancia, de residencia, de residencia y trabajo, de residencia y trabajo de temporada, de estudios y de investigación.

Los extranjeros podrán encontrarse en España en las situaciones de estancia o residencia. Las diferentes situaciones de los extranjeros en España podrán acreditarse mediante pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, visado o tarjeta de identidad de extranjero, según corresponda.

Estancia es la permanencia en territorio español por un periodo de tiempo no superior a noventa días, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 33 para la admisión a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado (último inciso introducido en la modificación de 2009). Transcurrido dicho tiempo, para permanecer en España será preciso obtener o una prórroga de estancia o una autorización de residencia.

Son residentes los extranjeros que se encuentren en España y sean titulares de una autorización para residir. Los residentes podrán encontrarse en la situación de residencia temporal o de residencia de larga duración (modificación 2009).

La residencia temporal es la situación que autoriza a permanecer en España por un periodo superior a noventa días e inferior a cinco años. Los extranjeros con autorización de residencia temporal vendrán obligados a poner en conocimiento de las autoridades competentes los cambios de nacionalidad, estado civil y domicilio.

La residencia de larga duración es la situación que autoriza a residir y trabajar en España indefinidamente, en las mismas condiciones que los españoles.

2. Derechos reconocidos

La ley delimita una serie de derechos de los extranjeros, derechos que provienen no ya de un reconocimiento legislativo particular, sino de la aplicación de los Derechos Fundamentales, por lo que el artículo 3 de la Ley de Extranjería señala que los extranjeros gozarán en España, en igualdad de condiciones que los españoles, de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la CE y en sus leyes de desarrollo, en los términos establecidos en esta LO. Las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros serán interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas.

Las modificaciones que se introducen en el 2009 en el Título I perfilan lo que debe ser el marco de derechos y libertades de los extranjeros, junto a las correspondientes obligaciones.

Se reconocen los derechos fundamentales a los extranjeros cualquiera que sea su situación en España, así como el establecimiento de un sistema progresivo a los otros derechos basado en el refuerzo del estatus jurídico a medida que aumenta el periodo de residencia legal.

Otros derechos que encontramos reconocidos en la Ley son los que se regulan en los artículos 4 y siguientes:

- Derecho a la documentación. Los extranjeros que se encuentren en territorio español tienen el derecho y el deber de conservar la documentación que acredite su identidad, expedida por las autoridades competentes del país de origen o de procedencia, así como la que acredite su situación en España. El párrafo 2 de este artículo se modifica en el siguiente sentido: Todos los extranjeros a los que se haya expedido un visado o una autorización para permanecer en España por un periodo superior a seis meses, obtendrán la tarjeta de identidad de extranjero, que deberán solicitar personalmente en el plazo de un mes desde su entrada en España o desde que se conceda la autorización

respectivamente. Estarán exceptuados de dicha obligación los titulares de un visado de residencia y trabajo de temporada.

Reglamentariamente se desarrollarán los supuestos en que se podrá obtener dicha tarjeta de identidad cuando se haya concedido una autorización para permanecer en España por un periodo no superior a seis meses.

- Derecho a la libertad de circulación. Los extranjeros que se hallen en España de acuerdo con lo establecido en el Título II de esta Ley, tendrán derecho a circular libremente por el territorio español y a elegir su residencia sin más limitaciones que las establecidas con carácter general por los tratados y las leyes.
- Participación pública. Los extranjeros residentes en España podrán ser titulares del derecho de sufragio en las elecciones municipales, en los términos establecidos en la Constitución, en los tratados internacionales, en su caso y en la Ley.
- Libertades de reunión, manifestación y asociación, se modifican en el 2009 en el sentido de que los extranjeros tienen derecho de reunión y de asociación en las mismas condiciones que los españoles, desaparece en ambos la exigencia de que sólo podrán ser ejercidos cuando se obtenga autorización de estancia o residencia.
- Derecho a la educación. Los extranjeros menores de dieciséis años (antes eran dieciocho) tienen el derecho y el deber a la educación, que incluye el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria. Los extranjeros menores de dieciocho años también tienen derecho a la enseñanza postobligatoria.
- Derecho al trabajo y a la Seguridad Social. Los extranjeros residentes (novedad 2009) que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen, tienen derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como a acceder al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente. Los extranjeros podrán acceder al empleo público en los términos previstos en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.
- Libertad de sindicación y huelga. Los extranjeros tienen derecho a sindicarse libremente en las mismas condiciones que los trabajadores españoles.
Los extranjeros podrán ejercer el derecho de huelga en las mismas condiciones que los españoles.
- Derecho a la asistencia sanitaria, la tienen los extranjeros que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que tengan su domicilio habitual, los extranjeros menores de dieciocho años y las embarazadas hasta el parto, los demás en caso de urgencia.

- Derechos en materia de vivienda. Los extranjeros residentes tienen derecho a acceder a los sistemas públicos de ayudas en materia de vivienda en los términos que establezcan las leyes y las Administraciones competentes. En todo caso, los extranjeros residentes de larga duración tienen derecho a dichas ayudas en las mismas condiciones que los españoles.
- Derecho a la asistencia jurídica gratuita. Los extranjeros que se hallen en España tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan, en las mismas condiciones que los ciudadanos españoles.
- Derecho a la intimidad familiar. Los extranjeros residentes tienen derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar en la forma prevista en esta Ley Orgánica y de acuerdo con lo dispuesto en los Tratados Internacionales suscritos por España. Su manifestación más importante es el derecho a reagrupar con ellos a sus familiares, regulado en el artículo 17 y desarrollado en el Real Decreto de 30 de diciembre de 2004. Esta materia ha sido modificada por la LO 2/2009, de 11 de diciembre, el cambio fundamental que se introduce es que los beneficiarios de la reagrupación, en línea con lo que ocurre en la mayoría de los países de nuestro entorno, se acotan básicamente a los familiares que integran la familia nuclear, la novedad en este caso es que dentro de esta categoría de familiares se incluye a la pareja que tenga con el reagrupante una relación de afectividad análoga a la conyugal y que a estos reagrupados se les facilita el acceso inmediato al mercado de trabajo. En cambio, esta reforma lleva a que la reagrupación de los ascendientes se limite, como norma general a los mayores de sesenta y cinco años, previendo que puedan existir razones humanitarias que la permitan con una edad inferior.

D) Derecho de asilo y de refugio

Existe un derecho que, dada su naturaleza, tiene como únicos titulares a los no nacionales o como dice el artículo 13.4 de la CE a «los ciudadanos de otros países y los apátridas». Con relación a este derecho de asilo, la CE hace una amplia remisión al legislador: «La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España» (art. 13.4 CE).

Sobre la cuestión del derecho de asilo destacamos la STC 53/2002, de 27 de febrero: no estamos ante un derecho fundamental, sino ante un mandato al legislador.

El régimen jurídico se encuentra tipificado en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria que surge después de la última modificación por Ley 9/1994, de 19 de mayo, de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, que había quedado obsoleta debido a la existencia en la actualidad de una política europea de asilo, que arranca con el Tratado de Amsterdam de 1997 y que ha producido un extenso elenco de normas comunitarias que deben ser incorporadas al ordenamiento jurídico interno y entre las que destacan:

- La Directiva 2004/83/CE, del Consejo, de 29 de abril, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida.
- La Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre, sobre normas mínimas procedimentales.
- Y el Capítulo V de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre, sobre el derecho de reagrupación familiar relativo a los refugiados.

El objeto de esta Ley que desarrolla el artículo 13.4 de la CE es establecer los términos en que las personas nacionales de países no comunitarios y los apátridas podrán gozar en España de la protección internacional constituida por el derecho de asilo y la protección subsidiaria, así como el contenido de dicha protección internacional.

Concepto de derecho de asilo: es la protección dispensada a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado.

La condición de refugiado se reconoce a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él.

La protección subsidiaria representa una de las novedades de la Ley y se regula siguiendo las mismas pautas utilizadas con el derecho de asilo. El derecho a la protección subsidiaria es el dispensado a las personas de otros países y a los apátridas que, sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales se den motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen en el caso de los nacionales o, al de su anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir daños graves y que no pueden o, a causa de dicho riesgo, no quieren acogerse a la protección del país de que se trate.

El procedimiento regulado es único para los dos tipos de protección, mejorándose las garantías de los solicitantes. Se incorpora también un procedimiento especial y preferente de reagrupación familiar, configurado como una alternativa a la extensión familiar de derecho de asilo. También hay un procedimiento único para la revocación y el cese de la protección internacional.

Como derechos garantizados destacamos los siguientes: el fundamental es el de la no devolución ni expulsión, la autorización de residencia y trabajo permanente, la expedición de documentos de identidad y viaje, el acceso a la educación, a la asistencia sanitaria, a la vivienda, a la asistencia social y servicios sociales y a la seguridad social en las mismas condiciones que los españoles, la libertad de circulación y el mantenimiento de la unidad familiar.

IV. CONCLUSIONES

La posición jurídica de los extranjeros representa uno de los temas claves en la actualidad y en los últimos meses ha sido objeto de una nueva regulación que en mi opinión era totalmente necesaria para su adaptación a las necesidades actuales. Las reformas vienen tipificadas en la LO 2/2009, de 11 de diciembre, por la que se reforma la LO 4/2000, de 11 de enero, y que viene motivada por la evolución del fenómeno migratorio y la necesidad de adaptación a varias sentencias del TC y a las Directivas Comunitarias sobre inmigración.

Los objetivos que se pretenden conseguir es adaptarla a las transformaciones sociales que se han producido, ya que la presencia de extranjeros en nuestro país, su integración y el exceso de mano de obra en un momento de crisis como el actual ha motivado un fenómeno de regreso incentivado a los países de origen que demandaba una nueva regulación.

Se veía venir desde hace tiempo que el período de bonanza sobredimensionada iba a dejar paso a una situación como la actual, por tanto con esta modificación se pretende perfilar lo que debe ser el marco de derechos y libertades de los extranjeros junto a las obligaciones que les corresponden. Se reconocen los derechos fundamentales a los extranjeros cualquiera que sea su situación en España, así como el establecimiento de un sistema progresivo de acceso a otros derechos reforzando su estatus jurídico a medida que aumenta el período de residencia legal.

Se pretende luchar contra la inmigración irregular y se introducen medidas, a mi entender muy acertadas, como la creación de un registro para controlar las entradas y salidas, se pretende vincular la llegada de nuevos inmigrantes a las necesidades del mercado de trabajo, definiéndose de modo más preciso el catálogo de ocupaciones de difícil cobertura, pudiendo limitarse las autorizaciones iniciales a una determinada ocupación y ámbito territorial.

Las modificaciones también vienen determinadas por la LO 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria que entiendo que era totalmente necesaria para regular esta materia, ya que la Ley anterior era de hace catorce años y no se adaptaba, como no podía ser de otra manera, a las necesidades actuales, había quedado totalmente obsoleta ante la existencia de una política europea de asilo.

Las reformas introducidas en base a estas leyes considero que representan un perfeccionamiento en la regulación jurídica del estatus de los extranjeros que nuestra sociedad demandaba y el tiempo lo dirá si han resultado o no suficientes.

RESUMEN

EXTRANJERÍA DERECHO DE ASILO Y REFUGIO

En este trabajo pretendemos analizar un tema de gran actualidad como es la posición jurídica de los extranjeros en base a las reformas que han tenido lugar en los últimos meses y que eran necesarias para su adaptación a las necesidades actuales. Así analizamos la LO 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, entre cuyos objetivos se encuentran establecer un marco de derechos y libertades de los extranjeros que garantice el ejercicio pleno de los derechos fundamentales, perfeccionar el sistema de canalización legal de los flujos migratorios laborales y reforzar la integración apostando por lograr un marco de convivencia de identidades y culturas.

ABSTRACT

FOREIGNERS RIGHT OF ASYLUM AND REFUGE

In this paper I attempt to analyse a current issue which is the legal state of foreigners considering the reforms which have taken place throughout the past months, which I turn were necessary for the adaptation to current requirements. Therefore, I analyse LO 2/2009, of the 11th of December, which modifies LO 4/2000, within its objectives I find an establishment of the framework of foreigners' rights and free wills which guarantees the full practice of basic rights, improving the legal canalization of the laboral migration in-flows as well as reinforcing integration aiming at achieving an ambit of identity and cultural blending.

(Trabajo recibido el 15-8-2010 y aceptado para su publicación el 8-2-2011)

Mortgage Gate: Las incertidumbres sobre la ejecutabilidad de las hipotecas gestionadas por el Mortgage Electronic Registration System en Estados Unidos (1)

por

FERNANDO P. MÉNDEZ GONZÁLEZ

SUMARIO

1. PRESENTACIÓN.
2. REFERENCIA A LOS ACTORES QUE INTERVIENEN EN LA FINANCIACIÓN HIPOTECARIA EN ESTADOS UNIDOS:
 - 2.1. POR LO QUE RESPECTA AL MERCADO HIPOTECARIO.
 - 2.2. POR LO QUE RESPECTA A LAS FIGURAS EQUIVALENTES A LA HIPOTECA.
 - 2.3. POR LO QUE SE REFIERE A LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD.
3. LA CREACIÓN DEL *MORTGAGE ELECTRONIC REGISTRATION SYSTEM* —MERS—, UN INSTRUMENTO QUE SIMPLIFICA LAS CESIONES DE CRÉDITOS HIPOTECARIOS MEDIANTE LA ELUSIÓN DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD:
 - 3.1. PLANTEAMIENTO.
 - 3.2. ¿EN QUÉ CONSISTE EL INNOVADOR PROCESO DE SIMPLIFICACIÓN DE LAS CESIONES DE CRÉDITOS HIPOTECARIOS INTRODUCIDO POR EL *MORTGAGE ELECTRONIC REGISTRATION SYSTEM*?:
 - 3.2.1. *El proceso ortodoxo de cesión de créditos hipotecarios en Estados Unidos.*
 - 3.2.2. *La cesión de créditos hipotecarios a través del Mortgage Electronic Registration System.*

(1) Comunicación presentada en la reunión de la Asociación de Registradores Bienvenido Oliver —ARBO— el 30 de noviembre de 2010.

4. LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LAS PRÁCTICAS DEL *MORTGAGE ELECTRONIC REGISTRATION SYSTEM* EN RELACIÓN CON LA EJECUCIÓN DE HIPOTECAS EN GARANTÍA DE CRÉDITOS O PRÉSTAMOS:
 - 4.1. LA RUPTURA DE LA CADENA DE TÍTULOS.
 - 4.2. EL ESCÁNDALO DEL DENOMINADO *ROBOSIGNING*.
5. CONSECUENCIAS DE LAS IRREGULARIDADES OBSERVADAS EN LAS EJECUCIONES DE LAS HIPOTECAS GESTIONADAS POR EL *MORTGAGE ELECTRONIC REGISTRATION SYSTEM*:
 - 5.1. POR LO QUE SE REFIERE A LOS ACREEDORES HIPOTECARIOS QUE FORMAN PARTE DEL *MORTGAGE ELECTRONIC REGISTRATION SYSTEM*.
 - 5.2. POR LO QUE SE REFIERE A LOS DEUDORES HIPOTECARIOS.
 - 5.3. POR LO QUE SE REFIERE A LOS *LAND REGISTRIES*.
 - 5.4. POR LO QUE SE REFIERE A LOS INVERSORES EN *MORTGAGE BACKED SECURITIES (MBS)*.
6. REFLEXIONES FINALES:
 - 6.1. SOBRE LA REGULACIÓN DE LOS DERIVADOS FINANCIEROS. LAS EXIGENCIAS DE CLARIDAD Y SUSCEPTIBILIDAD DE CONOCIMIENTO PÚBLICO:
 - 6.1.1. *Planteamiento.*
 - 6.1.2. *La exigencia de tipicidad como característica diferencial de los derechos reales frente a los derechos personales.*
 - 6.1.3. *La incorporación de los derechos de crédito como método para dotarlos de efectos reales. La necesidad de claridad y de simplicidad de los derechos de crédito incorporados como exigencia correlativa a la de tipicidad de los derechos reales.*
 - 6.1.4. *La oscuridad y complejidad de los derechos de propiedad sobre la tierra en la Edad Media y de los derivados financieros en la actualidad. Su función.*
 - 6.1.5. *La superación de la ambigüedad. Estado de Derecho y Registro de derechos.*
 - 6.2. LAS RECIENTES REFORMAS HIPOTECARIAS EN ESPAÑA: UNA PELIGROSA TENDENCIA HACIA LA VOLATILIZACIÓN DE LA SEGURIDAD DEL MERCADO HIPOTECARIO:
 - 6.2.1. *La supresión de la nota marginal de afección de cada una de las hipotecas que sirven de cobertura a las emisiones de bonos hipotecarios.*
 - 6.2.2. *La norma contenida en el artículo 98.2 de la Ley 24/2001, modificado por la Ley 24/2005.*
 - 6.2.3. *La reforma del artículo 12 de la Ley Hipotecaria operada por la Ley 41/2007 en relación a la calificación de las cláusulas financieras de los préstamos y créditos hipotecarios.*
 - 6.2.4. *La supresión de los límites máximos de las comisiones por vencimiento anticipado en los procesos de subrogación hipotecaria de la Ley 2/1994.*

1. PRESENTACIÓN

Pocos recuerdan que una de las primeras decisiones de Ariel Sharon como primer ministro israelí fue la de quemar el Registro de la Propiedad de Pa-

lestina. De ese modo, ningún «ciudadano» palestino podría acreditar ni, por tanto, defender, sus derechos de propiedad sobre la tierra, ni sobre ningún inmueble, en caso de destrucción o de usurpación.

El mismo resultado, sin embargo, puede conseguirse de un modo menos violento. Simplemente, «olvidando» documentar adecuadamente la adquisición de los propios derechos. Todo irá bien hasta que alguien —normalmente un obligado por el derecho que se pretende ejercitar— exija que se acrediten los derechos que se pretenden ejercer. En ese mismo momento comenzarán los problemas para el presunto titular del derecho. En efecto, quien no tiene un derecho susceptible de ser probado de forma sumaria —para ello sirve la documentación—, tiene un derecho que no vale nada —lo que equivale a decir que no tiene ningún derecho— o que vale muy poco porque, o bien no se puede ejercitar, o bien resulta muy costoso su ejercicio.

Las ejecuciones hipotecarias masivas desencadenadas por la crisis inmobiliaria están evidenciando la posible existencia de un fenómeno semejante en Estados Unidos, la primera economía del mundo. Fenómeno cuya primera consecuencia se manifiesta en las dificultades para ejecutar préstamos hipotecarios presuntamente impagados. Su alcance está aún por determinar, aunque se cree que podría afectar a unos sesenta y cinco millones de hipotecas —la mitad de todas las vigentes en el país—, por lo que el fenómeno está generando una preocupación creciente.

Los procedimientos de ejecución hipotecaria —*foreclosure*— están evidenciando que las adquisiciones de hipotecas por parte de determinadas compañías —en su mayor parte bancos que han recibido ayudas federales para subsistir— no han respetado los procedimientos establecidos, lo que está impidiendo a las compañías adquirentes acreditar la titularidad de las hipotecas cuando los deudores lo solicitan en los procedimientos de ejecución. Como consecuencia, los jueces están empezando a paralizar las ejecuciones.

Los medios de comunicación se están haciendo un creciente eco de este —para algunos— sorprendente fenómeno. La denominación que parece que se está imponiendo para designarlo es la de *Mortgage Gate*.

En efecto, este es el nombre con el que comienza a conocerse en Estados Unidos al conjunto de problemas relacionados con las ejecuciones de las hipotecas gestionadas por el MERS —*Mortgage Electronic Registration System*—, por lo que, en realidad, debería denominarse *MERSgate*.

Sin embargo, la denominación que se está difundiendo con más éxito es la de *Mortgage Gate*, en recuerdo del tristemente famoso caso *Watergate* que, como es sabido, supuso la dimisión del presidente Richard Nixon. Insisto, sin embargo, en que la denominación más apropiada es la de *MERSgate*, dado que los problemas de ejecución afectan exclusivamente a las hipotecas gestionadas por el sistema MERS —aproximadamente la mitad de las hipotecas vigentes en Estados Unidos—, quedando, por tanto, al margen todas las demás hipotecas.

2. REFERENCIA A LOS ACTORES QUE INTERVIENEN EN LA FINANCIACIÓN HIPOTECARIA DE ESTADOS UNIDOS

Para comprender la naturaleza del problema hay que tener presente algunos elementos propios del universo hipotecario de los Estados Unidos.

2.1. POR LO QUE RESPECTA AL MERCADO HIPOTECARIO

Mientras el mercado hipotecario español es casi exclusivamente bancario, no sucede lo mismo con el americano. Este último suele estar habitado por los siguientes personajes:

- a) *Los originadores —originators—* de los *mortgage loans* o préstamos hipotecarios. Usualmente son bancos comerciales, pero no siempre. Puede haber otros originadores y, a su vez, estar ligados a los citados bancos o ser originadores independientes. Los dos primeros son regulados por la legislación federal y los últimos por las legislaciones estatales. Esta diversidad regulatoria conspira contra su propia eficacia.
- b) *Los servidores —servicers—*. Son los que se ocupan de recibir los pagos mensuales del préstamo hipotecario y, en general, de gestionar todas las incidencias relacionadas con el mismo. Suelen ser, también, bancos comerciales. Puede ser el mismo banco prestamista u otro. En ocasiones, un mismo banco comercial tiene secciones de *lending* y de *servicing*. Pueden ser, también, terceros profesionales con quienes los bancos contratan estos servicios.
- c) *Los securitizadores o titulizadores —securitization sponsors—*, los cuales suelen ser bancos de inversión. Estos empaquetan —*pool*— y venden las hipotecas. Realizan grupos de paquetes en función del riesgo, y cobran jugosas comisiones por ambas funciones. Para facilitar su colocación en el mercado acuden a las agencias de calificación de riesgo —*rating agencies*—, las cuales, en teoría, califican los paquetes hipotecarios —*mortgage backed securities o MBS*—, en función del riesgo (2).
- d) *Los inversores —investors—*. Entre ellos se encuentran, lógicamente, los accionistas de los originadores y de los titulizadores. Algunos de ellos son gigantescos fondos de inversión, así como también fondos

(2) Estas agencias estaban participadas accionarialmente por algunos de estos bancos de inversión. Además, sus ejecutivos cobraban jugosas comisiones por colocar los paquetes de hipotecas calificadas. Parece, además, que los bancos de inversión —algunos de ellos— presionaron a algunas de estas agencias para que les emitieran calificaciones favorables bajo amenaza de acudir a otra agencia. Véase diario *El País* de 14 de mayo de 2010: *EEUU investiga si la banca engañó a las agencias para ocultar riesgos*.

de pensiones, los cuales son, como es sabido, la columna vertebral de la red de seguridad social de Estados Unidos. También se incluyen entre ellos los participantes en otros vehículos de inversión, concretamente los *Real Estate Investment Trusts* —REIT,s— o fideicomisos de inversión inmobiliaria, inspiradores de nuestras Sociedades Anónimas de Inversión en el Mercado Inmobiliario —SOCIMIS— aprobadas por la Ley 11/2009, de 5 de noviembre, las cuales han tenido tanto éxito que en el momento de escribir estas líneas aún no se ha constituido ninguna. Se trata de vehículos de inversión inmobiliaria —mediante la toma de acciones de ese tipo de sociedades—, creados con la finalidad, no confesada, de sustituir a los Fondos de Inversión Inmobiliaria. Sin embargo, ninguno de los fondos existentes se ha disuelto y, como he expuesto, no se ha creado ninguna Sociedad Anónima de Inversión en el mercado inmobiliario.

2.2. POR LO QUE RESPECTA A LAS FIGURAS EQUIVALENTES A LA HIPOTECA

Hay que tener en cuenta que en Estados Unidos no existen hipotecas, sino *mortgages* y *deed of trusts*.

En ambos casos, la deuda se garantiza transmitiendo la propiedad, bien al acreedor, en el primer caso, bien a un tercero —*trustee*—, en el segundo, que protege los intereses del acreedor, pero reteniendo la posesión, en ambos casos, el deudor. En caso de impago, el acreedor o el *trustee*, toman el control —*foreclosure*— de la finca, y la pueden vender para satisfacer la deuda. La *mortgage* implica, por tanto, una relación bilateral, mientras que el *deed of trust* implica una relación trilateral (3).

Entre nosotros existe el tópico de que en Estados Unidos, si el crédito está garantizado con hipoteca, en caso de incumplimiento, tan solo responde la finca hipotecada. Pero esta afirmación es inexacta.

Para comprender adecuadamente la realidad norteamericana, más compleja y diversa de lo que solemos suponer, es necesario considerar, al menos, lo siguiente.

La mayor parte de los Estados suelen admitir que la ejecución —*foreclosure*— puede ser judicial o extrajudicial. Normalmente, cuando se admite la ejecución no judicial, ello conlleva que, en efecto, la hipoteca sea «sin recurso» —*without recourse*—, es decir, que de la deuda responde únicamente la finca hipotecada. Por el contrario, cuando la ejecución es judicial, la hipoteca

(3) Existe *Deed of Trust* —también denominada *Potomac Mortgage*— en los estados de Alaska, Arizona, California, Colorado, Georgia, Idaho, Illinois, Mississippi, Missouri, Montana, North Carolina, Texas, Virginia, and West Virginia. En los demás estados existen *mortgages*.

suele ser «con recurso» —*with recourse*—, lo que significa que, en caso de *deficiency judgement*, es decir, de que la cantidad obtenida con la subasta sea insuficiente para cubrir la deuda, el acreedor también puede dirigirse, para cobrar el resto, contra los demás bienes del deudor.

En algunos estados, como California, rige la *one action rule*, es decir, el acreedor puede elegir entre la ejecución extrajudicial —menos costosa en tiempo y dinero— o la judicial —más costosa en ambos aspectos—, pero, si elige la primera, entonces la hipoteca es «sin recurso».

Aunque, a primera vista, esta regla nos pueda parecer extraña, es, en realidad, muy similar a lo que sucede en nuestro sistema. El acreedor puede optar por la ejecución hipotecaria judicial. En este caso, si la subasta no proporciona al acreedor numerario suficiente para extinguir la deuda, puede perseguir los demás bienes del deudor —con los límites establecidos por la Ley de Enjuiciamiento Civil—. El acreedor puede optar, sin embargo, por la adjudicación en pago de su deuda, lo que requiere el consentimiento del deudor hipotecario. En este caso, si el acreedor opta por vender la finca que se ha adjudicado, en el caso de que no obtenga un precio que cubra la deuda no puede perseguir los demás bienes del deudor. Sencillamente, la adjudicación *en pago* extingue la deuda —a diferencia de la adjudicación *para pago*—, como es bien sabido (4).

Por último, en el caso de *mortgage*, el proceso de *foreclosure* suele estar supervisado judicialmente. En el caso del *deed of trust*, no suele estarlo porque el acreedor recibe un poder para vender —*power of sale*— en caso de impago, que es el que le permite la ejecución extrajudicial. En este último caso, el *trustee* debe transmitir al acreedor —que debe aparecer como «beneficiario» o *beneficial of interest* en el *deed of trust*— los beneficios de la venta. La falta de supervisión judicial de la ejecución, en este caso, puede acarrear problemas a los compradores de las fincas ejecutadas, pues existen más probabilidades de que la ejecución haya sido incorrecta cuando no es judicial que cuando es intervenida por un juez.

(4) En Estados Unidos, en determinados estados, las hipotecas, en cualquiera de las dos modalidades descritas, son «sin recurso», es decir, de la deuda responde exclusivamente la finca hipotecada, mientras que en otros lo son «con recurso», es decir, responde, además, el resto del patrimonio del deudor. Existen hipotecas sin recurso en Alaska, Arizona, Arkansas, California, Colorado, Distrito de Columbia (Washington DC), Georgia, Hawaï, Idaho, Mississippi, Missouri, Montana (solo en el caso de ejecución no judicial), Nevada, New Hampshire, Oregon, Tennessee, Texas (aunque el deudor puede obtener, tras una ejecución no judicial sobre la finca, una ejecución judicial por la cantidad no cubierta con la venta sobre el resto del patrimonio del deudor), Virginia, Washington y West Virginia. Los estados de Michigan, Minnesota, North Carolina, Rhode Island, South Dakota, Utah y Wyoming permiten ejecuciones hipotecarias no judiciales, pero pueden ser obtenidas fácilmente ejecuciones judiciales, en el caso de que la venta de la finca hipotecada haya sido insuficiente para cubrir la deuda garantizada —*deficiency judgements*—.

En ambos casos, además del contrato de préstamo —*loan agreement*—, suelen existir dos documentos: *a)* una *promissory note*, es decir, un documento, firmado por acreedor y deudor, que expresa los términos de la deuda, y *b)* el *security instrument*, un documento que afirma que si la deuda no es pagada, entonces el acreedor podrá vender el *collateral* designado —es decir la finca dada en *mortgage* o en *deed of trust*—.

Es necesario tener en cuenta que para que haya una cesión del crédito hipotecario deben ser transferidos *ambos documentos* —la *promissory note* y el *security instrument*—. Sin la *note*, una hipoteca —en cualquiera de las dos modalidades descritas— es inejecutable, porque no se puede acreditar el derecho de crédito, mientras que sin la hipoteca, la *note* es, simplemente, una obligación personal (5).

Adicionalmente, es necesario considerar que en Estados Unidos la registración de la hipoteca no es constitutiva. Por ello, no necesita ser registrada para ser ejecutada entre acreedor y deudor hipotecarios, o para ser transferida, pero, a menos que sea registrada, no proporciona al primer acreedor hipotecario, ni tampoco a los subsiguientes, *prioridad* alguna sobre hipotecas o cargas posteriores pero registradas con anterioridad (6).

2.3. POR LO QUE SE REFIERE A LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD

Es necesario tener presente que en Estados Unidos, ordinariamente, no hay registros de derechos —como en España, Alemania o Inglaterra— sino solo de documentos —como en Francia o Italia—.

Como es sabido, en los primeros, la inscripción, bajo ciertas condiciones, está dotada del denominado *efecto fe pública registral* —recogido entre nosotros por el art. 34 LH—, mediante el cual la inscripción acredita la existencia y pertenencia del derecho, protegiendo tal atribución —*entitlement*— mediante una *regla de propiedad* (7). En los segundos, no existe tal efecto, por lo que tan

(5) WHITMAN, D. A., «How Negotiability Has Fouled Up the Secondary Mortgage Market, and What to Do About It», en *Pepperline Law Review*, vol. 37, at 758-759 (2010), citado en el *November Oversight Report —Examining the Consequences of Mortgage Irregularities for Financial Stability and Foreclosure Mitigation—* del Congressional Oversight Panel, de Estados Unidos.

(6) Restatement (Third) of Prop. (Mortgages), parágrafo 5.4 cmt. B (1997).

(7) Las expresiones *entitlement* —titulación— y *property rule* —regla de propiedad— las utilizo en el sentido en el que las utilizan CALABRESI y MELAMED. Dado que el Estado es quien decide en caso de conflicto entre dos individuos o grupos, el Estado debe decidir a quién concede el *entitlement*, es decir, cuál de las partes prevalecerá en el caso de que tal conflicto se plantee. Esta función la realiza mediante la ley. Una vez definido el *entitlement*, debe decidir cómo lo protegerá. Al efecto, puede hacerlo mediante una *liability rule* —regla de responsabilidad—, mediante una *property rule* —regla de propiedad— o mediante una *inalienability rule* —regla de inalienabilidad—, o bien mediante una

solo publican documentos que contienen transacciones —ventas, hipotecas—, sin acreditar la existencia y pertenencia de derecho alguno. La transcripción o *recording* del documento únicamente está dotada del efecto conocido con el nombre de oponibilidad del documento registrado frente al no registrado, pero sin que por el hecho de estar registrado un documento suponga la atribución de derecho alguno. Significa, simplemente, que el documento no registrado no puede ser utilizado como prueba del derecho disputado frente al registrado. Este efecto también se conoce como *asignación de prioridad*. Es, en todo caso, el efecto característico de los registros de documentos, como es el caso de la mayor parte de los estados de Estados Unidos.

Ello permite comprender por qué, en Estados Unidos, cuando se inicia una *foreclosure* —una ejecución hipotecaria— es necesario que el acreedor aporte la cadena de títulos que acredita su propiedad —lo cual es central para comprender esta historia— mientras que en España basta con una certificación registral que acredite la existencia y rango de la hipoteca (8).

Por otro lado, la crisis de las ejecuciones hipotecarias en Estados Unidos está poniendo de manifiesto las intrincadas interacciones entre los niveles locales y federales en el desarrollo de las instituciones.

combinación de las tres reglas. Un derecho se halla protegido por una regla de propiedad cuando no puede ser alterado sin consentimiento de su titular. Está protegido mediante una regla de responsabilidad, cuando puede ser alterado sin consentimiento de su titular, abonando una cantidad de dinero por ello. Está protegido por una regla de inalienabilidad cuando no está permitida su transferencia voluntaria, fijada por el Estado. Véase CALABRESI, G., y MELAMED, A. D., «Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral», en *Economic Foundations of Property Law*. Ed.: Ackerman, B. A., Little Brown & Company, págs. 31-33.

(8) En este sentido, el párrafo último del número 2 del artículo 686 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: «En caso de ejecución sobre bienes hipotecados o sobre bienes en régimen de prenda sin desplazamiento, si no pudiese presentarse el título inscrito, deberá acompañarse con el que se presente certificación del Registro que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca». Como observa J. M. GARCÍA, en el caso de acompañar el «título inscrito», la acreditación de la inscripción es a través de la nota de inscripción al pie del título firmada por el Registrador. En el supuesto de que, con posterioridad a la nota de inscripción del título, hubiere sido cancelada según el Registro, esta situación se detectará en todo caso, como impeditivo de la continuación del procedimiento, en el momento a que se refiere el artículo 688.3 de la LEC. Si no puede acompañarse el título inscrito, la inscripción se acredita por certificación registral. GARCÍA GARCÍA, J. M., *Código de la Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil*, T. I, pág. 1076, nota 29. Ed. Thomson-Civitas, 2009. Es, además, innecesario presentar primera copia de la escritura de hipoteca en el caso, muy frecuente en la práctica, de que se trate de ejecución de hipotecas inmobiliarias constituidas a favor de una entidad de las que legalmente pueden llegar a emitir cédulas hipotecarias o que, al iniciarse el procedimiento, garanticen créditos y préstamos afectos a una emisión de bonos hipotecarios, en cuyo caso bastará la presentación de una certificación del Registro de la Propiedad que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca. Dicha certificación se complementará con cualquier copia autorizada de la escritura de hipoteca, que podrá ser parcial, comprendiendo tan solo la finca o fincas objeto de la ejecución (art. 685-4 LEC).

En efecto, en Estados Unidos, el sistema de Registro de la Propiedad —*Land Recording*— se ha desarrollado a un nivel local en los condados y en los estados. Por ello, debería esperarse que estuvieran bien adaptados a los mercados locales, pero en la segunda mitad del pasado siglo empezó a ser percibido como crecientemente inadecuado para el mercado secundario hipotecario de ámbito nacional. Desde que empezó a crecer dicho mercado después de la segunda guerra mundial, resultó claro que el sistema no proporcionaba un nivel de seguridad jurídica suficientemente uniforme.

A partir de aquí, el primer requerimiento para que las hipotecas pudieran ser vendidas en el mercado secundario fue la existencia de una póliza de seguro de título para el prestamista, lo cual permitía una estandarización complementaria que, a su vez, permitía empaquetar y vender hipotecas que, en origen, presentaban un nivel desigual de seguridad (9). Posteriormente, el mercado secundario hipotecario desarrolló transacciones mucho más complejas y rápidas, las cuales excedieron la capacidad de gestión de las viejas oficinas que tan solo operaban con tinta y papel, las cuales, sin embargo, han ido también modernizándose progresivamente.

Según el *Oversight Report* de noviembre de 2010 del *Oversight Panel* del Congreso de Estados Unidos: «en los primeros años, bajo el modelo tradicional de hipoteca, un propietario de una casa pedía dinero prestado a un banco y después pagaba a ese mismo banco. En los raros casos en los que el banco transfería sus derechos, la venta era registrada manualmente en el Registro de la Propiedad del condado del prestatario —es decir, de la finca hipotecada—. En nuestros días, un préstamo hipotecario puede ser transferido docenas de veces entre varios bancos a través del país. Desde el punto de vista de algunos participantes en el mercado, el moderno mercado hipotecario ha dejado obsoleto el tradicional sistema de registro mediante papel y tinta, por lo que la industria financiera desarrolló un proceso de transferencias electrónicas, es decir, de cesiones electrónicas de créditos hipotecarios que eludía —bypasses— la registración —recording— en las oficinas registrales de los diferentes condados» (10).

Sin duda, parece clara la existencia de un cierto desajuste entre las necesidades del mercado hipotecario —especialmente el secundario— y la capacidad del *Public Recording System*, muy desigual en los diferentes condados. Sin embargo, sorprende que el *Oversight Report* focalice su atención en este hecho y mucho más que, en cierto modo, lo utilice como justificación de que la industria hipotecaria haya desarrollado un sistema de transferencias electrónicas que, según todas las apariencias, es de legalidad más que dudosa. Da

(9) ARRUÑADA, B., *Work Paper*, citado con permiso del autor.

(10) *November Oversight Report —Examining the Consequences of Mortgage Irregularities for Financial Stability and Foreclosure Mitigation—* del Congressional Oversight Panel, de Estados Unidos, págs. 4 y 5.

la impresión de que este hecho está siendo utilizado, hasta un cierto punto, al menos, como cortina de humo, para minimizar la importancia de la ilegalidad del comportamiento de la industria hipotecaria.

Sin embargo, esta es la línea seguida por algunos periódicos, como el *Washington Post*, según el cual en pleno *boom* del mercado inmobiliario, el proceso de registro de compra de una casa financiada con hipoteca llevaba entre seis y doce meses en la mayoría de los registros del país (11). Ello significaba que, entre tanto, las créditos hipotecarios habían sido transmitidos docenas de veces.

El mal funcionamiento de las oficinas registrales ha sido, en efecto, la razón alegada por los diferentes participantes en la industria de la financiación hipotecaria para justificar la creación del *Mortgage Electronic Registration System*. Sin duda, el deficiente funcionamiento de tales oficinas ha sido una razón para ello, pero los hechos sugieren que ha sido también una coartada para diseñar un sistema de cesión de créditos hipotecarios sin modificar la ley, en beneficio exclusivo de los intereses de la industria de la financiación hipotecaria.

Los hechos ponen también de manifiesto lo que predice la teoría, a saber: hasta qué punto todo lo relativo a la organización y gestión de un sistema registral es crítico para que el mismo pueda cumplir adecuadamente su función y cómo, cuando ello no es así, el mercado busca soluciones alternativas, eso sí, a la medida de los intereses de los actores que gozan de mayor fortaleza (12).

3. LA CREACIÓN DEL *MORTGAGE ELECTRONIC REGISTRATION SYSTEM*. UN INSTRUMENTO QUE SIMPLIFICA LA CESIÓN DE CRÉDITOS HIPOTECARIOS MEDIANTE LA ELUSIÓN DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

3.1. PLANTEAMIENTO

Estos trazos con los que he pretendido dibujar el paisaje conformado por la industria de la financiación hipotecaria en Estados Unidos, nos sitúan ya en condiciones de entender el problema.

(11) Según *The Washington Post* —<http://tinyurl.com/325n5fo>—. A los registros de documentos, la principal demanda que se les hace es la de publicar con rapidez los documentos que se les entregan a tal fin. No tiene otro cometido ni prestan otro servicio. No requieren un procedimiento, por sumario que sea, para asignar derechos, a diferencia de lo que sucede con los registros de derechos, los cuales deben observar un procedimiento dotado de unas garantías insoslayables para asignar los derechos con los que opera el mercado.

(12) Véase MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., *De la publicidad contractual a la titulación registral. El largo proceso hacia el Registro de la Propiedad*. Ed. Thomson Civitas, 2008.

Lógicamente, los acreedores están muy interesados en anticipar la percepción de las cantidades prestadas, negociando las *promissory notes*, dando lugar a transacciones que debían publicarse en los registros correspondientes, algo que no gustaba a las entidades financieras por el coste que ello significaba, tanto en tiempo como en dinero, lo cual, conforme a lo expuesto, parecía bastante razonable.

Por ello, entre 1993 y 1997, algunas de ellas —entre las cuales Bank of America, Country Wide, Fannie Mae y Freddie Mac— crearon el *Mortgage Electronic Registration System* —MERS— «un innovador sistema que simplifica el modo de originar, vender y registrar la propiedad sobre una hipoteca y la administración de la misma... Creado por la industria de la financiación inmobiliaria... elimina la necesidad de documentar y registrar las cesiones de créditos hipotecarios», según reza su página web.

Es decir, según su página web, MERS se creó con el propósito de eludir las exigencias de documentación y registro de las cesiones de crédito hipotecario.

La razón alegada no tiene nada de original: ello permitiría que los deudores pagaran menos por sus créditos hipotecarios, lo que, en realidad, no ha sucedido. Lo que sí ha sucedido, sin embargo, es que MERS ha exigido unas tasas que, previamente, no existían y, sobre todo, este *innovador proceso de simplificación* es la causa de las dificultades —si no de la imposibilidad— de ejecución de las hipotecas gestionadas por MERS, así como, según opinión que se va extendiendo, y que está fundamentando algunas demandas, el mecanismo que ha permitido una práctica de préstamos hipotecarios depredatorios y la burbuja de los bonos hipotecarios (13), para lo que era muy conveniente ocultar las titularidades hipotecarias reales tras un velo de opacidad, según alegan los inversores en tales títulos en las demandas que están presentando en las que reclaman la devolución del dinero invertido.

En todo caso, el *Mortgage Electronic Registration System* pertenece hoy a una docena de las principales entidades financieras de Estados Unidos, es usado por más de 3.000 firmas de servicios financieros de todo el país y gestiona alrededor de 65 millones de hipotecas, aproximadamente la mitad de las vigentes en Estados Unidos, y sus prácticas parecen hallarse en el ojo del huracán de la crisis de las ejecuciones hipotecarias que afecta al país (14).

(13) No solamente de los bonos conectados con hipotecas *subprime*, sino también de los conectados con hipotecas *prime*. En muchas ocasiones, además, se empaquetaban conjuntamente bonos de ambas clases.

(14) El *Mortgage Electronic Registration System* —MERS— fue diseñado como un «registro automático», con muy pocos empleados —44 empleados en 2009, según McIntire—, por lo que no supervisa los procedimientos de registro, los cuales tienen que realizarse automáticamente por los miembros, ni actúa directamente en la creación de la hipoteca ni en su ejecución. McINTIRE, M., *Tracking Loans Through a Firm That Holds Millions*, New York Times, 2009, April, 23.

3.2. ¿EN QUÉ CONSISTE EL INNOVADOR PROCESO DE SIMPLIFICACIÓN DE LAS CESIONES DE CRÉDITOS HIPOTECARIOS INTRODUCIDO POR EL *MORTGAGE ELECTRONIC REGISTRATION SYSTEM*?

Para responder adecuadamente a esta pregunta es necesario exponer previamente, siquiera sea de un modo sumario, el procedimiento ortodoxo de cesión de créditos hipotecarios en Estados Unidos.

3.2.1. *El proceso ortodoxo de cesión de créditos hipotecarios en Estados Unidos*

En líneas generales, puede afirmarse que, en Estados Unidos, cada vez que uno compra una propiedad inmobiliaria y la hipoteca está obligado a registrar tanto el documento de compra como el de *mortgage* o el *deed of trust* en los registros públicos correspondientes. Por ello, es necesario satisfacer los honorarios —*fees*— pertinentes. Además, cada vez que hay un cambio en el título, los gobiernos locales —de los que suelen depender tales registros— gravan con impuestos tales cambios.

Tal y como afirma el citado *Oversight Report*, la compra de una casa mediante un préstamo hipotecario requiere: *a)* una *promissory note* estableciendo la responsabilidad personal del deudor hipotecario, *b)* un *security instrument*, en virtud del cual si la deuda no es pagada, el acreedor puede vender la finca designada como *colateral*, y *c)* si el crédito hipotecario es cedido, la cesión adecuada de ambos documentos. Si el crédito hipotecario es vendido en un mercado secundario, toda la documentación debe ser entregada al comprador y la cesión debe ser registrada (15).

Por su parte, la titulización —*securitization*— de las hipotecas requiere e implica múltiples cesiones o transferencias del crédito hipotecario. Las hipotecas son originadas por bancos comerciales o por *brokers* hipotecarios —denominados en la jerga *originadores*—. A continuación son securitizadas por bancos de inversión —denominados *sponsors of securitization*—, usando para ello los denominados *special purpose vehicles* —SPV—, unos *trusts* que tienen el *status* legal de *Real Estate Mortgage Investments Conduit* (REMIC). Estos *trusts* no pagan impuestos por las cesiones hipotecarias que reciben y las venden a inversores en forma de acciones o participaciones. Los inversores en estas *Mortgage Backed Securities* —MBS—, por el contrario, sí pagan

(15) «Oversight Report...», *op. cit.*, págs. 16-17. Sin embargo, una reciente sentencia de 7 de enero de 2011, del Tribunal Supremo de Massachussets, dictada en el caso *National Bankers Asociation, trustee, vs. Antonio Ibáñez*, no considera necesario el *recording* de la cesión del crédito hipotecario, pero sí que la cesión esté correctamente documentada y haya tenido lugar antes de iniciar el procedimiento de ejecución.

impuestos por los ingresos que reciben provenientes de las MBS. Estos paquetes están garantizados por las hipotecas subyacentes porque estas hipotecas son *primeras cargas* sobre los activos que respaldan los paquetes de créditos (16).

Todo proceso de securitización o titulización suele estar regulado por un documento que la gobierna llamado *Pooling and Servicing Agreement* —PSA—, el cual incluye varias representaciones y garantías en relación a las hipotecas subyacentes. El documento también describe las responsabilidades del *trustee* —el cual es responsable de tener los documentos registrados referentes al crédito hipotecario—, así como las responsabilidades del *servicer*, el cual juega un papel administrativo, recolectando de los deudores y desembolsando a los inversores los pagos procedentes de los créditos hipotecarios en representación de los inversores en las MBS.

La mayor parte de estos *trusts* y *PSA,s* se hallan gobernados por la Ley del Estado de Nueva York. Según esta ley, se requiere un estricto cumplimiento con los documentos que contienen las reglas que gobiernan el *trust*. Toda transacción hecha por el *trust* contraviniendo sus documentos —estatutos, en nuestra jerga— es radicalmente nula. En consecuencia, si las transferencias de las *notes* y de las *mortgages* contravienen lo establecido por el *PSA* correspondiente, la transferencia será nula y los activos no se habrán transferido al *trust*. Los *PSA,s* generalmente requieren que los créditos hipotecarios cedidos al *trust* no estén fallidos.

Conforme a lo expuesto, cuando hay un cambio de acreedor «hipotecario», tal cambio debe registrarse, especialmente cuando es fruto de una cesión en el mercado secundario, es decir, cuando la cesión forma parte de un proceso de securitización o titulización. Las *promissory notes*, por tanto, deben ser registradas. Son las que acreditan la titularidad del crédito garantizado por la hipoteca —sea *mortgage* o *deed of trust*—.

3.2.2. La cesión de créditos hipotecarios a través del Mortgage Electronic Registration System

Ello significa que, en el caso de cesiones masivas de créditos hipotecarios, deben hacerse constar en los registros los cambios de acreedor individualmente, en cada una de las hipotecas transferidas, lo cual molesta a las entidades implicadas.

(16) Hasta donde conozco, no hay ninguna exigencia legal de que sean primeras cargas —como sucede, por ejemplo, en nuestro Derecho, en el que así lo exige la legislación reguladora del mercado hipotecario—. Se trata, más bien, de una práctica habitual que se incluye en los contratos de securitización o titulización.

Estas, en efecto, suelen alegar lo engorroso y lento del procedimiento —lo que suele ser cierto, dada la mala calidad administrativa de muchos de estos registros—, pero, además de esta razón, parece existir otra que no suele explicitarse: este procedimiento da transparencia a todo el proceso de tráfico hipotecario y permite al deudor saber, en cada momento, quién es su acreedor. Según alegan hoy los inversores en sus demandas de indemnización por haber sido seducidos para invertir en MBS,^s sin valor alguno, en realidad, MERS fue creado, precisamente, para eludir estas exigencias y evitar estas consecuencias. Si no fue así, enseguida demostró su utilidad a tales efectos.

¿Cómo? MERS aparecía en los registros públicos como acreedor hipotecario, cuando, en realidad, era tan solo un *nominee*, es decir, un *encargado* por el verdadero acreedor, simplemente con el propósito de aparecer como *beneficiario* de los correspondientes créditos hipotecarios en los registros públicos con la finalidad de facilitar las cesiones de los mismos.

A tal efecto, en todas las hipotecas de MERS, se hacía constar la siguiente cláusula:

«“MERS” is Mortgage Electronic Registration Systems, Inc. MERS is a separate corporation that is *acting solely as nominee for Lender* and Lender’s successors and assigns. *MERS is the mortgagee* under this Security Instrument» (17).

Es decir, MERS juega un doble papel: como principal —*mortgagee*— y como agente del principal —*nominee*—, simultáneamente.

Y aquí es donde comienzan los problemas: al figurar MERS en los préstamos hipotecarios como beneficiario de los mismos, a pesar de no serlo, pues los acreedores reales —beneficiarios— son las entidades que los conceden —algunas de las cuales crearon MERS—, las cesiones de créditos hipotecarios entre ellas no acceden a los registros públicos, en los que MERS aparece en todos los casos como beneficiario, es decir, como acreedor hipotecario, eso sí, sin serlo. Registrar las cesiones de créditos hipotecarios hubiera significado que un crédito hipotecario «inscrito» a nombre de MERS se cedía también a MERS, lo cual es absurdo (18).

(17) En *el Public Recording System* lo que aparece es el *deed* —el *security instrument*— y en la medida en que contenga esta cláusula, aparece el MERS..., pero a la hora de «buscar» —a través del *title search*— la hipoteca en el registro, se puede encontrar a nombre del MERS o no. Puede encontrarse a nombre del acreedor original, que puede no ser ya el titular del gravamen en virtud de una cesión no registrada al propio MERS o a un tercero.

(18) En este sentido se expresan algunos autores, el cual subraya como una de las ventajas de MERS: «*Elimination of the need for subsequent assignments following the origination and closing of a loan. Clearly, the MERS concept would reduce costs by eliminating the preparation, tracking, shipping and recordation of most mortgage assignments*». Véase SLESSINGER, PH. K. y MCLAUGHLIN, D., «Mortgage Electronic Registra-

En su lugar, las cesiones de créditos hipotecarios, en teoría, se registraban en el registro privado denominado *Mortgage Electronic Registration System*, pero parece que tampoco ha sido así en un buen número de casos. Parece ser que las *promissory notes* han sido cedidas en blanco, como si se tratara de títulos al portador, cuya sola posesión legitimase a su tenedor para exigir el cumplimiento de la obligación incorporada, lo cual parece que no es conforme a Derecho, aunque ha surgido alguna voz en sentido contrario (19). En suma, por referencia al Derecho español, han tratado las cesiones —totales o parciales— de créditos hipotecarios como si fuesen transmisiones de cédulas o bonos hipotecarios, en lugar de cesiones de participaciones hipotecarias (20).

tion System», en *Idaho Law Review*, 805, 1995-1995. Ambos son ejecutivos de la Banker's Association of America.

(19) GELERT, K., «Title Transfer Law 101», en *American Banker*, 2010, October, 19.

(20) Como es sabido, en nuestro sistema la Ley 2/1981, reguladora del Mercado Hipotecario —reformada por la Ley 41/2007—, distingue entre operaciones activas y pasivas. Las primeras se refieren a las características que deben reunir los préstamos hipotecarios para servir de soporte a la emisión de títulos hipotecarios. Las operaciones pasivas se refieren esencialmente a los títulos hipotecarios, es decir, a los títulos-valores emitidos con la garantía de los préstamos hipotecarios que reúnen las condiciones exigidas legalmente. Tales títulos pueden ser bonos, cédulas y participaciones. Los dos primeros —bonos y cédulas— son títulos valores garantizados por determinados préstamos hipotecarios —y otras formas de garantía reguladas en la ley, como los denominados activos líquidos de sustitución—. Se diferencian, esencialmente, en la calidad de las garantías hipotecarias, mayor en los bonos. Ahora bien, las participaciones hipotecarias son instrumentos financieros distintos. Aunque el artículo 15 de la LRMH, en su redacción dada por la Ley 41/2007, califica a las participaciones hipotecarias como títulos valores, son sin embargo, de un tipo distinto a los bonos y cédulas. La participación implica un porcentaje sobre el principal del crédito garantizado —art. 63 RMH—, lo que no sucede con bonos ni cédulas. Las participaciones pueden ser de diferentes clases. A nuestros efectos interesan fundamentalmente las participaciones «de circulación limitada» a inversores «institucionales o profesionales» y las participaciones «libres», que pueden ser adquiridas o suscritas por el público no especializado —art. 64.1 *in fine* del Reglamento del Mercado Hipotecario—. Para las primeras no se prevé su constancia registral, pero para las segundas sí. Es más, entre las menciones mínimas que han de contener éstas, el artículo 64 RMH exige —núm. 2—: «El capital inicial del crédito participado, su plazo y forma de amortización, los intereses que devengue y sus vencimientos, así como los datos de su inscripción en el Registro de la Propiedad». En todo caso, como señala GARCÍA GARCÍA, para instar la ejecución judicial, se ha de obtener previamente certificación registral con nota marginal de haberse expedido ésta y la identidad del solicitante, conforme al párrafo último del artículo 66 del RMH, para lo que ha de acreditarse tal identidad aportando el título de participación y el requerimiento notarial previsto en dicho párrafo. Y, en todo caso, para evitar modificaciones del crédito hipotecario sin consentimiento de los titulares de las participaciones a que se refiere el artículo 25, números 2 y 3 del RMH, sería muy conveniente la constancia registral. Por otro lado, GARCÍA GARCÍA resume las posiciones doctrinales sobre la naturaleza jurídica de las participaciones hipotecarias del siguiente modo: 1. *Teoría del negocio fiduciario*, de MADRID PARRA. Distingue entre el *dominio fiduciario* de la entidad emisora y el *dominio sustantivo* del partícipe, y así explica la intervención de ambos en la ejecución hipotecaria a que se refiere el artículo 15.4.º de la LRMH. De ahí también que el artículo 61 RMH aluda a la titularidad parcial del constituyente de la participación. 2. *Teoría de la cesión del crédito hipotecario, conectada con un representación ex lege para la gestión y administración a favor del cedente*, de ORTÍ VA-

En otros términos, a las *promissory notes* se les ha dado el tratamiento de instrumentos negociables, y se han utilizado para la transmisión de las titularidades sobre créditos hipotecarios titulizados. En otros casos, se ha afirmado que las *promissory notes*, sencillamente, se han perdido. Pero, lo cierto es que los *servicers* continuaban exigiendo los cobros a los deudores y pagando a los inversores —acreedores— por cuya razón conocen perfectamente su identidad —o se supone que la conocen—. De no ser así, la cuestión sería aún más grave: los *servicers* habrían estado exigiendo pagos para los cuales no estaban autorizados.

Ello da pie a la hipótesis de que tales prácticas —cesiones en blanco y «pérdidas» de las *promissory notes*— no son sino estrategias dirigidas a ocultar al escrutinio público la identidad de los originadores, *brokers* e inversores. Esta hipótesis se ve reforzada si tenemos en cuenta que MERS afirma que facilita a los prestatarios la identidad del *servicer* de su hipoteca, así como la del *note owner*, siempre que tal poseedor de la *promissory note* sea uno de los que integran el 97 por 100 de *note owners* que aceptan que su nombre sea facilitado a los prestatarios (21). En otras palabras: MERS solamente facilita el nombre del acreedor hipotecario vigente al deudor si el acreedor consiente en ello.

En efecto, al ser MERS un *registro privado*, el deudor no tiene derecho a conocer su contenido, y a través de los registros públicos no puede conocer la identidad de su acreedor porque las hipotecas están a nombre de MERS, como principal —*mortgagee*— y como agente —*nominee*—.

Por estas razones, algunos abogados de los prestatarios se quejan de que, al actuar como representante de los prestamistas, MERS dificulta a los prestatarios el contacto directo con ellos, especialmente cuando pretenden renegociar sus créditos, sea individualmente, sea mediante programas de una escala más amplia. Asimismo denuncian que muchos *servicers* y cesiones de créditos hipotecarios no constan registrados en MERS (22).

LLEJO. 3. *Teoría del nuevo derecho de crédito*, de RUBIO GARRIDO, según el cual la participación incorpora o representa un nuevo derecho de crédito que la entidad emisora constituye en su contra y frente al partícipe, diferente, aunque coligado, en mayor o menor medida, con el crédito hipotecario del que la primera sigue siendo titular. Véase GARCÍA GARCÍA, J. M., *Código de la Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil*, T. II, nota 25, págs. 2647-2648, Thomson-Civitas, Madrid, 2009.

(21) MERS, *MERS Response to D.C. Attorney General's Oct. 28, 2010 Statement of Enforcement*, October 28, 2010 —<http://www.mersinc.org/news/details.aspx?id=250>—. Sin embargo, en algunas demandas se está alegando que MERS está siendo utilizado «de modo que un consumidor medio, o incluso un profesional legal medio no puedan determinar quién o qué estaban o están recibiendo en última instancia los pagos hipotecarios» —<http://stopforeclosurefraud.com/2010/07/27/class-action-filed-figueroa-v-law-offices-of-david-j-stern-p-a-and-merscorp-inc/>—.

(22) PETERSON, Ch., «Two Faces: Demystifying the Mortgage Electronic Registration System's Lant Title Theory», en *Real Property, Probate and Trust Law Journal*, Forthcoming, 2010.

4. LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LAS PRÁCTICAS DEL *MORTGAGE ELECTRONIC REGISTRATION SYSTEM* EN RELACIÓN CON LAS EJECUCIONES DE HIPOTECAS EN GARANTÍA DE CRÉDITOS O PRÉSTAMOS

4.1. LA RUPTURA DE LA CADENA DE TÍTULOS

Este *innovador procedimiento* facilita el tráfico de hipotecas entre acreedores, desconecta los registros públicos de las titularidades reales sobre las hipotecas, ocultándolas en el anonimato, lo que facilita empaquetarlas como títulos garantizados con hipoteca —*mortgage backed securities*— y venderlos a inversores. Ello suponía, de hecho, una modificación del *Land Title System* de Estados Unidos, sin que ninguna ley lo hubiera aprobado.

Pero realizar adquisiciones sin cumplir con los requerimientos del sistema legal, es decir, sin cumplir con los requisitos para obtener el *entitlement*, ideando circunloquios para evitarlos, tiene sus riesgos.

Los problemas comienzan cuando los deudores (23) comienzan a impagar y los acreedores quieren ejecutar sus «hipotecas», especialmente en aquellos estados en los que las *foreclosures* son supervisadas judicialmente.

Aunque MERS figura en los registros públicos como acreedor hipotecario, sin embargo, ha tenido que reconocer que es un mero *nominee*. Y este es el nudo gordiano. Según recientes sentencias, este hecho no es un fallo meramente procedimental, como afirmaron las sentencias iniciales, sino una deficiencia sustantiva que podría impedir a los acreedores reales, pero ocultos, ejecutar las hipotecas, porque tal práctica ha roto la *cadena de títulos*, lo que impediría a los verdaderos (?) acreedores ejecutar sus hipotecas.

Según el Restatement (Third) of Prop (Mortgages), parágrafo 5.4 (c) de 1997, «una hipoteca puede ser ejecutada solo por, o en representación de, una persona que está titulada para exigir la obligación que asegura la hipoteca».

En consecuencia, solo el acreedor hipotecario que demuestra serlo puede ejecutar una hipoteca. Por ello, el requisito de que la *foreclosure action* solo puede ser ejercitada por el acreedor hipotecario real se halla en el corazón de las irregularidades detectadas en las ejecuciones hipotecarias en Estados Unidos.

En una reciente sentencia dictada en California —20-V-2010, en el caso de bancarrota *In re Walker*— el tribunal decidió que MERS no podía ejecutar porque era un mero *nominee*. Dado, además, que MERS no puede evidenciar poseer ninguna *promissory note* subyacente a su favor, no podía transferir el dinero obtenido con la venta al supuesto acreedor real, pues lo prohíbe la ley

(23) No solamente los deudores *subprime*, sino todos. Precisamente la gravedad de la crisis se pone de manifiesto en el elevado número de pagos procedentes de deudores que, en su momento, eran solventes.

de California. Dado que éste —Citibank— no puede mostrar ser titular de la *promissory note* garantizada por la hipoteca, no puede reclamar tampoco pago alguno (24).

En los primeros casos, se hizo hincapié en la incapacidad de MERS para producir *promissory note* alguna o realizar cesiones, lo que es considerado por algunos como un defecto meramente procedimental. Sin embargo, los más recientes casos van más allá. Si MERS no es el verdadero propietario de las propiedades poseídas en su nombre, las cuales garantizan los préstamos, la cadena de títulos se ha roto y nadie podría reclamar. Es más, MERS habría estado actuando como *trustee* sin derecho a ello, por lo que habría estado recibiendo pagos que no podía exigir y, probablemente, realizando transferencias que no podía hacer. Los prestatarios podrían reclamar estos pagos. Es más, dada esta operativa, podrían decir que nunca hubo una cesión real, pues, en realidad, MERS no era el acreedor.

Para hacernos una idea de la gravedad del problema, basta saber que MERS «gestiona» sesenta y cinco millones de hipotecas, más o menos la mitad de las hipotecas vigentes en Estados Unidos.

El *Oversight Report* citado parece inclinarse también por que no estamos ante un fallo meramente procedimental —ante una *technicality*— sino ante una cuestión de fondo que, ciertamente, afecta a complejas áreas del Derecho, pero que implica la exigencia de requerimientos que deben ser observados, tanto como una exigencia del proceso debido como una parte de la negociación contractual entre prestamistas y prestatarios (25).

Todo ello ha desembocado en una situación que KRUGMAN ha denominado *The Mortgage Morass*, algo así como el cenagal hipotecario, es decir, una situación en la que los derechos de propiedad se hallan sumidos en la más absoluta de las confusiones porque quienes afirman ser titulares no pueden demostrarlo. Afirma KRUGMAN que los excesos de años de burbujas han creado un cenagal legal, en el cual los derechos de propiedad están mal definidos porque nadie tiene la documentación adecuada. «Y donde no hay derechos de propiedad claros, es función del Gobierno crearlos», sentencia (26). Una opinión parecida expresa STIGLITZ, al afirmar que la inseguridad jurídica en esta materia inspira dudas sobre la calidad del Estado de Derecho en Estados Unidos (27).

(24) En apoyo de esta tesis el juez citaba, entre otros, los casos *In Re Vargas* —California Bakruptcy Court—; *Landmark v. Kesler* —Kansas Supreme Court— e *In Re Foreclosure Cases* —La «Boyko» decisión de la Ohio Federal Court—.

(25) «Oversight Report...», *op. cit.*, nota 29, pág. 15.

(26) Véase KRUGMAN, P., «The Mortgage Morass», en *Wall Street Journal*, 14 de octubre de 2010.

(27) Véase STIGLITZ, J., «Contra toda esperanza, la esperanza de 2011», en el diario *El País*, sección *Negocios*, 16 de enero de 2011: «Aunque el 10 por 100 de las familias hipotecadas en Estados Unidos ya habían perdido sus viviendas —en 2010— el ritmo de

Ciertamente, los derechos de propiedad no están claros y con tal nivel de inseguridad, el comercio es imposible y, por lo tanto, el crecimiento y el bienestar. Y, ciertamente, el Estado surge históricamente, por razones de economías de escala, para hacer posible el derecho de propiedad. Puede haber Estado sin propiedad privada pero no propiedad privada sin Estado (28). Como afirma NORTH, es al Estado a quien corresponde especificar la estructura de los derechos de propiedad (29). De hecho, el Estado moderno, el Gobierno es, ante todo, un acuerdo institucional que aporta protección y administración de justicia a sus ciudadanos, lo cual lleva a cabo monopolizando la definición y la aplicación de los derechos de propiedad sobre los bienes y los recursos y la concesión de derechos para la transmisión de estos activos y, a cambio, el Estado recibe pagos en forma de impuestos (30).

Ahora bien, para que la propiedad privada pueda cumplir su función —estimular las inversiones a largo plazo y facilitar una eficiente asignación de recursos— en un entorno de contratación impersonal, caracterizado por el desconocimiento asimétrico sobre atributos esenciales de los bienes que se desean contratar, no basta con que la Constitución reconozca tal derecho: es preciso, además, generar una ingeniería jurídica que permita que tal derecho pueda cumplir su función, para lo que es necesario superar, o, al menos, paliar suficientemente el inevitable *trade off* (31) entre seguridad y liquidez de los derechos de propiedad en tal entorno; *trade off* cuya causa hay que buscar en la pervivencia de la regla de *reivindicabilidad ilimitada* en un entorno de alta densidad contractual entre personas que no se conocen entre sí.

El mantenimiento de dicha regla impone la pervivencia de dicho *trade off*, que únicamente puede ser paliado mediante la generación de instituciones paliativas —registros de documentos, seguros de títulos, etc.—, pero mientras se mantenga dicha regla, cualquier medida que intente hacer los derechos más líquidos, los hace, al propio tiempo más inseguros, y viceversa. Únicamente la derogación de tal regla y la creación de las instituciones jurídicas adecuadas permite la superación de dicho *trade off* y, por tanto, la consecución de derechos que sean, al propio tiempo, más seguros y más líquidos que en un entorno jurídico gobernado por las reglas del Derecho Común. Ese es el sentido profundo del surgimiento de los registros de derechos en el ámbito

las ejecuciones hipotecarias parecía ir en aumento... o habría ido, de no haber sido por la maraña jurídica que inspiró dudas sobre el tan cacareado “Estado de derecho” de Estados Unidos».

(28) OLSON, M., *Poder y prosperidad. La superación de las dictaduras comunistas y capitalistas*. Ed. Siglo XXI, Madrid, 2001, pág. 231.

(29) NORTH, D. C., *Estructura y cambio en la historia económica*. Alianza Editorial, Madrid, 1994, pág. 22.

(30) NORTH, D. C. y THOMAS, R. P., *The Rise of The Western World. A New Economic History*, págs. 157-160. Cambridge University Press, 1973.

(31) *Trade Off* es una expresión clásica en el Análisis Económico del Derecho que utilizo aquí como dilema, como relación inversamente proporcional.

inmobiliario, en el cual no se puede atribuir a la posesión la misma función legitimadora que sí se le puede atribuir, sin embargo, en el ámbito mobiliario.

En general, no es éste el caso de Estados Unidos, país donde, en el ámbito inmobiliario, rige la regla de la reivindicabilidad ilimitada, complementada con la existencia de registros de documentos, complementados, a su vez, con la existencia de compañías de seguros de títulos. Ello hace que los derechos de propiedad sean más inseguros y, por lo tanto, más débiles, como pone de manifiesto de una manera dramática la crisis de las ejecuciones hipotecarias.

4.2. EL ESCÁNDALO DEL DENOMINADO *ROBOSIGNING*

Para poder ejecutar las hipotecas, los acreedores, reales, o supuestos, según parece, están realizando o han realizado una serie de prácticas que todavía les está complicando más las cosas.

En la mayor parte de los Estados Unidos, el procedimiento de *foreclosure* exige la intervención judicial, la cual requiere la aportación de una serie de documentos a los que me he referido anteriormente. Dado que tales documentos no existen, MERS ha recurrido a los *servicers*, los cuales han prestado empleados suyos a MERS, que los ha nombrado inmediatamente como *oficiales certificadores* —*certifying officers*—, los cuales han firmado declaraciones juradas —*affidavits*— para ser presentadas ante los tribunales, afirmando que la *promissory note* que acredita la titularidad del préstamo ha sido extraviada y que el prestamista tiene derecho legal a ejecutar el préstamo hipotecario que ellos administraban y que tienen pleno conocimiento personal del préstamo. Sin embargo, al ser interrogados por los tribunales, muchos de estos oficiales certificadores han reconocido que jamás leyeron las declaraciones juradas que firmaron.

En efecto, empleados de algunas de las más importantes entidades financieras, como GMAC y otras, han reconocido que han firmado tales declaraciones sin haberlas leído. Algunos de ellos han llegado a firmar, según han confesado, unas 24.000 *affidavits* mensuales (32).

Es más, parece que ha sido una práctica extendida, la de *notarizar* estos documentos antes de que fueran firmados y fechados por los «oficiales certificadores», algo que los notarios no podían hacer, pues su función consiste, precisamente, en identificar a los firmantes, estampando su firma en el documento afirmando que han presenciado la firma y que el firmante es quien dice ser.

Esta *notarización en blanco* ha permitido que se difundiera otra práctica irregular, la de antedatar las cesiones de créditos hipotecarios después de

(32) Véase *El País*, «Estados Unidos investiga a la banca por un fraude masivo en los desahucios», 23 de noviembre de 2010. Asimismo, «BoFA Mortgage Morass Deepens After employees Says Notes Not Sent», en *Bloomberg*, el 13 de diciembre de 2010.

que la *foreclosure* se haya iniciado. Esta práctica no solamente constituiría perjurio, según la legislación norteamericana, sino que si MERS no fue nunca el *title holder* real sino un mero *nominee* no había nada que ceder, por lo que los deudores incumplidores podrían encontrarse con una propiedad libre de hipotecas.

Algunas notarizaciones bajo sospecha han sido realizadas por notarios que no viven ni trabajan cerca del lugar donde los documentos han sido firmados. Además, muchos de ellos viven en estados limítrofes, cerca de las fronteras estatales. Ello hace altamente improbable que las firmas fueran comprobadas o notarizadas conforme a Derecho (33).

Parece que esta práctica está adquiriendo unas proporciones considerables y, sin duda, se está extendiendo la conciencia acerca de la gravedad de la crisis, hasta el punto de que, tan solo quince después de que se descubriera en juzgados de todo el país que GMAC había realizado falsificaciones de firma —*robo-signing*— de cesiones de créditos hipotecarios que, además, había notarizado falsamente, el pasado 27 de septiembre, el senador Patrick Leahy, presidente del Comité Judicial del Senado, instó la aprobación por el Senado de la *Inter-state Recognition of Notarizations Act*. Recientemente, el presidente Obama ha rehusado aprobar tal ley.

La cuestión se agrava aún más porque propietarios de casas que no las han hipotecado ni solicitado préstamo alguno, o que, habiéndolo solicitado, se hallan al corriente de sus pagos, han sido notificados de que se ha iniciado *foreclosure* contra ellos, lo que demuestra las irregularidades y el caos documental que acompaña a todo este proceso. Entidades como Bank of America, JP Morgan Chase o Citigroup se han visto obligadas a pedir disculpas por haber cometido errores de semejante calibre.

(33) Ello pone de manifiesto otro de los puntos débiles del sistema de seguridad jurídica *ex ante* de Estados Unidos, cual es la organización de su sistema notarial. Es difícil creer que episodios semejantes hubieran podido tener lugar en un país como España salvo, a lo sumo, aisladamente. Para lo que no hubiera servido un sistema notarial de ningún tipo es para la evitación de prácticas crediticias depredatorias, como demuestra la realidad española, corroborada por la propia literatura notarial. Ciertamente es difícil admitir que el notario español admita la falsificación de fechas o identidades, pues la dación de fe es la razón de ser de su función. Cuestión distinta es que pueda intervenir en el diseño jurídico de los créditos y préstamos hipotecarios. Ello no es posible. El notario se limita, en el mejor de los casos, a leer o a trasladar a las partes la lectura de lo que van a firmar. El único órgano con competencia y capacidad para detener *ex ante* la inclusión de cláusulas abusivas en tales contratos es el Registro de la Propiedad mediante la competencia calificadora atribuida al Registrador de la Propiedad, como demuestra la larga lista de cláusulas denegada por estos funcionarios, corroboradas *ex post* por los tribunales, y previamente incluidas en las escrituras notariales. Tal competencia, por ello, es objeto de constantes intentos de erosión cuando no de eliminación. La más reciente, la contenida en la Ley 41/2007, que reforma el artículo 12 de la Ley Hipotecaria. Afortunadamente, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en la RDGRN de 10-12-2010 ha sostenido una interpretación de dicho artículo que permite seguir calificando a los registradores tales extremos.

Ante tal conjunto de irregularidades, que demuestran la nula fiabilidad tanto de las cesiones de créditos hipotecarios como de los documentos aportados para iniciar una *foreclosure*, algunas de las principales entidades financieras han decidido paralizar los procesos de ejecución hipotecaria —v.gr.: Bank of America—, en todo el país, o, al menos en aquellos estados en los que las *foreclosures* son supervisadas judicialmente.

5. CONSECUENCIAS DE LAS IRREGULARIDADES OBSERVADAS EN LAS EJECUCIONES DE LAS HIPOTECAS GESTIONADAS POR EL *MORTGAGE ELECTRONIC REGISTRATION SYSTEM*

Las consecuencias de este gigantesco embrollo son de largo alcance y se producen en ámbitos muy diferentes.

5.1. POR LO QUE SE REFIERE A LOS ACREEDORES HIPOTECARIOS QUE FORMAN PARTE DEL *MORTGAGE ELECTRONIC REGISTRATION SYSTEM*

Está por ver si podrán ejecutar sus hipotecas, en caso de tenerlas. Si no es así, sus activos hipotecarios, sencillamente, se esfumarían, lo que sería un misil en el corazón del sistema financiero de la primera economía del mundo.

La confusión derivada de estas irregularidades —unida a la crisis económica rampante— está induciendo un amplio movimiento dirigido a obtener una moratoria en el pago de las hipotecas hasta que todo este asunto se aclare... si se aclara. De momento, la Administración estadounidense se está mostrando contraria a esta posibilidad (34).

Por otro lado, toda esta confusión retrae a los posibles compradores para concurrir a las subastas, especialmente en aquellos casos en los que la *foreclosure* no requiere intervención judicial —algunos de los estados donde la figura hipotecaria generalizada es el *Deed of Trust*—.

Es más, una de las principales compañías de seguros de títulos de Estados Unidos, la *Old Republic*, cuarta en el *ranking*, afirmó que, hasta nuevo aviso, no asegurará las compras procedentes de ejecuciones hipotecarias instadas por GMAC, afirmación que revisó posteriormente. La más importante compañía de *Title Insurance*, sin embargo, la *Fidelity*, ha afirmado que continuará asegurando tales adquisiciones, pero excluyendo, eso sí, las posibles irregularidades derivadas de los procesos de *foreclosure*, por lo que, en realidad, ha adoptado la misma posición que *Old Republic*.

(34) Véase APPELBAUM, David, *A Foreclosure Tightrope for Democrats*, New York Times, 30 de septiembre de 2010.

En todo caso, resulta sorprendente que los acreedores hipotecarios no hayan sabido medir —por lo que parece— los riesgos derivados de no registrar las cesiones de crédito. Los problemas de ejecución les están causando grandes pérdidas a los accionistas, al menos hasta que todo este asunto se aclare —si se aclara— de forma satisfactoria para los intereses de los acreedores. La explicación quizá haya que buscarla —además de en el mal funcionamiento de las oficinas registrales— en que, con anterioridad a la crisis hipotecaria, el número de hipotecas que se ejecutaban era menos del 1 por 100, y, además, los deudores, normalmente, no realizaban las alegaciones que, posteriormente, se han difundido.

5.2. POR LO QUE SE REFIERE A LOS DEUDORES HIPOTECARIOS

Algunos están desarrollando estrategias oportunistas, otros simplemente demandan que se aclare este lío. Pero los abogados están empezando a desarrollar estrategias que pueden ser sumamente dañinas para las entidades financieras acogidas al sistema MERS. Están presentando *quiet title actions* que, de tener éxito, paralizarían todo tipo de reclamaciones. En algunos casos, además, se están presentando acciones contra MERS por exigir cobros que no tenía derecho a exigir, pues no era el *title holder*.

Sobre las ejecuciones hipotecarias se concentran dudas de gran alcance: Si las *foreclosures* están siendo ejecutadas ilegalmente, entonces, ¿los dueños están siendo expulsados ilegalmente? ¿Y los compradoras, pueden verse privados de la compra de una casa ejecutada, si la ejecución fue ilegal? Semejante confusión incrementará aún más la retracción del mercado inmobiliario e incide directamente en el valor de las *mortgage backed securities* y en la solvencia de los bancos que las adquirieron, así como en el valor de los inmuebles.

5.3. POR LO QUE SE REFIERE A LOS *LAND REGISTRIES* (35)

Los *Land Registries* son dependientes, normalmente, de los gobiernos locales, están presentando reclamaciones, bien directamente, bien mediante particulares que ejercitan *qui tam actions*, reclamando los *recording fees* —derechos de registro— que han dejado de percibir, al no registrarse millones de cesiones de créditos hipotecarios en los mismos.

En California, por ejemplo, ya se han presentado demandas en representación de numerosos gobiernos locales contra MERS y un amplio número

(35) En realidad en Estados Unidos no existen *Land Registries* en el sentido más europeo de la expresión, sino solamente un *Public Recording System* que da publicidad a todo tipo de derechos y de relaciones jurídicas, no solamente a las inmobiliarias.

de entidades financieras —entre las cuales se encuentran Bank of America, JPMorgan Chase y Wells Fargo— por eludir injustamente los requerimientos de *recording* de los condados, privar a los prestatarios del derecho de conocer quién es el titular de la *promissory note* y registrar documentos falsos para poder iniciar y proseguir *foreclosures*, así como, de otro lado, evitar pagos de *recording fees* a los condados y a las ciudades donde se hallan situados los inmuebles. En este sentido, se ha puesto de manifiesto que MERS asegura haber ahorrado al menos 2,4 billones de dólares en *recording fees*. Demandas similares han sido presentadas, al menos, en Nevada y Tennessee.

5.4. POR LO QUE SE REFIERE A LOS INVERSORES EN *MORTGAGE BACKED SECURITIES* (MBS)

Estos están iniciando acciones que pueden significar una auténtica bomba de relojería situada en el corazón del sistema financiero, que puede estallar si los inversores consiguen demostrar que estamos en presencia de un proceso fraudulento desde su origen, del que MERS sería un instrumento necesario y, en consecuencia, deben ser devueltas las cantidades invertidas en MBS a su valor nominal.

La argumentación que están utilizando en sus demandas viene a ser la siguiente:

MERS ha permitido la securitización de las hipotecas y la ocultación de los titulares de las mismas tras un velo de opacidad. Al registrarse las hipotecas fraudulentamente a nombre de MERS en los registros públicos y ocultar a los mismos las diversas cesiones de los créditos garantizados por las mismas, se ha defraudado el propósito de estos registros: que los ciudadanos tuviesen conocimiento de todas las transacciones sobre los inmuebles, a fin de evitarles sorpresas. Esta ocultación facilitó la explosión de una práctica de préstamos depredatorios —*subprime*, pero no solamente— de la cual no podrían ser responsabilizados los prestamistas porque no podrían ser identificados, ni por los prestatarios ni por los inversores seducidos para la compra de paquetes de hipotecas sin valor.

Se afirma, asimismo, que antes de MERS, no hubiera sido posible vender, con beneficio, hipotecas sin valor, ni empaquetarlas y venderlas como *mortgage-backed-securities*. Antes de MERS tampoco les hubiera sido posible a las entidades financieras ocultar a los reguladores gubernamentales la extensión del riesgo de las pérdidas financieras como consecuencia de las prácticas de préstamos predatorios residenciales (36), así como de la reventa y securi-

(36) A pesar de estas alegaciones, tales prácticas fueron debidas, en buena medida, a las presiones de los reguladores, especialmente demócratas, para la concesión de prés-

tización fraudulenta de estos préstamos que, sin embargo, no eran comercializables. Antes de MERS, por último, el beneficiario real de todo *Deed of Trusts* sobre toda parcela en Estados Unidos podía ser rápidamente esclarecido simplemente consultando los registros públicos donde los documentos que reflejan cualquier incidencia sobre los derechos de propiedad inmobiliaria son guardados.

Después de MERS, se afirma, los derechos de cobro de la hipoteca han sido transferidos a una entidad tan enorme que la comunicación no es posible. Solamente está interesada en una cosa: obtener de la ejecución hipotecaria el mayor provecho posible, con lo que el ciclo depredatorio desde la originación de la hipoteca, hasta su reventa y securitización, se cierra. Este sería el esquema posibilitado por la fraudulenta designación de MERS como *beneficiario* en millones de *deeds of trusts* en numerosos estados de los Estados Unidos, y la ocultación a los registros públicos y, por tanto, a los potenciales inversores, de la identidad real de los acreedores hipotecarios. Todos estos *defectos en los títulos* afectan a más de 65 millones de hipotecas en todos los Estados Unidos (37).

6. REFLEXIONES FINALES

6.1. SOBRE LA REGULACIÓN DE LOS DERIVADOS FINANCIEROS. LAS EXIGENCIAS DE CLARIDAD Y SUSCEPTIBILIDAD DE CONOCIMIENTO PÚBLICO

6.1.1. *Planteamiento*

De todos estos acontecimientos, cuyo desenlace afectará profundamente, en un sentido o en otro, al sistema financiero hipotecario norteamericano, se pueden extraer algunas consecuencias.

Con carácter general, lleva razón DE SOTO (38) cuando afirma que el mundo de los derivados financieros es ambiguo y opaco y ello genera desconfianza. En el mundo moderno, caracterizado por la contratación anónima entre per-

tamos para la compra de viviendas a ciudadanos sin recursos o con recursos insuficientes. Según parece, Fannie Mae y Freddie Mac debían dedicar un 22 por 100 de sus préstamos a esta finalidad. Este tipo de políticas tienen, además, un fallo adicional: cuando el ciclo económico inicia la curva descendente producen dos tipos de externalidades negativas. En primer lugar, las propias de las ejecuciones hipotecarias. En segundo lugar, otra más sutil y dañina: la misma política que lleva a subvencionar el crédito a individuos con recursos insuficientes tiende a promover moratorias para salvarlos, con lo que acaba inhabilitando el mercado de crédito.

(37) Véase GILANI, Shah, *What You Don't Know about «Mortgage» Could Crush the U. S. Banking System* —<http://moneymorning.com/20/10/15/mortgagegate/>—.

(38) DE SOTO, H., «Toxic Assets Were Hidden Assets», en *Wall Street Journal*, 25-III-2009.

sonas que se desconocen, la confianza se basa en las afirmaciones contenidas en documentos cuyo valor es indubitado y que actúan, por ello, como *inputs* incuestionables en la práctica judicial y contractual. Esta crisis ha quebrado nuestra confianza en la veracidad de las declaraciones contenidas en los documentos que incorporan derivados financieros.

Para superar la crisis, es necesario restaurar la confianza en los documentos que representan los derechos con los que comerciamos. Para ello viene a proponer que se apliquen a tales derechos los mismos procedimientos que se vienen aplicando a los derechos reales sobre bienes inmuebles, singularmente la claridad y la susceptibilidad de conocimiento público, frente a la ambigüedad y la opacidad que caracterizan a los primeros.

6.1.2. *La exigencia de tipicidad como característica diferencial de los derechos reales frente a los derechos personales*

Creo que, en cierto sentido, no le falta razón a DE SOTO. En efecto, una de las diferencias básicas entre los denominados derechos personales, obligacionales o contractuales y los denominados derechos reales, estriba en que, en los primeros, las partes disponen de una amplia libertad de configuración de su contenido, mientras que en los segundos, no. En estos últimos, rige el principio de *tipicidad* que, en su extremo, se plasma en el *numerus clausus* propio de algunos sistemas. La razón de esta diferencia radica en que los derechos reales implican un aprovechamiento directo y exclusivo de los bienes que debe ser respetados por todos los demás.

Si tales formas de aprovechamiento no fueran típicas —en mayor o menor medida— ello impondría unos costes inasumibles de información para el mercado, pues nadie podría estar seguro de si está violando algún *ius in rem* ajeno. La exigencia de tipicidad, con una modalidad suprema de aprovechamiento —el derecho de propiedad—, y otras formas parciales, que no son sino aspectos sectoriales del derecho de propiedad, unida al hecho de que, en nuestro país, no puede haber bienes inmuebles que sean *res nullius*, queda resuelto el problema de los costes de información para los terceros. Cualquiera sabe que todo bien inmueble es propiedad de alguien, aunque no sepa de quién. Pero ese conocimiento le permite observar en su vida ordinaria un comportamiento respetuoso para con los derechos reales inmobiliarios ajenos. Los derechos de crédito, por el contrario, se limitan a disciplinar relaciones entre partes, las posibilidades de colisión son menores y, en consecuencia, la libertad de configuración mucho mayor (39).

(39) Véase MERRIL, Th. W. y SMITH, H. E., «Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle», en *Yale Law Journal*, vol. 110:1 págs. 40-42.

6.1.3. *La incorporación de los derechos de crédito como método para dotarlos de efectos reales. La necesidad de claridad y simplicidad de los derechos de crédito incorporados como exigencia correlativa a la exigencia de tipicidad de los derechos reales*

Históricamente, la cesión de los derechos de crédito ha planteado y plantea muchas incertidumbres, hasta el punto de que ASCARELLI llegó a afirmar que quien adquiere un crédito bajo el régimen del Derecho Común adquiere una «caja de sorpresas» (40), por cuya razón se fueron buscando modos de dotar de seguridad a estas transacciones, mediante los títulos valores y, singularmente, la letra de cambio.

La letra de cambio incorpora el derecho al documento y la posesión regular de la letra, adquirida mediante endoso, blindando al adquirente frente a cualquier reclamación procedente de alguna vicisitud causal de negocios precedentes referentes al mismo bien.

La técnica de la incorporación, propia del Derecho cartular, dota de seguridad a la cesión de créditos sometiéndola al régimen circulatorio de los bienes muebles. En otros términos, *moviliza* los créditos mediante su *mobilización* (41). Ahora bien, ha de tratarse de derechos de crédito simples, que incorporen una obligación de pago en una determinada fecha, sin mayores complejidades.

Cuando se pretende utilizar esta misma técnica para derechos de crédito complejos, por ejemplo, créditos hipotecarios, y más aún si incorporan derivados financieros, la cuestión comienza a ofrecer muchos riesgos, pues el adquirente, aun cuando adquiera el documento, no está seguro del derecho que adquiere, pues, en numerosas ocasiones, están redactados con enorme ambigüedad, lo que equivale a decir opacidad (42). En estos casos, se pretende dotar a tales créditos, mediante su incorporación a instrumentos negociables, garantizados hipotecariamente, la protección propia de los derechos reales, sin someterse a las exigencias de claridad y susceptibilidad de conocimiento público propias de los mismos. Esto es precisamente lo que ha sucedido con las cesiones de créditos hipotecarios en Estados Unidos mediante el sistema MERS y la titulización de los mismos (43).

(40) ASCARELLI, T., *Teoría general de los títulos de crédito*, pág. 7, traducción de CACHEAUX SANABRIA, R., Ed. Jus, México, 1947.

(41) Véase MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., «La inscripción como título valor o el valor de la inscripción como título», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 703, septiembre-octubre de 2007, págs. 2059-2167.

(42) La opacidad y la ambigüedad de los denominados «derivados financieros» son características unánimemente resaltadas.

(43) Hay que tener en cuenta, además, que en el caso de las cesiones de créditos hipotecarios mediante el sistema MERS, al parecer ni siquiera ha habido endosos propiamente, sino «cesiones en blanco», si es que las ha habido.

Quizá por todo ello, DE SOTO propone, entre otras medidas, que: 1. No debería permitirse ninguna actividad económica basada en la confianza del público que no esté regulada por los principios generales que inspiran la regulación de los derechos reales —*property law*—. 2. Todos los documentos activos y transacciones deben ser registrados en registros públicos que sean accesibles para el público. Solamente mediante el registro y la constante puesta al día de tal conocimiento factual podemos detectar la clase de instrumentos financieros y contractuales excesivamente creativos que nos mantienen sumergidos en la recesión. 3. Los gobiernos no deben tolerar por más tiempo el uso de un lenguaje opaco y confuso en la redacción de los instrumentos financieros. La claridad y la precisión son indispensables para la creación de confianza y de capital a través del papel. Los políticos occidentales no deberían olvidar lo que sus grandes pensadores han sostenido durante centurias: todas las obligaciones y compromisos serios derivan de palabras escritas sobre papel con gran precisión. Los mercados modernos solamente funcionan si el papel es confiable (44). 4. La ley ha de tener en cuenta las externalidades de todas las transacciones financieras de acuerdo con el principio *erga omnes*, el cual fue desarrollado originalmente para proteger a los terceros de las consecuencias negativas de los acuerdos secretos llevados a cabo por aristocracias responsables tan solo ante sí mismas.

6.1.4. *La oscuridad y complejidad de los derechos de propiedad sobre la tierra en la Edad Media y de los derivados financieros en la actualidad. Su función*

Hay, en esta última afirmación de DE SOTO una velada remisión a la situación propia de la propiedad inmobiliaria en la Europa medieval. Curiosamente, KRUGMAN, en el artículo citado, también hace una referencia similar. Observa que el incumplimiento de las leyes por parte de la industria hipote-

(44) DE SOTO, H., *op. cit.* Las demás propuestas son: 1. Todo acuerdo financiero debe estar firmemente vinculado a las prestaciones reales del activo del cual derivan. Alineando las deudas con los activos se pueden crear estándares simples e inteligibles que permitan detectar cuándo una transacción financiera ha sido diseñada para ayudar a la producción y cuándo para apostar sobre las prestaciones de activos subyacentes. 2. Los gobiernos no deberían olvidar nunca que la producción siempre tiene prioridad sobre las finanzas. Como afirmaron ADAM SMITH y KARL MARX, las finanzas sirven de base para la creación de riqueza, pero, por sí mismas, carecen de valor. 3. Los gobiernos pueden fomentar activos para ser movidos, transformados, combinados, recombinados y empaquetados en innumerables *tranches*, siempre que todo ello tienda a mejorar el valor del activo original. Esta ha sido la regla para recompensar la propiedad desde el principio de los tiempos.

caria intenta ser presentado por sus portavoces como la omisión de detalles triviales, sin mayor importancia (45):

«En efecto, ellos están diciendo que si un banco afirma que tu casa le pertenece, su palabra debería ser aceptada. Para mí, esto evoca los días en los que los nobles se sentían libres para tomar cualquier cosa que desearan a sabiendas de que los campesinos no tenían acceso a los tribunales. Ello induce a sospechar que algunos contemplan todo ello como propio de los buenos viejos tiempos» (46).

En efecto, en la Europa medieval (47) existía una estrecha relación entre la propiedad sobre la tierra y el señorío jurisdiccional (48) o, más ampliamente, entre poder político y poder sobre los recursos más valiosos durante esos siglos, casi todos ellos vinculados a la tierra. Puede afirmarse que la forma de visibilizar quién ostentaba el poder político era visibilizar quiénes ostentaban la propiedad sobre la tierra, especialmente cuando la misma iba unida al ejercicio de funciones jurisdiccionales o, más generalmente, señoriales.

En íntima relación con ello, la propiedad sobre la tierra ofrecía perfiles muy confusos (49), una ambigüedad que cumplía una importante función

(45) En efecto, los representantes de la industria hipotecaria suelen referirse a la imposibilidad de aportar las *promissory notes* como incumplimiento de meras *technicalities* o *legal niceties* que no afectarían al fondo del problema: la existencia del préstamo hipotecario y la titularidad sobre el mismo de las entidades que pretenden ejecutarlos.

(46) KRUGMAN, P., *op. cit.*

(47) Como observa GENET, pueden distinguirse dos tipos de feudalismo: en primer lugar, el tipo clásico de feudalismo señorial, donde la autoridad pública se repartía en el seno de las clases dominantes, de manera que las rentas pueden ser aseguradas por el señor feudal y por sus hombres dentro de la extensión del feudo o señorío; en segundo lugar, el feudalismo de Estado, caracterizado por la aparición de una autoridad pública que se va concentrando y extendiendo junto con las señoriales que van perdiendo importancia y que constituye la transición hacia el Estado moderno. Lo que GENET considera feudalismo de Estado, se correspondería con lo que usualmente denominamos absolutismo. Véase GENET, J.-Ph., *La genèse de l'Etat moderne. Culture et société politique en Angleterre*, págs. 11-12, Ed. Presses Universitaires de France.

(48) Este fenómeno —esencial— es puesto de manifiesto especialmente por PESET REIG, el cual, a su vez, pone de manifiesto cómo buena parte de la bibliografía actual ha separado ambas realidades, sobre todo a partir de la Edad Moderna, presentando señorío y propiedad sobre la tierra como dos mundos diferenciados. En su opinión, ello se debe a que en Castilla y Andalucía la estructura señorial evolucionó de forma precoz, lo que ha dado lugar a que los estudios se hayan centrado en la propiedad de las tierras y su explotación sin referirse demasiado a las reliquias señoriales ni al poder jurisdiccional que los señores continuaban disfrutando, mientras que en Cataluña o en Valencia, la mejor conservación de viejos mecanismos feudoseñoriales ha producido una amplísima bibliografía acerca de estas cuestiones. Véase PESET REIG, M., *Dos ensayos sobre la historia de la propiedad de la tierra*. Edersa, 2.^a ed., 1988, págs. 177-179.

(49) Según BARRIO GOZALO, la confusión se acrecienta en algunas regiones como Galicia o Cataluña, donde parece que la propiedad territorial se concibe como un agregado de distintos derechos parciales concurrentes. Véase BARRIO GOZALO, M., «La propiedad

relacionada con la función política de la propiedad sobre la tierra, el activo más valioso antes de la industrialización.

La inexistencia de una organización a la que se le hubiese atribuido el monopolio del uso legítimo de la violencia —Estado—, hacía que determinados miembros de la élite dominante —los más relevantes— se especializasen en la violencia, es decir, en suministrar protección, si bien todos los individuos debían estar preparados para defender sus derechos por la fuerza de las armas (50).

La ambigüedad, la falta de contornos precisos de los derechos de propiedad sobre la tierra, desempeñaban una función importante en este contexto. En efecto, la tierra es el activo primario de las sociedades agrarias, susceptible, además, de una rica variedad de usos, lo que concedía unas amplias posibilidades para que la coalición dominante se autoestructurase de diferentes modos, para determinar las relaciones de sus miembros entre sí y de ellos con el resto de la economía. Así, la flexibilidad en los derechos de control sobre la tierra derivada de la falta de claridad de los mismos servía como instrumento para equilibrar los intereses dentro de la coalición, especialmente entre sus miembros más prominentes, como afirman North, Wallis y Weingast (51), y también para aumentar el poder sobre quienes no formaban parte de la élite dominante. En efecto, la indefinición jurídica juega siempre a favor de quien ostenta el poder político.

Por otro lado, como recuerda KRUGMAN, los campesinos tardaron mucho tiempo en tener acceso a los tribunales reales. Durante largo tiempo, los conflictos entre ellos y el señor los juzgaban jueces nombrados por este último.

La nobleza, que, en general, poseía una situación privilegiada, lograba a través de sus jurisdicciones, un poder en sus señoríos que les aseguraba su

eclesiástica en la España del antiguo régimen», en *Historia de la propiedad en España. Siglos XV y XX*, pág. 19, coords.: DE DIOS, S.; INFANTE, J.; ROBLEDO, R., y TORIJANO, E. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999.

(50) Véase NORTH, D. C.; WALLIS, J. J., y WEINGAST, B. R., *Violence and Social Orders. A conceptual Framework for Interpreting Recorded Human History*. Cambridge University Press, 2009, págs. 18-19. La razón estriba en que los especialistas en violencia pueden proporcionar protección a pequeños grupos de clientes, pero la mayor amenaza contra un especialista en el uso de la violencia es otro especialista.

(51) Véase NORTH, D. C.; WALLIS, J. J., y WEINGAST, B. R., *Violence and Social Orders. A conceptual Framework for Interpreting Recorded Human History*. Cambridge University Press, 2009, págs. 78-79. Observan estos autores que al menos a partir del siglo XIII —*Quia Emptores*— una parte de las instituciones del Derecho inglés sobre la tierra evolucionaron para dotar de mayor seguridad al derecho de propiedad sobre la tierra, pero la evolución se produjo de manera que permaneció la ambigüedad acerca de quién era el verdadero propietario a la hora de vender o tras la muerte. Desde nuestra actual perspectiva, percibimos tal ambigüedad como una grieta del sistema, pero, sin embargo, ello facilitaba a la coalición dominante usar el control sobre la tierra para estructurar y ajustar la distribución del poder político y económico al cambio de circunstancias (*op. cit.*, pág. 100).

posición: nombraba a las autoridades y resolvía sus conflictos. En este contexto, no había tercero independiente que decidiese en caso de conflicto entre los señores y los campesinos.

En el sistema inglés de tenencia de la tierra, por ejemplo, múltiples individuos tenían intereses sobre una misma extensión de tierra. En los más altos niveles de tenencia, los tenedores en jefe poseían sus tierras en *freehold* aunque poseyeran muchas de ellas en concepto de caballeros o en otros conceptos relacionados con los servicios militares. Muchos de los tenedores que derivaban su tenencia de estos tenedores poseían, a su vez, la tierra, en *freehold*. Todos estos individuos podían acudir a los tribunales reales para resolver sus disputas sobre la tierra. En lo más bajo de la escala social, los villanos y los *copy holders* no tenían acceso a los tribunales reales. Únicamente podían acudir a los tribunales de los *Manors* del señor cuya tierra poseían. No consiguieron acceder a los tribunales reales hasta 1660.

En la Península, las cosas eran parecidas. La nobleza, en general, gozaba de una situación privilegiada en todos los órdenes. En sus conflictos surgieron dos justicias distintas. Los conflictos de los grandes señores entre sí o de éstos con obispos u órdenes los decidía el rey; los conflictos entre los campesinos los decidía el señor —el rey si tenían lugar en territorios de realengo—; los conflictos entre el señor y los campesinos los decidía el rey —aunque también a este nivel el poder de un noble o de un monasterio era muy grande (52) y podía resultar decisivo—. No obstante, en los territorios de la Corona de Aragón, al menos hasta los Decretos de Nueva Planta en Valencia, los señores conservaron el poder de nombrar jueces para todo lo relacionado con la enfiteusis (53).

Como observa PESET REIG, conforme el poder regio se fue haciendo más fuerte, fueron desapareciendo, en mayor o menor medida, este tipo de facultades señoriales, especialmente porque un ejército real las fue haciendo innecesarias o fueron quedando implícitas en el poder del monarca (54). No desaparecerán completamente, sin embargo, hasta la abolición de los señoríos jurisdiccionales en 1837. Ello supuso la unificación de la condición jurídica de los españoles y les colocó bajo la autoridad exclusiva del Estado (55).

(52) PESET REIG, M., *op. cit.*, págs. 169-188.

(53) Véase RUIZ TORRES, P., «Señorío y propiedad en la crisis del antiguo régimen», en *Historia de la Propiedad en España. Siglos XV y XX*, pág. 19, coords.: DE DIOS, S.; INFANTE, J.; ROBLEDO, R., y TORIJANO, E. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999, pág. 334.

(54) PESET REIG, M., *op. cit.*, pág. 159.

(55) La supresión de los señoríos se articula fundamentalmente a través de la Ley de 26 de agosto de 1837, aunque, con anterioridad, el Decreto de 6 de agosto de 1811 había previsto la abolición del régimen señorial y durante el trienio se había aprobado la Ley de 23 de mayo de 1823. Mediante estas normas se sentaron las bases jurídicas para la transformación de los dominios señoriales en propiedad particular, cuyo resultado será la des-

6.1.5. *La superación de la ambigüedad. Estado de Derecho y Registro de derechos*

En síntesis, cuando el recurso más valioso era la tierra, existía una estrecha relación entre poder político y propiedad sobre la tierra, los derechos sobre la misma eran confusos y, por lo tanto, opacos, lo cual cumplía una doble función: facilitaba la constante reasignación de poder dentro de la élite dominante y era un instrumento de poder de la misma sobre los súbditos, instrumentado, además, por el sistema de resolución de conflictos entre los campesinos y los señores, los cuales eran decididos por jueces nombrados por estos últimos.

El triunfo del Estado de Derecho, la proclamación del derecho de propiedad privada individual y libremente transferible, la creación de los modernos sistemas registrales sobre la base de los sistemas de transmisión de propiedad regulados por los modernos Códigos Civiles, especialmente los registros de derechos, la exigencia de tipicidad en la configuración de los derechos reales, y el reconocimiento del derecho de todo aquel que tenga interés legítimo en acceder al conocimiento de los titulares de los derechos reales inmobiliarios y de la configuración de éstos, supusieron la sustitución del antiguo régimen por el Estado liberal democrático y la economía de mercado, las formas organizativas que mayor bienestar han proporcionado a la humanidad.

En los tiempos presentes, el recurso más valioso ya no es la tierra —lo que no significa que no sea sumamente valioso, e, incluso, que no sea el recurso más valioso en última instancia— sino los activos financieros. Las instituciones financieras, creadoras y dueñas de gran parte de tales activos, han adquirido un enorme tamaño y su ámbito de actuación es, en muchos casos, global.

Por otro lado, el crédito es una de las grandes palancas de la economía moderna, uno de los componentes esenciales de la savia que circula por las arterias de todo el sistema económico. No solamente lo necesitan los agentes privados sino también el Estado, pues el Estado moderno es, en mayor o menor medida, un Estado social, un Estado prestador de servicios. Para ello, se financia, de un lado, con impuestos, es decir, detrayendo una parte sustancial de los ingresos de los ciudadanos, y, de otra, recurriendo a los mercados de crédito, mediante la emisión de variados instrumentos financieros.

aparición de las jurisdicciones y de las prestaciones personales y, en definitiva, el fin del régimen sensorial en España. Sin embargo, ya desde mediados del siglo XVIII era evidente la escasa rentabilidad de los derechos jurisdiccionales y personales de los señores, frente al incremento del valor de la tierra, por lo que los señores fueron aumentando paulatinamente sus propiedades, como si de algún modo intuyeran lo que se avecinaba. Véase DOMÍNGUEZ ORTIZ, A., «Régimen señorial y reformismo borbónico», en *Sociedad y Estado en el siglo XVIII español*, pág. 440, Barcelona, 1984. Véase, también, MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., *De la publicidad contractual a la titulación registral. El largo proceso hacia el Registro de la Propiedad*. Ed. Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2008, págs. 96-98.

Ello hace que los agentes privados y los estados compitan entre sí por la captación de los recursos financieros necesarios.

Por todo ello, la relación entre poder financiero y poder político es inevitable, al igual que en la Edad Media lo era entre propiedad sobre la tierra y poder político. Y, al igual que en la Edad Media, los miembros de la élite dominante —los señores feudales— gozaban de un amplio margen para imponer su ley, pues todavía no se había impuesto el absolutismo primero y el Estado de Derecho después, las instituciones financieras de alcance global gozan de una amplia capacidad de actuación, pues los estados no han sido capaces aún de crear mecanismos globales para la imposición de un monopolio de actuación legal —y, en última instancia, de coacción física— sobre sus actividades.

Las interrelaciones entre los estados y las instituciones financieras son muy complejas. Por un lado, los estados —o ciertas organizaciones supraestatales como la Unión Europea— tienen el poder de emisión de moneda, así como las competencias regulatorias y supervisoras, pero solamente dentro de sus territorios. Por otro, necesitan a las entidades financieras para que les proporcionen recursos. Estas últimas tienen recursos financieros de los que deben que rendir cuentas a sus inversores y se hallan fuertemente presionadas por las exigencias de la competencia y las presiones de los estados. La crisis financiera que se puso de manifiesto en 2007 no es sino la expresión de estas complejas interacciones.

La opacidad y la ambigüedad de los instrumentos financieros parecen jugar el mismo papel que jugaba la opacidad y la ambigüedad de la propiedad sobre la tierra en la Edad Media. Por otro lado, la pretensión de que, en el caso de las hipotecas que constituyen el objeto de este trabajo, puedan ser ejecutadas sin necesidad de exhibir los documentos que acreditan el derecho que se pretende ejecutar y la vulneración del mismo, sino tan solo mediante la presentación de una declaración jurada que sustituya tales documentos, equivale a la situación medieval descrita anteriormente en la cual los conflictos entre los campesinos y los señores los decidían jueces nombrados por estos últimos. En efecto, si un juez, por muy independiente que sea formalmente, debe ejecutar las declaraciones juradas de las entidades financieras, ello equivale a decidir que su función consiste en limitarse a ejecutar sus órdenes.

La propuesta de DE SOTO no carece de sentido. Es una propuesta de solución inspirada en las adoptadas para la creación de un mercado inmobiliario eficiente tras la demolición del antiguo régimen. Viene a proponer la creación de un Registro de derechos (56) para los instrumentos financieros adaptados

(56) Esta idea se desprende de lo expuesto por DE SOTO en su obra más celebrada: «Aunque establecido para proteger tanto la seguridad del título como la de las transacciones, es obvio que los sistemas occidentales profundizan esta última. La seguridad se

a las características de estos últimos, y sin perder de vista que estos últimos solo tienen valor en cuanto colectan recursos para la producción, pero no en sí mismos.

Se trata, sin duda, de una propuesta valiosa, pero insuficiente. La existencia de tales registros, por sí sola, no hubiera evitado las hipotecas basura. Se requiere, previamente, una infraestructura legal sofisticada que regule adecuadamente los mercados hipotecarios primario y secundario, lo que, a su vez, requiere, una organización adecuada de los derechos de propiedad, de modo que sean, simultáneamente, seguros y fácilmente transferibles, es decir, líquidos. No debe olvidarse que la creación de la mayor parte de los registros de la propiedad inmobiliarios europeos fue una medida instrumental para el desarrollo del crédito hipotecario en los diferentes países, lo cual requería derechos de propiedad sobre la tierra seguros y líquidos simultáneamente, para lo cual, en algunos países, se crearon los registros de derechos, la institución a cuyo través se instrumenta el derecho de la seguridad del tráfico en el ámbito inmobiliario (57). Los registros de documentos, vigentes también en algunos países, suponen, tan solo, una medida paliativa

acentúa a fin de hacer confiables las transacciones para facilitar que los activos de las personas lleven una vida paralela como capital.

En cambio, en la mayoría de los países en vías de desarrollo, la ley y las oficinas del gobierno siguen entrampadas en la antigua normatividad colonial y romana, más orientada a proteger el título que a las transacciones. Se limitan a ser guardianes de los deseos de los muertos. Esto acaso explique por qué crear capital sobre propiedades occidentales es tan sencillo, y por qué en los países en vías de desarrollo y en los que salen del comunismo, la mayor parte de los activos se han escabullido del sistema formal legal en busca de movilidad». DE SOTO, H., *El misterio del capital. Por qué el capitalismo triunfa en Occidente y fracasa en el resto del mundo*, pág. 82. Ed. Península, Barcelona, 2001.

(57) Véase WESENER, G., y WESENER, G., *Historia del Derecho Privado Moderno en Alemania y en Europa*, págs. 296-308, traducido por J. J. DE LOS MOZOS TOUYÁ. Ed. Lex Nova, Valladolid, 1998. Por lo que se refiere a España, la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley para la reforma de la legislación hipotecaria, de 11 de febrero de 1858, es de una claridad meridiana: «Cuando la propiedad no puede transmitirse fácil y seguramente, no acuden los capitalistas a emplear sus fondos en préstamos con hipoteca. La escasez de la oferta produce la carestía del interés de los capitales prestados como compensación del riesgo a que se exponen los prestamistas». Asimismo, la Exposición de 6 de junio de 1860, de los Motivos y Fundamentos del Proyecto de Ley Hipotecaria: «Nuestras leyes hipotecarias están condenadas por la ciencia y por la razón, porque ni garantizan suficientemente la propiedad, ni ejercen saludable influencia en la prosperidad pública, ni asientan sobre sólidas bases el crédito territorial, ni dan actividad a la circulación de la riqueza, ni moderan el interés del dinero, ni facilitan su adquisición a los dueños de la propiedad inmueble, ni aseguran debidamente a los que sobre esta garantía prestan sus capitales. En esta situación... la reforma es urgente e indispensable para la reacción de bancos de crédito territorial, para dar certidumbre al dominio y a los demás derechos sobre la cosa, para poner límites a la mala fe y para libertar al propietario del yugo de usureros despiadados». La creación del Registro de la Propiedad se contempla, por tanto, como un paso previo necesario para la creación de un mercado hipotecario.

de las insuficiencias del Derecho Común en un entorno de contratación impersonal (58).

Por otro lado, la historia siempre es la misma. En la mejor de las hipótesis, el mal funcionamiento del Registro conlleva la búsqueda, por parte de los operadores privados, de soluciones alternativas, las cuales, finalmente, pueden acabar creando más problemas de los que resuelven. MERS es un registro privado de prestamistas, que difícilmente puede ser imparcial, como demuestran los hechos, a la hora de reclamar a los deudores hipotecarios, y, eventualmente, en los conflictos entre entidades financieras miembros de MERS y no miembros del sistema. En el peor de los casos, el mal funcionamiento sirve de argumento para obtener un ámbito de poder mayor que el otorgado por las leyes, se intenta eludir el Registro y, cuando no se puede, entonces se intenta capturarlo en beneficio de los propios intereses y a costa de otros intereses legítimos pero con menor capacidad de interlocución política.

En el caso de los Estados Unidos, un amplio grupo de entidades hipotecarias, entre las que se encuentran casi todas las más importantes del país, incluyendo a *Fannie Mae* y *Freddy Mac*, ante las deficiencias del sistema registral —disperso y gobernado por leyes locales— no optaron por proponer la reforma del mismo, probablemente porque al ser competencia de los diversos estados, ello se revelaba como una tarea ingente. Por el contrario, optaron por reformar el sistema registral, sin reformar las leyes que lo regulan. Probablemente, han confiado en su inmenso poder para atribuirse funciones legislativas que no les competen. Junto con esta razón, cabe también otra interpretación adicional: la reforma del sistema registral sin reforma de las leyes que los regulan les permitía adoptar técnicas de cesión de créditos cuya admisión por el regulador podría ofrecer dudas, entre otras razones, por la cantidad de *fees* y de *taxes* que las administraciones locales dejarían de percibir.

Causa, por otro lado, sorpresa, que el proceso de titulización de créditos hipotecarios exija la inscripción de las cesiones de los títulos hipotecarios en los registros públicos. Parece que tales títulos —*Mortgage Backed Securities* o *MBS*— tienen más en común con nuestras participaciones hipotecarias que con nuestros bonos y cédulas hipotecarios.

Podría bastar con hacer constar en el Registro, al margen de la inscripción de hipotecas titulizadas, precisamente su titulización, pero sin necesidad de hacer constar cada transmisión del título hipotecario, sin perjuicio, eso sí, de inscribir en el Registro las cesiones de los créditos hipotecarios, titulizados o no.

(58) Esta tesis la desarrollo ampliamente en un libro de próxima publicación titulado *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica de intercambio impersonal*.

6.2. LAS RECIENTES REFORMAS HIPOTECARIAS EN ESPAÑA: UNA PELIGROSA TENDENCIA HACIA LA VOLATILIZACIÓN DE LA SEGURIDAD DEL MERCADO HIPOTECARIO

6.2.1. *La supresión de la nota marginal de afección de cada una de las hipotecas que sirven de cobertura a las emisiones de bonos hipotecarios*

Ese es precisamente el sistema que se seguía en España hasta que fue derogado por la desdichada, por muchas razones, Ley 41/2007. Hasta esa Ley, la Ley 2/1981, reguladora del Mercado Hipotecario, exigía que, en caso de emisión de bonos hipotecarios —títulos similares a las cédulas, pero de mayor calidad— se hiciese constar en el Registro de la Propiedad, por nota marginal, la afección de cada una de las hipotecas escogidas como garantes de la emisión.

La Ley 41/2007 suprimió tal requisito por considerarlo una «traba administrativa», lo que se justifica, en la Exposición de Motivos, alegando que «tales trabas han obstaculizado el desarrollo de los bonos hipotecarios», y, además, alegando que, mediante tal supresión, se conseguía «un trato administrativo neutral de los bonos frente a las cédulas hipotecarias» (59).

En su lugar, se introduce la siguiente regulación —en el art. 6 de la Ley 41/2007, que modifica el art. 13 de la Ley 2/1981—:

«La entidad emisora de los bonos hipotecarios llevará un registro contable especial de los préstamos y créditos hipotecarios afectados a la emisión y, si existen, de los activos de sustitución incluidos en la cobertura, así como de los instrumentos financieros derivados vinculados a la emisión».

Esta solución puede parecer acertada o no —es, en todo caso, discutible y resta transparencia y credibilidad al proceso de titulización (60)—, pero está referida exclusivamente a los bonos y cédulas, no a las cesiones de créditos hipotecarios, tal y como sucede en el sistema MERS, en el que las titularidades de los créditos hipotecarios aparecen ocultas bajo su adscripción a MERS, en una doble condición simultánea de agente y de principal, lo cual se ha erigido en el núcleo de todos los problemas de ejecución.

(59) Algo no bien justificado porque, precisamente, se trata de diferenciar bonos y cédulas, dotando de mayores exigencias a los primeros, precisamente para garantizar su mayor seguridad como garantía.

(60) En efecto, el hecho de que consten identificadas en los registros públicos las hipotecas que respaldan la emisión de bonos hipotecarios, confiere robustez a los títulos, pues tal identificación pública veda cualquier posibilidad de alteración, a través de procedimientos más o menos ingeniosos, de la composición de la cartera hipotecaria que respalda la emisión.

6.2.2. *La norma contenida en el artículo 98.2 de la Ley 24/2001, modificado por la Ley 24/2005*

El riesgo de comportamiento depredatorio, es, en cualquier caso, universal, como advierten, con carácter general, entre otros, NORTH (61) y OLSON (62). En relación al Registro, en España lo hemos vivido, lo estamos viviendo y, en parte, lo estamos sufriendo: ciertas medidas introducidas, por ejemplo, por la Ley 24/2001, o por la más cercana Ley 41/2007: 1. Han aumentado el riesgo para los propietarios que actúen mediante apoderado. 2. Pretenden dificultar que los registradores califiquen la legalidad de las denominadas cláusulas financieras de los préstamos hipotecarios —intento afortunadamente vedado por la reciente Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1-10-2010—, lo que es muy grave porque los jueces no las pueden enjuiciar en el procedimiento especial de ejecución, sino tan sólo posteriormente, una vez ejecutada la hipoteca y subastada la vivienda, si el deudor inicia un nuevo procedimiento, este, largo y engorroso, o 3. Hacen más oneroso a los deudores hipotecarios derechos reconocidos por otras leyes —cambio de acreedor—, hasta el punto de hacerlos prácticamente inviables.

En efecto, en cuanto el artículo 98 de la Ley 24/2001, reformado posteriormente por la Ley 24/2005, supone un claro aumento de los riesgos para el titular registral, en el caso de que se siga negando al Registrador la competencia para calificar la suficiencia o no de las facultades representativas alegadas por un apoderado para disponer del derecho del titular inscrito, como ha venido haciendo la Dirección General de los Registros y del Notariado durante los últimos tiempos, si bien parece estar reorientando su postura en el sentido de reconocer que el Registro tiene competencias calificadoras también en este terreno, como dicta el más elemental sentido de la realidad (63).

En efecto, es necesario considerar que la característica fundamental del Registro de Derechos es el denominado efecto fe pública registral, el cual implica la derogación de la regla de la reivindicabilidad ilimitada propia

(61) Véase NORTH, D. C., *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico, especialmente*, págs. 72 a 75. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1995.

(62) OLSON, M., *Poder y prosperidad. La superación de las dictaduras comunistas y capitalistas*. Ed. Siglo XXI. Madrid, 2001.

(63) El artículo 34 de la Ley 24/2005 introdujo la siguiente modificación: «Se modifica el apartado segundo del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, quedando redactado de la siguiente forma:

2. *La reseña por el notario de los datos identificativos del documento auténtico y su valoración de la suficiencia de las facultades representativas harán fe suficiente, por sí solas, de la representación acreditada bajo responsabilidad del notario. El registrador limitará su calificación a la existencia de la reseña identificativa del documento, del juicio notarial de suficiencia y a la congruencia de éste con el contenido del título presentado, sin que el registrador pueda solicitar que se le transcriba o acompañe el documento del que nace la representación».*

del Derecho Común. Bajo la regla de la reivindicabilidad limitada, propia del Derecho de la seguridad del tráfico, que el Registro de Derechos instrumenta en el ámbito inmobiliario mediante el efecto fe pública registral, el *dominus* pierde uno de los atributos esenciales del dominio, especialmente del inmobiliario —la posibilidad de reivindicar de un tercer adquirente a título oneroso y de buena fe (64)— a cambio de evitar la posibilidad de sufrir una acción reivindicatoria en el caso de no haber adquirido del denominado *versus dominus*, pese a haber adquirido a título oneroso y conforme a las reglas de la buena fe, riesgo siempre presente en un contexto de información escasa y asimétricamente distribuida acerca de las titularidades y cargas recayentes sobre los inmuebles que se desean adquirir.

Esta es la transformación radical que introduce el Derecho de la seguridad del tráfico en el ámbito inmobiliario y ejecuta el Registro de Derechos mediante la atribución a la inscripción del efecto fe pública registral. En contrapartida, el Estado —a través del Registro— debe velar para que no disponga del derecho inscrito quien no sea titular registral o no tenga facultades suficientes para ello.

(64) Esta es la transformación radical que introduce el Derecho de la seguridad del tráfico en el ámbito inmobiliario y ejecuta el Registro de derechos mediante la atribución a la inscripción del efecto fe pública registral. En contrapartida, el Estado —a través del Registro— debe velar para que no disponga del derecho inscrito quien no sea titular registral o no tenga facultades suficientes para ello. De la fiabilidad del Registro en el cumplimiento de esta exigencia, entre otras, depende la viabilidad del sistema. El titular pierde la acción reivindicatoria frente a terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe, con la finalidad de facilitar la liquidez del derecho, a cambio de que el Estado, mediante el sistema registral, impida que un tercero pueda disponer de su derecho sin su consentimiento. La exigencia legal del tracto sucesivo —así como de la prioridad en sentido formal— y su control por el encargado del Registro constituyen la garantía de que si dispone alguien distinto del titular registral, tal disposición no tendrá acceso al Registro, el adquirente negocial sólo estará protegido por una regla de responsabilidad frente al disponente no registral, y el titular registral seguirá conservando el poder de disposición. Esta es también la razón por la cual se atribuye al encargado del Registro la calificación de las facultades del representante del titular registral en todos los registros de derechos. En nuestro país se discute si tal calificación fue atribuida a los notarios por el artículo 98 de la Ley 24/2001, posteriormente reformado por la Ley 24/2005. Aunque la jurisprudencia sigue una línea vacilante, la cuestión no debería ofrecer duda alguna: la legislación vigente en nuestro país permite ser interpretada en el sentido de que tales facultades calificadoras sigan atribuidas a los encargados de los registros. Esta es, además, la interpretación más eficiente: es la que mejor protege al titular registral —pues al no poder ser elegido el registrador por el representante sujeto a calificación se evitan los inevitables riesgos derivados de la contratación múltiple en caso de calificación notarial— sin imponerle coste complementario alguno. Es, sin duda, la solución que mejor satisface a todos los intereses en juego —salvo, desde luego, los intereses corporativos del notariado—. La fundamental misión del notariado no consiste en la calificación de la suficiencia de las facultades representativas sino en desplegar la diligencia profesional necesaria para: 1. Asegurar una correcta identificación de las partes, de modo que se eviten los fraudes de identidad, en todo caso, los cuales, en caso de terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe, darían lugar a una pérdida del derecho por el titular registral, y 2. Asegurar que el consentimiento es libremente prestado.

De la fiabilidad del Registro en el cumplimiento de esta exigencia, entre otras, depende la viabilidad del sistema. El titular pierde la acción reivindicatoria frente a terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe, con la finalidad de facilitar la liquidez del derecho, a cambio de que el Estado, mediante el sistema registral, impida que un tercero pueda disponer de su derecho sin su consentimiento.

La exigencia legal del tracto sucesivo —así como de la prioridad en sentido formal— y su control por el encargado del Registro constituyen la garantía de que si dispone alguien distinto del titular registral, tal disposición no tendrá acceso al Registro, el adquirente negocial solo estará protegido por una regla de responsabilidad frente al disponente no registral, y el titular registral seguirá conservando el poder de disposición.

Esta es también la razón por la cual se atribuye al encargado del Registro la calificación de las facultades del representante del titular registral en todos los registros de derechos. En nuestro país se discute si tal calificación fue atribuida a los notarios por el artículo 98 de la Ley 24/2001, posteriormente reformado por la Ley 24/2005. Aunque la jurisprudencia sigue una línea vacilante, la cuestión no debería ofrecer duda alguna: la legislación vigente en nuestro país permite ser interpretada en el sentido de que tales facultades calificadoras sigan atribuidas a los encargados de los registros y esa es la interpretación que mejor satisface todos los intereses en juego y, por lo tanto, la que, en mayor medida, facilita la cooperación y el intercambio.

En efecto, es la interpretación que mejor protege al titular registral, pues al no poder ser elegido el registrador por el representante sujeto a calificación se evitan los inevitables riesgos derivados de la contratación múltiple en caso de calificación notarial, sin imponer a nadie coste complementario alguno. El titular registral poderdante puede estar tranquilo porque el apoderado no puede elegir al calificador de sus facultades representativas, ni influir en él.

Dado que el apoderado no es el único interesado en elegir calificador sino también —y, sobre todo—, el titular registral poderdante, de atribuirse la competencia para calificar la suficiencia del poder al notario, el poderdante debería tener derecho de poder intervenir también en la elección del calificador, lo que daría lugar a un procedimiento más complicado (65).

En definitiva, si se atribuyesen al notario facultades calificadoras de la suficiencia del poder, los derechos inscritos no serían más líquidos pero sí más inseguros, que si se atribuyese tal facultad al Registro de la Propiedad. Si se articulase un procedimiento para que pudiesen elegir calificador todos

(65) En el caso de elección de calificador deben intervenir todos los afectados por su decisión —es decir, poderdante y apoderado— y no solo uno. Sobre las consecuencias de atribuir un monopolio de elección a una de las partes o a sus representantes, véase MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., «Estado, Propiedad, Mercado», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 708 —julio-agosto de 2008—, especialmente págs. 1559 y sigs.

los interesados —como sería inevitable— los derechos inscritos serían igual de seguros que si se atribuyera tal facultad al Registro, pero serían menos líquidos. Si se atribuye dicha facultad al Registro competente —no elegible por el poderdante ni por el apoderado— los derechos inscritos serían más seguros que si se atribuyese tal competencia al notario, pero serían igualmente líquidos, y, en ese caso, los derechos inscritos serán más líquidos que si se articula un procedimiento *ad hoc*, pero serían igualmente seguros. Por lo tanto, en este caso, como en todos los demás, el *trade off* entre seguridad y liquidez de los derechos en el ámbito inmobiliario, se supera atribuyendo las facultades de supervisión legal al Registro de derechos, es decir, al Estado.

6.2.3. *La reforma del artículo 12 de la Ley Hipotecaria operada por la Ley 41/2007 en relación a la calificación de las cláusulas financieras de los préstamos y créditos hipotecarios*

Por lo que se refiere a los intentos de suprimir la competencia del Registro de la Propiedad para supervisar la legalidad de las denominadas cláusulas financieras, la citada Ley 41/2007, ha modificado el artículo 12 de la Ley Hipotecaria, con la finalidad, según ha interpretado la Dirección General de los Registros y del Notariado, de impedir que el Registrador pueda calificar las denominadas «cláusulas financieras», sin que ello prive al acreedor hipotecario de la posibilidad de utilizar el procedimiento especial de ejecución de bienes hipotecados regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que el deudor solo puede oponer error o falsedad —lo que, en este caso, requiere la interposición de la correspondiente querrela criminal—. Ello significa que ni el Registrador puede calificar *ex ante* tales cláusulas, ni, en consecuencia, tampoco el juez *ex post* en dicho procedimiento. En él tan solo puede apreciar error o falsedad, pero ninguna otra causa de oposición basada, por ejemplo, en la ilegalidad de una «cláusula financiera». Estas cuestiones solo podrán verse en el correspondiente plenario. Entre tanto, existen muchas posibilidades de que la deuda haya sido ejecutada y la casa subastada.

Para obtener semejante privilegio, las entidades financieras utilizaron la coartada de que ya «calificaban» los notarios. Pretendieron y consiguieron que «calificaran» quienes no se hallan en condiciones de hacerlo, debido a la naturaleza esencialmente económica de su actividad, tal y como dictamina el denominado *Informe Bremen* (66), realizado por encargo de la Comisión

(66) El Informe recibe el nombre de *Conveyancing Services Market*. Ha sido coordinado por C. U. SCHMID del Centre of European Law and Politics —ZERP— de la Universidad de Bremen. El informe afirma que el ejercicio de la profesión notarial, incluso en el sistema del denominado «notariado latino» no constituye ejercicio de autoridad pública. Aunque la regulación doméstica califique al titular como «autoridad pública»

Europea para evitar la calificación del órgano que sí puede hacerlo debido a su independencia efectiva, lo que garantiza su neutralidad. Los grandes perjudicados, los deudores hipotecarios. La prueba puede encontrarse en la notable cantidad de resoluciones que dan (dieron) la razón a los registradores que, en el ejercicio de su función calificadora, denegaron cláusulas abusivas para con los deudores incluidas en las correspondientes escrituras de préstamo hipotecario «autorizadas» por los correspondientes notarios.

Sin ánimo exhaustivo ni mucho menos, debido al ejercicio de su competencia calificadora por los registradores, hoy no son inscribibles cláusulas como las que siguen, claramente perjudiciales para los deudores, todas ellas incluidas en las correspondientes escrituras públicas: 1. La cláusula por la que el tipo de interés variable sea el que rija como preferencial en el mismo banco prestamista para préstamos con garantía hipotecaria, ya que los efectos de los contratos no pueden quedar al arbitrio de una de las partes contratantes, y aunque se estipule que el deudor no conforme con el nuevo tipo tenga la opción de devolver el préstamo —Resoluciones de 7-9-88 y 13-11-90—. 2. La cláusula en cuya virtud, en caso de interés variable, la exigencia de un tipo máximo opera en relación a terceros adquirentes de la finca hipotecada, pero no *inter partes*. Fue confirmada la nota del Registrador, en cuya virtud, la exigencia de tope máximo opera también *inter partes* —Resolución de 16-2-90—. 3. Gracias, asimismo, a las notas de diferentes registradores, el límite de los cinco años establecido por la Ley Hipotecaria opera también en relación a los intereses de demora y tanto en las relaciones *inter partes* como en las relaciones *inter tertios* —multitud de resoluciones—. 4. Por la misma razón —calificación registral denegatoria— ha de fijarse la responsabilidad hipotecaria máxima por intereses, separando dos señalamientos de responsabilidad máxima: una cantidad para intereses remuneratorios, y otra distinta para intereses moratorios, cantidad máxima que ha de someterse al tipo fijado por la Ley Hipotecaria —RDGRN de 23-10-97, entre otras—. 5. Por idéntica razón, respecto de los intereses ordinarios y de demora, el límite máximo prescrito en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria debe computarse conjuntamente —RDGRN de 22-7-96—, y no separadamente como se pretendía en la escritura pública presentada. 6. Tampoco son admisibles las cláusulas de vencimiento anticipado por falsedad en la declaración, por incumplimiento con carácter general de las obligaciones del contrato, por la situación consursal o de quiebra del deudor, por la existencia de procedimientos de ejecución y embargo contra el deudor, ni por la transmisión de la propiedad de la finca

—por ejemplo: sujeta a la supervisión del Ministerio de Justicia— y aunque realice funciones de control, de legalidad o del cumplimiento de requisitos fiscales, su función es «esencialmente económica en cuanto a su naturaleza». Véase, asimismo, el fundamental trabajo de ARRUÑADA, B., «Market and Institutional Determinants in The Regulation of Conveyancers», en *European Journal of Law and Economics*, 2007.

hipotecada —Resoluciones de 27-1-86, 24-4-92 y 15-7-98—. 7. Tampoco es admisible, como constaba en la escritura autorizada, la prohibición absoluta de arrendar sin consentimiento del acreedor —RDGRN de 27-1-86—. 8. Tampoco resulta aceptable, como se pretendía en la correspondiente escritura, imponer al deudor la obligación de devolver el capital de la hipoteca si se enajena o grava la finca, o es objeto de embargo o de anotación preventiva. Ello es contrario al principio de libertad de contratación que inspira la legislación civil y que es principio básico del Derecho Hipotecario. Tales limitaciones disminuyen para el dueño la posibilidad de constituir nuevas hipotecas y contrarían el fomento del crédito territorial —RDGRN de 8-11-93—. 9. Tampoco resulta admisible la cláusula de vencimiento anticipado si la depreciación de la finca hipotecada debe ser apreciada por un perito designado parcialmente —Resolución de 4-7-84—. 10. En general, no es posible hacer depender el vencimiento de la hipoteca de cualquier comportamiento del deudor distinto del propio cumplimiento de la obligación garantizada —RDGRN de 23-10-87—.

Después de la Ley 41/2007, difícilmente podrá haber más calificaciones denegatorias sobre esas materias, en caso de seguir la doctrina sentada y no rectificadas en las Resoluciones de la DGRN (21 de diciembre de 2007, 14 de enero, 1 y 8 de febrero, 31 de marzo y 24 de julio de 2008) sino tan sólo sentencias en juicios plenarios. De eso se trataba, y eso es lo que consiguieron las entidades financieras gracias a las interpretaciones de la DGRN. No obstante la STS de 16 de septiembre de 2009, al declarar abusivas determinadas cláusulas habitualmente recogidas en las hipotecas puede ayudar a volver a enderezar la cuestión como, a su vez, parece confirmar la titubeante Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de octubre de 2010.

6.2.4. *La supresión de los límites máximos de las comisiones por vencimiento anticipado en los procesos de subrogación hipotecaria de la Ley 2/1994*

Por lo que se refiere, por último, a que ciertas reformas introducidas por la Ley 41/2007 hacen más onerosos a los deudores hipotecarios derechos reconocidos por otras leyes hasta el punto de hacerlos prácticamente inviables, baste con observar la nueva regulación del desistimiento que introduce para obtener un cambio de acreedor hipotecario conforme al procedimiento establecido por la Ley 2/1994, de Subrogación y Novación de Préstamos Hipotecarios. La nueva regulación permite a los acreedores hipotecarios vigentes elevar sustancialmente los precios por vencimiento anticipado y, por lo tanto, dificultan el cambio de acreedor (67).

(67) Véase lo dispuesto por los artículos 7, 8 y 9 de la citada Ley.

A pesar de ello, el mercado hipotecario español es infinitamente más competitivo que el norteamericano, lo cual se debe a diversos factores y, entre ellos, en un lugar preferente, al diseño y funcionamiento de nuestro sistema registral, como es, además, generalmente reconocido.

Con demasiada frecuencia, sin embargo, da la impresión de que nuestros reguladores desconocen su ingeniería jurídica y organizativa y proyectan reformas que causan asombro por su frivolidad. Conviene, por ello, no olvidar nunca que siempre existe el peligro de que el Estado sea capturado por determinados intereses que promuevan regulaciones que les permitan prácticas depredatorias. Si esto sucede, las consecuencias perjudiciales para la mayoría están aseguradas.

RESUMEN

EJECUCIONES HIPOTECARIAS, DIFICULTADES

La ya larga crisis inmobiliaria está sometiendo a prueba la solidez del sistema institucional. En Estados Unidos están apareciendo graves deficiencias de documentación de las hipotecas, especialmente de las titulizadas, gestionadas por el sistema denominado Mortgage Electronic Registration System, un sistema de registro privado creado a principios de los años noventa por algunas de las principales entidades hipotecarias norteamericanas, con la pretensión de eludir la necesidad de registrar en el Public Recording System las cesiones de créditos hipotecarios dentro de un proceso de titulización. Ello está dificultando seriamente la ejecución de tales hipotecas, con todas las consecuencias derivadas. En España ha habido algunas reformas que han sembrado inseguridad jurídica en materia hipotecaria.

ABSTRACT

MORTGAGE FORECLOSURES, DIFFICULTIES

The already lengthy real estate crisis is putting the solidity of the institutional system to the test. In the US grave deficiencies are appearing in the documentation of mortgages, especially securitised mortgages managed by the Mortgage Electronic Registration System, a private registration system created in the early nineties by the leading members of the US mortgage industry with the idea of sidestepping the need to have mortgage loan assignments made as part of the securitisation process entered in the public recording system. It is seriously hampering foreclosure, with all the consequences thus entailed. In Spain there have been some reforms that have sowed legal uncertainty in mortgage matters.

*(Trabajo recibido el 23-12-2010 y aceptado
para su publicación el 8-2-2011)*

DERECHO COMPARADO

La relación de causalidad en la responsabilidad civil del sujeto controlante por los daños ocasionados a la sociedad controlada

por

MAURICIO BORETTO

Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales

por la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina)

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN: PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:
 - 1.1. PRELIMINARES.
 - 1.2. EL DEBER JURÍDICO DE REPARAR.
 - 1.3. PRESUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD.
 - 1.4. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD:
 - 1.4.1. *Aspectos que presenta:*
 - a) Causalidad a nivel de autoría.
 - b) Causalidad a nivel de extensión del daño resarcible.
 - 1.4.2. *Consecuencias reparables según el ámbito de la responsabilidad, contractual o extracontractual. Extensión del resarcimiento.*
2. APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR LOS DAÑOS OCASIONADOS EN LA ACTIVIDAD COMERCIAL (CON ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO SOCIETARIO):
 - 2.1. PLANTEO DE LA CUESTIÓN.
 - 2.2. ARGUMENTOS EN PRO Y EN CONTRA DE LA AUTONOMÍA DEL RÉGIMEN SOCIETARIO DE REPARACIÓN DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR EL CONTROLANTE A LA CONTROLADA:
 - a) *Argumentos para no distinguir: el régimen societario es absorbido por el régimen común.*
 - b) *Argumentos para distinguir: el régimen societario no es absorbido por el régimen común.*

- 2.3. ¿CUÁL ES LA IMPORTANCIA PRÁCTICA DE DETERMINAR SI EL ARTÍCULO 54 DE LA LEY ARGENTINA 19.550 CONSAGRA UN RÉGIMEN ESPECÍFICO DE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS, O BIEN, ES UN CAPÍTULO MÁS DEL RÉGIMEN COMÚN U ORDINARIO DEL CÓDIGO CIVIL?
3. EL GRUPO SOCIETARIO:
 - 3.1. PRELIMINARES.
 - 3.2. CONCEPTO.
 - 3.3. CLASES DE GRUPO:
 - a) *Los grupos de hecho.*
 - b) *Los grupos de derecho.*
4. EL CONTROL SOCIETARIO Y LA INFLUENCIA DOMINANTE:
 - 4.1. NOCIÓN.
 - 4.2. EFECTOS DEL CONTROL.
 - 4.3. EL CONTROL EN EL DERECHO POSITIVO SOCIETARIO ARGENTINO.
 - 4.4. CLASES DE CONTROL:
 - a) *El «control interno».*
 - b) *El «control externo».*
 - 4.5. LA INFLUENCIA DOMINANTE —EN EL CONTROL EXTERNO Y EN EL CONTROL INTERNO— COMO ESPECIE PARTICULAR DEL CONTROL SOCIETARIO.
 - 4.6. DIFERENCIA ENTRE EL CONTROL COMO CONSECUENCIA DE LAS PARTICIPACIONES SOCIALES POSEÍDAS Y EL CONTROL COMO EFECTIVO EJERCICIO DEL PODER.
5. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA SOCIEDAD CONTROLANTE POR LOS DAÑOS CAUSADOS A LA SOCIEDAD CONTROLADA EN EL MARCO DE LA RELACIÓN DE CONTROL SOCIETARIO:
 - 5.1. APLICACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS GENERALES DEL DEBER DE REPARAR AL CASO PARTICULAR DE LA RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD CONTROLANTE POR LOS DAÑOS CAUSADOS A LA SOCIEDAD CONTROLADA EN EL MARCO DE LA RELACIÓN DE CONTROL SOCIETARIO. PARTICULAR ANÁLISIS DE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD:
 - a) *Aclaración preliminar.*
 - 5.2. AUTORÍA.
 - 5.3. ANTIJURIDICIDAD:
 - a) *Algunos casos de antijuridicidad material por violación del interés del grupo y del interés social de la controlada.*
 - 5.4. IMPUTABILIDAD.
 - 5.5. FACTOR DE ATRIBUCIÓN:
 - a) *Preliminares.*
 - b) *Nuestra opinión.*
 - 5.6. RELACIÓN DE CAUSALIDAD:
 - a) *Preliminares.*
 - b) *Relación de causalidad y control societario.*
 - c) *Sistemas de responsabilidad en el Derecho Comparado:*
 - a') El sistema de la *entity law*.
 - b') El sistema de la *entreprise law*.
 - c') El sistema dual germánico.
 - d) *Proyección de la discusión a nuestra investigación.*
 - e) *Nuestra opinión.*
6. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN: PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

1.1. PRELIMINARES

Es fundamental para comprender acabadamente el funcionamiento específico de la relación de causalidad en la responsabilidad civil del sujeto controlante por los daños ocasionados a la sociedad controlada, referirnos —aunque brevemente— a los presupuestos generales de la responsabilidad civil.

En efecto, es nuestro objetivo analizar si los presupuestos generales del deber de reparar —en especial la relación de causalidad— se proyectan al supuesto concreto de la responsabilidad de los controlantes, o bien, este supuesto de responsabilidad constituye un capítulo autónomo con regulación propia a través de principios específicos, incluida la relación causal.

1.2. EL DEBER JURÍDICO DE REPARAR

El tema relativo a la obligación de indemnizar los daños causados a otro es uno de los capítulos más importantes del Derecho Privado; así lo prueba la gran cantidad de decisiones contenidas en los repertorios jurisprudenciales y la extensísima bibliografía existente.

Los autores discrepan sobre cuáles son los presupuestos o requisitos que deben cumplirse para que los daños sufridos por una persona deban ser reparados por otra. La visión sobre este tema ha experimentado cambios significativos a partir del industrialismo. En general, puede afirmarse que el eje central de la cuestión se trasladó del dañador al dañado y, consecuentemente, de la noción de sanción a la de daño. Por eso, se afirma que la llamada responsabilidad civil contemporánea, a diferencia de la responsabilidad penal, apunta o se preocupa más del «daño injustamente sufrido» (por la víctima) que del «daño injustamente causado» (por el autor o responsable).

1.3. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD

La expresión «presupuestos» está utilizada en el sentido de «requisitos», cuales son: la antijuridicidad, la imputabilidad, el factor de atribución, la relación de causalidad y el daño. Nos referiremos a la relación de causalidad por ser el presupuesto más problemático en el tema relativo a la responsabilidad del sujeto controlante por los daños ocasionados a la sociedad controlada.

1.4. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

1.4.1. Aspectos que presenta

Además de la antijuridicidad, la imputabilidad y el factor de atribución, es necesario que el daño guarde relación de causalidad adecuada con la conducta del sujeto a la que se atribuye el daño.

La relación de causalidad presenta dos aspectos: a) La causalidad a nivel de autoría: desde esta visión, se trata de determinar el vínculo, la relación, el lazo existente entre la actuación de un sujeto y el resultado dañoso, y b) La causalidad a nivel de extensión del daño resarcible: desde esta perspectiva, se analizan cuáles son las consecuencias resarcibles (inmediatas, mediatas, casuales y remotas).

a) Causalidad a nivel de autoría

Para establecer cuál es la causa de un daño, es necesario formular un juicio de probabilidad *ex post facto*, o sea, producido el hecho dañoso, considerar si tal acción u omisión del presunto responsable era o no idónea para producir regular o normalmente un resultado; ese juicio de probabilidad no puede hacerse sino en función de lo que un hombre de mentalidad normal, juzgada en abstracto, hubiese podido prever como resultado de un acto.

En otras palabras, a fin de poder determinar jurídicamente el nexo causal para imputar a un sujeto un resultado, no puede prescindirse de una apreciación racional, referida a la aptitud normal de previsibilidad considerada en abstracto, es decir, objetivamente. Por ejemplo, producida la muerte de un enfermo, y acreditado el error del diagnóstico médico, hay que preguntarse si el error fue el que produjo el resultado (muerte) o si, por el contrario, aún con un diagnóstico y tratamiento correcto, el paciente hubiese muerto de cualquier modo por el tipo de enfermedad que padecía.

b) Causalidad a nivel de extensión del daño resarcible

Según el Código Civil argentino, las consecuencias de un acontecimiento (hecho ilícito, o incumplimiento contractual) pueden ser:

- a) Inmediatas: son las que acostumbran suceder según el curso natural y ordinario de las cosas (art. 901). Por la fuerza de una experiencia constante y regular, estas consecuencias se representan necesariamente en la mente de un hombre normal; por eso, el agente debe

responder siempre por ellas. En este sentido, el artículo 903 dispone que «Las consecuencias inmediatas de los hechos libres son imputables al autor de ellos».

- b) *Mediatas*: son las que resultan de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto. El grado de idoneidad del primer hecho para erigirse en causa adecuada del resultado dañoso configura un proceso mental de experiencia que constituye la previsibilidad de un hombre normal. Estas consecuencias son imputables al autor del hecho, cuando las hubiere previsto, y cuando empleando la debida atención y conocimiento, haya podido preverlas (art. 904), precisamente porque son previsibles en abstracto.
- c) *Casuales*: son las consecuencias mediatas que no pueden preverse. Las mismas escapan a toda previsibilidad porque corresponden a hechos que sobrevienen inesperadamente en el proceso causal e interrumpen su normal desarrollo. Al no ser previsibles en abstracto, estas consecuencias no son imputables al agente, salvo que las hubiera previsto concretamente, dadas ciertas condiciones particulares del sujeto y hubiese obrado teniendo en miras ese resultado (art. 905), es decir, si ha actuado con dolo.
- d) *Remotas*: estas consecuencias, por no tener un nexo adecuado de causalidad con el hecho, jamás son imputables al autor (art. 906); si bien son mediatas, están tan distantes del hecho considerado que, por ello mismo, no pueden preverse.

1.4.2. Consecuencias reparables según el ámbito de la responsabilidad, contractual o extracontractual. Extensión del resarcimiento

¿Qué consecuencias debe reparar el autor del hecho dañoso? La respuesta a este interrogante es el relativo a la «extensión del resarcimiento».

Se dice que la reparación debe ser integral. Ahora bien, esta expresión no quiere decir que se deba reparar todo daño ocasionado sin límite alguno. Por el contrario, sólo son resarcibles los daños que son consecuencia adecuada del hecho.

En el régimen argentino, la extensión del resarcimiento difiere según se trate de un caso de responsabilidad contractual o extracontractual.

En la órbita contractual, si el incumplimiento fue meramente culposo, sólo se reparan las consecuencias inmediatas (art. 520 del Código Civil argentino); en cambio, si fue doloso, el deber de reparar se extiende hasta las consecuencias mediatas (art. 521 del Código Civil argentino). Nunca se reparan las consecuencias casuales y mucho menos las remotas.

En el ámbito extracontractual, si hubo cuasidelito, o sea, si el hecho se imputa a culpa del autor, el resarcimiento se limita a las consecuencias inmediatas y mediatas del acto ilícito (arts. 901, 903 y 904 del Código Civil argentino). Si el agente cometió un delito, pues obró con dolo (art. 1072 del Código Civil argentino), la reparación del daño se extiende hasta las consecuencias casuales, pero sólo en tanto y en cuanto el autor las previó en el caso concreto, al actuar teniéndolas en mira (art. 905 del Código Civil argentino).

En suma, tratándose de actos dolosos (incumplimiento contractual doloso o hecho ilícito doloso), el código abandona la causalidad abstracta y adhiere a un criterio subjetivo concreto. Sólo así se explica que las consecuencias casuales, que objetivamente no son previsibles, pueden serlo en concreto. En otras palabras, según el propósito del autor del daño, según las miras tenidas en cuenta por él, esas consecuencias, para él, debían ser previsibles.

2. APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR LOS DAÑOS OCASIONADOS EN LA ACTIVIDAD COMERCIAL (CON ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO SOCIETARIO)

2.1. PLANTEO DE LA CUESTIÓN

Trataremos de responder el siguiente interrogante:

¿Si el tratamiento de los daños causados en la actividad comercial —especialmente en el ámbito del Derecho Societario y en el marco de las relaciones de control— exigen una normativa especial o, al menos, un estudio particular, de alguna manera separado de la teoría general de la responsabilidad civil; o bien, se le deben aplicar los principios generales de la responsabilidad por daños?

Tomaremos como punto de reflexión el artículo de la ley societaria argentina que se erige en «piedra de la discordia». Nos referimos al artículo 54, primer párrafo, de la Ley 19.550 de sociedades comerciales (en adelante LSC), que expresa: «Dolo o culpa del socio o controlante. El daño ocurrido a la sociedad por dolo o culpa de socios o de quienes no siéndolo la controlen, constituyen a sus autores en la obligación solidaria de indemnizar sin que puedan alegar compensación con el lucro que su actuación haya proporcionado en otros negocios. El socio o controlante que aplicare los fondos o efectos de la sociedad a uso o negocio de cuenta propia o de tercero está obligado a traer a la sociedad las ganancias resultantes siendo las pérdidas de cuenta exclusiva».

El *quid* de la cuestión consiste en tratar de hallar una respuesta a los siguientes interrogantes: 1. ¿Constituye, la normativa societaria transcrita, una ley especial con principios autónomos a los efectos de determinar la reparación de los daños causados por el controlante a la controlada en el marco de las

relaciones de control societario?, o bien, 2. ¿El artículo referenciado se subsume y es absorbido por el régimen general?

2.2. ARGUMENTOS EN PRO Y EN CONTRA DE LA AUTONOMÍA DEL RÉGIMEN SOCIETARIO DE REPARACIÓN DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR EL CONTROLANTE A LA CONTROLADA

En abstracto, creemos que existen razones que brindan apoyo a una y a otra postura. La presente investigación intentará determinar a cuál le asiste razón.

a) *Argumentos para no distinguir: el régimen societario es absorbido por el régimen común*

1. Hay una vocación «universal» de las reglas de la responsabilidad civil común u ordinaria. Ante la duda que puede generar la norma del artículo 54 LSC, acerca de su «real» autonomía, hay que recurrir al Derecho Común, es decir, el Código Civil y su normativa sobre la responsabilidad civil. Si la ley no distingue claramente, el operador no debe distinguir y deberá recurrir y guiarse por los presupuestos de la responsabilidad civil común u ordinaria.

2. La prohibición de compensación con el lucro proporcionado en otros negocios, o la obligación de traer a la sociedad las ganancias obtenidas en negocios personales en los cuales se han aplicado fondos sociales (art. 54 LSC) tienen —en última instancia— naturaleza indemnizatoria, por lo que deben ser tenidas en cuenta a la hora de fijar el *quantum* que la controlante deberá pagar a la controlada por el daño que le ha provocado por su obrar antijurídico; todo ello para evitar un enriquecimiento sin causa de la sociedad controlada, o, dicho en otros términos, para evitar que ésta saque provecho de un acto ilícito.

3. La palabra sanción no sólo es sinónimo de punición. Las sanciones pueden ser caracterizadas también como medidas que se imponen para reforzar la observancia de las normas del sistema y, eventualmente, para poner remedio a los efectos de su inobservancia. Aparece así la relación de responsabilidad civil mediante la cual el ordenamiento jurídico societario busca de alguna manera acordar una reparación al damnificado, sin que ello descarte el carácter de sanción que el deber de reparar significa para el opresor.

4. Por ello, para reparar los daños causados por la controlante —con lo cual se persigue «resarcir» a la víctima controlada de los efectos del daño sufrido por el control «patológico»— hay que echar mano al régimen común (arg. art. 1109 y ctes. del Código Civil argentino) en función de la antijuridicidad consagrada en el mentado artículo 54 LSC.

b) *Argumentos para distinguir: el régimen societario no es absorbido por el régimen común*

1. La prohibición de compensación y la obligación de llevar las ganancias personales a la sociedad permiten concluir, por contrapartida, en la existencia de un régimen específico indemnizatorio en la materia que se aparta del régimen común u ordinario. En efecto, dichas consecuencias jurídicas previstas en la norma parecen funcionar «a la manera» de los «daños punitivos» con tinte sancionatorio y no indemnizatorio, por lo que no deben ser tenidas en cuenta a la hora de fijar el *quantum* que la controlante deberá pagar a la controlada por el daño que le ha provocado por su obrar antijurídico.

2. La prohibición de compensación con el lucro proporcionado en otros negocios, o la obligación de traer a la sociedad las ganancias obtenidas en negocios personales en los cuales se han aplicado fondos sociales (art. 54 LSC) tienen el carácter de «sanciones» que persiguen la finalidad de evitar en el futuro el abuso de control. No procuran —precisamente— reparar el daño causado por lo que deben interpretarse como un régimen específico.

3. Los efectos mencionados en el párrafo precedente tienen un doble objetivo: 1. Afianzar la existencia de una reparación a la víctima, asegurándole a la sociedad controlada que los daños sufridos serán bien compensados; y 2. Una sanción a la controlante, para disuadir conductas abusivas en el futuro.

4. Así las cosas, se persigue sancionar y disuadir a los controlantes que han violado la «regla» que prohíbe abusar de su posición de dominio en las relaciones de control societario; obligándolos a restituir lo ilegítimamente ganado o prohibiéndole compensar el lucro obtenido con la obligación de indemnizar a la sociedad controlada.

2.3. ¿CUÁL ES LA IMPORTANCIA PRÁCTICA DE DETERMINAR SI EL ARTÍCULO 54 DE LA LEY ARGENTINA 19.550 CONSAGRA UN RÉGIMEN ESPECÍFICO DE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS, O BIEN ES UN CAPÍTULO MÁS DEL RÉGIMEN COMÚN U ORDINARIO DEL CÓDIGO CIVIL?

Creemos que existe una evidente importancia «práctica» en desvelar el interrogante acerca de si la reparación de los daños causados por el sujeto «controlante» al sujeto «controlado» por el abuso de su posición de dominio —nacida de las relaciones de control existentes entre ambos— se rige por los mismos principios de la responsabilidad civil según los parámetros del Código Civil, o bien, se encuentra informada por principios propios del Derecho Societario que gozan de autonomía frente a aquellos otros y, por tanto, conducen a resultados diversos.

Así las cosas, nada impide que nos preguntemos si es posible, a la luz del Derecho Societario argentino (conf. art. 54 LSC), consagrar la responsabilidad del «controlante» conforme al sistema llamado *enterprise approach*, en virtud del cual el control ejercido por la sociedad dominante sobre sus filiales califica a dicha estructura como grupo (un todo unitario) y determina la responsabilidad automática de la subordinante frente a terceros por las deudas de sus filiales

En nuestro caso, trasladando esta teoría a nuestra hipótesis de trabajo, se tratar de saber si la sola existencia del grupo hace responsable, sin más, al controlante frente a la controlada por los daños sufridos por ésta.

En efecto, según la *enterprise approach* no existe un análisis acerca de la existencia de una «relación de causalidad adecuada» entre la «relación de control», la «situación de dominación», el «daño sufrido por la controlada con motivo de la relación de control» y la «responsabilidad del dominante por el abuso de su posición».

Bastaría, consecuentemente, la mera existencia del «grupo» para el nacimiento de la responsabilidad.

Cabe preguntarse, entonces, si a la luz del artículo 54 LSC y el artículo 906 del Código Civil argentino es posible arribar a la misma conclusión en nuestro país, o deben indagarse acerca de posibles soluciones diferentes.

Con respecto a la responsabilidad de la controlante por las deudas de la controlada, hay quienes ya han arriesgado opinión y han concluido que una excesiva extensión del principio de responsabilidad derivado del control por el cual la controlante responda por las deudas de la controlada podría llevar, en nuestro sistema jurídico, a una derogación importante de los principios de responsabilidad contractual, y a la vez, a hacer peligrar las bases mismas del régimen de responsabilidad limitada.

3. EL GRUPO SOCIETARIO

3.1. PRELIMINARES

Se ha sostenido, con razón, que la estructura económica moderna ha producido la fractura entre el Derecho Societario tradicional, regulador de entidades jurídicas autónomas e independientes, y la práctica societaria que revela la existencia de complejas y multiformes combinaciones intersocietarias. Es ésta la era de las sociedades moleculares y el fenómeno de su agrupación se ha desplazado hasta ocupar el centro de la problemática societaria actual. Se destaca como rasgo tipificante del grupo la unidad de decisión.

Sin embargo, en el Derecho argentino no existe una regulación sobre los grupos societarios. No hay un régimen especial de agrupamiento societario.

No hay prohibiciones de ninguna índole para el funcionamiento de grupos de sociedades.

3.2. CONCEPTO

La premisa que servirá de punto de partida para conceptualizar al grupo societario es la existencia de una relación de control.

En efecto, el grupo societario es un tipo de concentración societaria en el que las sociedades intervinientes están sujetas a una administración o dirección común, y guardan entre sí vínculos de subordinación. Ciertamente, es necesario que una de las sociedades actúe dando instrucciones y determinando la conducta de los administradores y el desenvolvimiento de los negocios de la otra.

Justamente, la unidad de decisión es el carácter más relevante del grupo de sociedades. Una de las sociedades del grupo toma las decisiones, las que son acatadas por las demás entidades. Por ello se habla de sociedades dominantes y sociedades dominadas, o bien, controlantes y controladas; o, en fin, sociedad matriz y sociedad filial.

Sobre esta plataforma fáctica es que, en materia de responsabilidad, se hace responsable al capping grupo —«cabeza del grupo», dicen los italianos— fundándose en el ejercicio efectivo del control y de la dirección unificada para la conformación de un grupo de intereses que pueden ser diversos a los de las sociedades subordinadas.

En sí mismo, el fenómeno del grupo no es ilícito ni merece sanción por parte del ordenamiento jurídico. Aún cuando exista dirección unificada, y una sociedad determine la conducta de las demás sociedades y el desenvolvimiento de sus negocios; no por ello hay abuso o un obrar antijurídico a la luz del artículo 54 LSC.

Por ello es relevante que las relaciones de control se transparenten en la contabilidad de cada una de las sociedades de conformidad a la manda del artículo 62, tercer párrafo LSC, y en las correspondientes notas complementarias regladas en el artículo 65 de la LSC.

Un buen parámetro a tener en cuenta para determinar cuándo se ha desviado el control, degenerando en algo patológico —lo que sí es antijurídico (arg. art. 1109 del Código Civil argentino)— es el concepto de interés social. Éste radica en la realización de cuanto es idóneo para satisfacer el objeto social y que se refleja en una satisfacción proporcional del interés de cada socio.

Consecuentemente, el desvío del interés se presenta cuando la sociedad madre o controlante causa una disminución o retaceo de las posibilidades de la sociedad controlada o filial de cumplir con su objeto propuesto: la producción de bienes o servicios en forma apta para generar beneficios con su actividad.

3.3. CLASES DE GRUPO

Básicamente, existen dos especies de grupo: el grupo de hecho y el grupo de derecho.

a) *Los grupos de hecho*

Los grupos de hecho son aquellos que resultan del hecho social y económico de la realidad consistente en la concentración económica y jurídica de empresas, en la cual una de ellas detenta el poder de determinar la voluntad social de la otra con rasgos de continuidad y permanencia. En consecuencia, como resultado de las participaciones en el capital y votos, o por relaciones contractuales, se articulan los grupos de hecho desde la perspectiva societaria.

Puede ocurrir que este poder tenga por fuente la existencia de una relación de control interno en la cual un sujeto —llamado «controlante»— posee las participaciones sociales necesarias (acciones, cuotas o partes de interés) para formar la voluntad social de la sociedad «controlada» o para ejercer sobre ella una influencia dominante. Sin embargo, el poder para establecer la voluntad social puede surgir también de una relación de control externo en virtud de los especiales vínculos existentes entre ambos sujetos de derecho (v.gr.: uno de ellos es el único proveedor en el mercado de la materia prima que el otro necesita para llevar a cabo su producción) (arg. art. 33 LSC).

El fenómeno del grupo de hecho es captado por la ley argentina de sociedades comerciales, lo que resulta de las siguientes disposiciones normativas: 1. Se establece el concepto de sociedad controlada (art. 33); 2. El artículo 54 alude a la responsabilidad del controlante y a la desestimación de la personalidad societaria, dos vertientes muy ricas para acotar el abuso en el ejercicio del control y sus consecuencias económicas; 3. En el artículo 63 se prevé que en el balance general deberá suministrarse la información de la cual resulten los créditos, inversiones y deudas existentes entre las sociedades controlantes y controladas —art. 63.1.º, activo, incisos *b*) y *d*), y 2.º, pasivo, I, inciso *a*)—; 4. En el artículo 64 se expresa que el estado de resultados o cuenta de ganancias y pérdidas del ejercicio deberá exponer los intereses pagados o devengados provenientes por deudas con sociedades controladas o controlantes, y 5. El artículo 66, relacionado a la memoria de los administradores, dice que éstos deberán informar en la memoria sobre el estado de la sociedad en las distintas actividades en que haya operado y su juicio sobre la proyección de las operaciones y otros aspectos que se consideren necesarios para ilustrar sobre la situación presente y futura de la sociedad. Del informe debe resultar «las relaciones con las sociedades controlantes, controladas o vinculadas y las variaciones operadas en las respectivas participaciones y en créditos y deudas».

Se advierte, a través de esta normativa, la relevancia que el legislador le ha dado al fenómeno grupal y de control entre sociedades pues se ha preocupado por: *a)* definir lo que es una sociedad controlada; *b)* dar publicidad contable a las relaciones de control para información de los socios y terceros; *c)* aclarar que el control se puede ejercer de manera directa o por interpósita sociedad, a su vez controlada; *d)* que el mentado control puede ser interno (o en función de la prevalencia de votos en las asambleas o reuniones sociales ordinarias como para formar la voluntad social o para ejercer una influencia dominante) o externo (o económico).

b) Los grupos de derecho

Por otro lado, nos encontramos también con los grupos de derecho que son aquellos en los cuales el grupo es creado en función de la existencia de un contrato de agrupamiento. En otros términos, se trata de verdaderos «modelos contractuales» por cuanto esos grupos reconocen subordinación y dirección unitaria a partir de un contrato de dominación regulado por la legislación y con publicidad registral.

Esta especie de grupo es ajena al Derecho argentino. Es decir, en nuestro ordenamiento jurídico no se reconoce la existencia de un contrato o convención en virtud de la cual se crea un «grupo» sobre la base de la existencia de una relación de subordinación entre diversos sujetos de derecho.

Según la legislación argentina, sólo se admite el fenómeno grupal *de facto* (conf. art. 33 de la Ley 19.550) que resulta espontáneamente de la realidad negocial (v.gr.: porque existe un sujeto que detenta el paquete accionario de otra sociedad o ejerce sobre ésta una influencia dominante, etc.). No se reconoce, en cambio, el fenómeno grupal de derecho que es estructurado a partir de un contrato de dominación de grupo que tiene como causa fin —precisamente— constituir el grupo.

Otra es la realidad en el Derecho Comparado.

Por ejemplo, en Brasil, la Ley 6404 del 15-12-1976, en su artículo 265 (capítulo XXI), establece que pueden constituir un grupo de sociedades la sociedad controlante y sus controladas. A tal efecto, deben celebrar una convención por la cual se obliguen a combinar recursos o esfuerzos para la realización de los respectivos objetos, o a participar de actividades o emprendimientos comunes. Según el ordenamiento brasileiro es condición que el dominio pre-exista a la celebración del convenio. Se excluye la posibilidad de que el propio convenio sea la fuente de control. El control que debe preexistir al convenio debe ser ejercido en forma permanente y sólo puede derivar de derechos de socio o de accionista, o configurarse mediante acuerdo con otros socios o accionistas de la controlante. Está excluida toda forma de control externo, pero

no es necesario que la participación de la controlante constituya la mayoría absoluta, sino que basta que, de hecho, sus votos le permitan prevalecer en forma permanente. La convención formativa del grupo debe ser aprobada por la asamblea con las mismas formalidades (y mayorías) requeridas para la modificación del contrato social o del estatuto, y debe inscribirse en el Registro de Comercio y publicarse. El grupo queda constituido a partir de la registración. Puede tener un plazo de duración determinado, o no tenerlo, pero en todo caso deben preverse las condiciones de su extinción.

Finalmente, cabe destacar que la consecuencia primordial del grupo de Derecho en Brasil es que «a los administradores de las sociedades afiliadas, sin perjuicio de sus atribuciones, poderes y responsabilidades de acuerdo a sus respectivos estatutos o contratos sociales, compete observar la orientación general establecida y las instrucciones expedidas por los administradores del grupo que no importen violación de la ley o de la convención del grupo» (art. 273).

Como se puede advertir, la sujeción que deben observar los administradores de las sociedades controladas con respecto a las directivas impartidas por los administradores de la sociedad controlante es propio de la dirección unificada que caracteriza también a los grupos de derecho.

4. EL CONTROL SOCIETARIO Y LA INFLUENCIA DOMINANTE

4.1. NOCIÓN

Hay control societario cuando un sujeto de derecho detenta —con carácter continuo y permanente— el poder de dirigir la voluntad social de otro ente y, consecuentemente, de gestionar la «empresa» de la cual es titular.

En suma, existe control cuando el sujeto de derecho subordinado encuentra «condicionada» su conducta por la voluntad del controlante.

La existencia de una relación de control es la que sirve de sustento para la formación de grupos societarios, que reflejan la centralización económica y jurídica entre una de las sociedades miembro con respecto a las otras que componen el grupo.

Finalmente, es menester destacar que la relación de control no tiene carácter estático. Por el contrario, es fundamentalmente dinámica en virtud de los vínculos especiales que se van generando en el marco de la organización y de las relaciones empresariales existentes entre el sujeto controlante y los entes sociales controlados; todo lo cual culmina con la existencia de una dirección unificada.

En este escenario, es en el que puede desarrollarse en forma patológica la relación de control; incurriendo la controlante en posibles «abusos» que decanten en un desvío del interés social de las sociedades controladas.

La dinámica «normal» del control societario se puede proyectar en diferentes sentidos. Básicamente, existe una relación de reciprocidad económica.

Por ejemplo: 1. No hay visos de abusos cuando la controlada suministra a la controlante materias primas que esta última retribuye económicamente a precio de mercado, y que utiliza de insumo para la elaboración de su producto final. 2. De igual modo, la sociedad subordinada puede «asistir» a la que ejerce el control a través de un servicio de entrenamiento para el personal, adiestramiento informático, auditorías contables, etc.; siempre y cuando se verifique la existencia del correspondiente contravalor (v.gr.: pago de los honorarios respectivos), y 3. A su turno, refleja también esta dinámica «normal» del control, el otorgamiento de cartas de recomendación, cartas de patrocinio y cartas de patronage por la controlante a favor de la controlada para generar confianza ante terceros que deseen contratar con esta última.

Por el contrario, la dinámica del control societario es «patológica» cuando la controlada es utilizada como sociedad «cenicienta» que subvenciona a los demás miembros del grupo sin la correspondiente contraprestación. Se verifica claramente un desequilibrio patrimonial a favor de la controlante y en detrimento de la controlada. En efecto, se advierte una desatención del interés social de la sociedad subordinada, pues se comprueba una transferencia patrimonial que emigra de su peculio sin compensación adecuada, haciéndose cargo de las pérdidas y del riesgo de las operaciones del grupo.

Tal es el caso, por ejemplo: 1. De la utilización de los recursos humanos (v.gr.: un caso común es el de los empleados designados y pagados por la controlada que trabajan para la controlante); 2. Operaciones de garantía de las controladas a favor de otras controladas o de la controlante que toman créditos en su exclusivo beneficio (v.gr.: fianzas, garantías principal pagador, avales, etc.), y 3. Transferencia de bienes de la sociedad subordinada a favor de la subordinante sin contrapartida; provocando un «vaciamiento» de la empresa de titularidad de la primera.

4.2. EFECTOS DEL CONTROL

Cabe preguntarse qué quiere decir «en los hechos» que un sujeto tiene el «control» de una sociedad. Esto nos permitirá determinar, en el caso concreto, cuándo ha existido abuso de ese control y analizar la consiguiente responsabilidad.

Podríamos contestar al interrogante formulado precedentemente en el sentido de que el «control» importa, en definitiva, detentar el «gobierno» del ente social. Traducido a la realidad societaria, quiere decir que el controlante tiene: 1. El manejo patrimonial de la sociedad controlada (poder decidir sobre el destino de los bienes sociales). 2. La posibilidad de aumentar su capital

social (que permite el temido «licuamiento» de la participación de los socios minoritarios). 3. El poder de designar y remover a los miembros del órgano de administración y fiscalización, fijar su remuneración y aprobar su gestión. 4. Determinar la política de dividendos (distribuirlos o no, y si se distribuyen, cómo y en qué medida). 5. Reformar los estatutos, y 6. Aprobar los estados contables (que exterioriza la «rendición de cuentas» del órgano de administración por su gestión).

4.3. EL CONTROL EN EL DERECHO POSITIVO SOCIETARIO ARGENTINO

La norma «clave» que debemos tomar como punto de partida para el análisis del control societario es el artículo 33 LSC, que reza: «Se consideran sociedades controladas aquellas en que otra sociedad, en forma directa o por medio de otra sociedad a su vez controlada: 1. Posea participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social en las reuniones sociales o asambleas ordinarias. 2. Ejercza una influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas, o por los especiales vínculos existentes entre las sociedades».

Huelga destacar que si bien el artículo transcrito atribuye la calidad de controlante únicamente a las sociedades, las restantes normas que involucran ese tipo de relaciones no son limitativas. Los tres párrafos del artículo 54 LSC hacen mención del controlante a secas, sin discriminación alguna. El artículo 161, inciso 2.º, ley de concursos y quiebras (en adelante LCQ) al tratar de la extensión de la quiebra al controlante caracteriza a éste como toda persona que se halle en la situación que describe la norma. Con lo cual, la conclusión es que no sólo sociedades, sino también personas físicas y, de modo más general, cualquier otra clase de persona jurídica, pública o privada, puede asumir la condición de controlante si de hecho ejerce o está en condiciones de ejercer el poder inherente a esa condición.

4.4. CLASES DE CONTROL

Básicamente, podemos clasificar el control societario en dos subespecies:

a) *El «control interno»*

Es el desarrollado desde adentro de la sociedad —por las participaciones sociales (acciones, cuotas o partes de interés) que se detentan— a través de la formación de las mayorías necesarias en las reuniones sociales (art. 33, inciso 1.º e inciso 2.º, primera parte, LSC). Existen tres vías para consolidar

esta especie de control: 1. Porque se posee la «mayoría» de los votos. En este caso, los socios reúnen la mayoría estatutaria o, lo que es lo mismo, una cantidad de votos igual o mayor a los que exige el estatuto para aprobar resoluciones en las reuniones sociales (conf. art. 33, inciso 1.º LSC). Es el control interno mayoritario. 2. Porque aunque el controlante no posee la mayoría de los votos, detenta los «suficientes» para adoptar las decisiones en las reuniones o asambleas ordinarias del ente social controlado. Esta forma de control interno es común en aquellas sociedades en las cuales existe una gran dispersión de los socios (v.gr.: sociedades anónimas «abiertas») lo que, sumado al desinterés de muchos de ellos por el gobierno de la entidad (v.gr.: que se traduce en reiteradas inasistencias en las asambleas, etc.), permite que un grupo reducido de socios que detentan un número no mayoritario de participaciones sociales pueda controlar la formación de la voluntad social. En otros términos, la controlante ejerce una influencia dominante (control interno minoritario), el cual se caracteriza por que el o los socios —sin tener la mayoría estatutaria— se impone/n habitualmente en las reuniones sociales (conf. art. 33, inciso 2.º, primera parte, LSC). Es el control interno minoritario, y 3. Cuando los socios a través de pactos acuerdan una forma de votar en las reuniones o asambleas ordinarias de la sociedad controlada, que permite formar la voluntad social. Estos pactos o convenios pueden adoptar —en las sociedades anónimas— la forma de «sindicación de acciones». Aunque cuestionado, pues atentaría contra el principio deliberativo que es inherente y esencial al órgano de gobierno de la sociedad, se trata de un acto jurídico contractual de naturaleza «parasocietaria» a través del cual determinados socios convienen votar en las asambleas en un mismo e idéntico sentido, inhibiéndose de disponer sus títulos por un determinado período, a los fines de dar mayor coherencia a la política de gestión o de oposición que pretendan llevar a cabo en la sociedad.

Asimismo, la doctrina distingue dentro del control interno en «control interno de hecho» y «control interno de derecho». El primero —regulado en el art. 33, inc. 2.º, primera parte, LSC— se verifica cuando la controlante no posee la mayoría del capital o de los votos, pero sí una participación suficiente para que, en los hechos, prevalezca en las decisiones; ejerciendo una influencia dominante. El segundo —regulado en el art. 33, inc. 1.º, LSC— se verifica cuando la controlante sí posee la mayoría del capital o de los votos que permite que predominen sus decisiones.

b) *El «control externo»*

Es el que proviene desde afuera de la sociedad (art. 33, inc. 2.º, segunda parte, LSC) con motivo de obligaciones que asumió en contratos celebrados con otros sujetos de derecho que ejercen una influencia dominante (vgr.: con-

trato de agencia, concesión, franquicia, etc.) generándose, básicamente, una situación de poderío económico capaz de imponer determinada conducta a la controlada.

Sin embargo, no debemos creer que la sola existencia de la relación contractual configura «control». Es necesario que se produzca un desvío de los fines propios del contrato que sirve de base a la relación de control; provocando una situación de dominación.

En suma, el control no depende de vínculos accionarios sino del influjo de otras relaciones económicas que determinan a la sociedad a tomar decisiones en el sentido que lo desea la sociedad o la persona dominante, que no ejerce por sí ese dominio mediante los votos en las decisiones sociales.

Por ejemplo, la situación de proveedor o comprador monopólico por parte del controlante (v.gr.: único suministrador de insumos, materias primas, etc.); o también, la relación de dependencia que puede generarse en el marco de los contratos de «distribución» (agencia, distribución, concesión y franquicia); la titularidad de patentes de inventos industriales que permite utilizar a terceros la prestación de tecnologías de avanzada, procedimientos industriales que colocan a terceros que los utilizan en una situación de verdadera dependencia respecto de su titular.

4.5. LA INFLUENCIA DOMINANTE —EN EL CONTROL EXTERNO Y EN EL CONTROL INTERNO— COMO ESPECIE PARTICULAR DE CONTROL SOCIETARIO

El artículo 33, inciso 2.º, LSC, al referirse al control interno y externo, utiliza la expresión «influencia dominante».

Preciera una cuestión meramente teórica considerar si son sinónimos las expresiones «relación de control» e «influencia dominante» toda vez que, en abstracto, hablar de dominación y control aparentaría ser lo mismo o, por lo menos, daría la impresión de que un término presupone al otro. Pero ello no es así.

En efecto, es significativo dilucidar porqué la influencia dominante —en el marco de las relaciones de control societario— ha merecido una consideración especial por el legislador. De lo contrario, no la hubiera mencionado.

No hay dudas que la posición de dominio puede generar una situación de dependencia en el sentido de que la dominante puede «condicionar» la conducta de la dominada (v.gr.: sus políticas financieras, económicas, empresariales, etc.). Por ello hablamos también de «control» pues, de alguna manera, está implícita la posibilidad de «influir» o de «intervenir» con carácter permanente en la formación de la voluntad social de la «dominada».

Sin embargo, el hecho de que una sociedad se encuentre emplazada en una situación de dominación tiene como rasgo peculiar que la entidad social

controlada «puede» siempre realizar una opción: si le resulta conveniente seguir con la dominación o rebelarse contra ésta, sufriendo el perjuicio correspondiente. Si esta opción no existe, porque la dominante lisa y llanamente forma la propia voluntad de la controlada, es decir, no «influye» meramente las conductas de ésta sino que las «determina», se verifica una relación de control pura que no se circunscribe a una mera «influencia» sobre el otro sujeto de derecho sino que «forma» su propia voluntad. De ahí que la «influencia dominante» no puede ser tan absorbente y totalizadora como para someter a la controlada a un estado de pasividad tal que ella actúe en contra de sus propios intereses. La relación debe traducirse en cierta conveniencia para la controlada y no solamente para la controlante, aún cuando se siga que —de no existir la relación de control— la actividad pudo haber sido presumiblemente más conveniente que la efectivamente desarrollada. Se verifica cierto margen de libertad para actuar por parte de la dominada, que puede no seguir las directivas de la dominante.

En suma, en nuestra opinión, la relación de control «pura» da un poder de decisión contundente sobre los destinos de la controlada, superior a aquel que confiere la «influencia dominante». En la primera, hay una determinación clara y concluyente de la conducta de la controlada; en la segunda, se verifica la existencia de una vinculación de tal intensidad que es capaz de afectar la libertad con que cuenta esta última para actuar, pero siempre existe la posibilidad de «rebelión» contra la controlante, aunque ello no sea conveniente para la controlada. En este caso, está latente siempre la posibilidad de adoptar «políticas» contrarias a la voluntad de la dominante pero, eso sí, a costa de alguna eventual «represalia» proveniente de esta última.

4.6. DIFERENCIA ENTRE EL CONTROL COMO CONSECUENCIA DE LAS PARTICIPACIONES SOCIALES POSEÍDAS Y EL CONTROL COMO EFECTIVO EJERCICIO DEL PODER

Cabe precisar en el Derecho argentino cuándo estamos en presencia de un sujeto «controlante».

Efectivamente, para el inciso primero del artículo 33 LSC, la relación de control surge de un dato objetivo: la tenencia de participaciones sociales que autoricen a predominar en las decisiones de la asamblea ordinaria (control interno mayoritario), sin importar si se ejerce o no ese poder, ni cómo se ejerce. En cambio, para el inciso segundo de la norma citada, la relación de control se configura cuando se ejerce una influencia dominante; sea por la participación societaria poseída (control interno minoritario) o por virtud de los particulares vínculos existentes (control externo).

Ahora bien, aún cuando existe diferencia entre ambos supuestos a los efectos de determinar cuándo el sujeto es controlante, si se trata de respon-

sabilizarlo por los daños causados a la controlada, en los dos casos será necesario que exista una relación de causalidad adecuada entre el daño y el efectivo desvío del control, lo que se traduce —en definitiva— en un ejercicio patológico del mismo.

No obstante la diferencia señalada entre ambos incisos del artículo 33 LSC para determinar si existe o no control (mera existencia mayoritaria de acciones —inciso 1.º— o ejercicio efectivo del poder —inciso 2.º—), la misma es relevante también desde otra óptica.

Por ejemplo, desde el punto de vista contable, según el artículo 63, el balance general debe suministrar cierta información (v.gr.: los créditos con sociedades controlantes o controladas). Así las cosas, cuando estamos en presencia de un control interno mayoritario, este dato de la realidad económica debe necesariamente reflejarse; en cambio, creemos que ello no debe ser así en el caso del control interno minoritario o del control externo, salvo que se configure con carácter de permanencia y continuidad una influencia dominante entre ambas sociedades, momento a partir del cual se hace patente la existencia del control.

5. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA SOCIEDAD CONTROLANTE POR LOS DAÑOS CAUSADOS A LA SOCIEDAD CONTROLADA EN EL MARCO DE LA RELACIÓN DE CONTROL SOCIETARIO

5.1. APLICACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS GENERALES DEL DEBER DE REPARAR AL CASO PARTICULAR DE LA RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD CONTROLANTE POR LOS DAÑOS CAUSADOS A LA SOCIEDAD CONTROLADA EN EL MARCO DE LA RELACIÓN DE CONTROL SOCIETARIO. PARTICULAR ANÁLISIS DE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

En los próximos acápite analizaremos la aplicación de los presupuestos generales de la responsabilidad al caso particular de nuestra investigación, referido a la responsabilidad civil del sujeto controlante por los daños causados a la sociedad controlada en el marco de la relación de control societario y, en especial, las características de la relación de causalidad.

a) *Aclaración preliminar*

Previo a continuar con el análisis de los presupuestos de la responsabilidad debemos precisar que la temática de la cual nos ocuparemos, y que ya hemos puesto de manifiesto en el título del presente trabajo, se circunscribe exclusivamente a la reparación de los daños producidos por el obrar antijurídico descrip-

to en el artículo 54 LSC por parte del sujeto de derecho controlante —socio (control interno) o no (control externo)— con respecto a la sociedad controlada; haciendo particularmente hincapié en la relación de causalidad.

No nos referiremos, en consecuencia, a la reparación de los daños que puedan haber sufrido terceros mediando relaciones de control, por ejemplo, por la manipulación de la sociedad controlada llevada a cabo por el controlante para encubrir la consecución de fines extrasocietarios para violar la ley, el orden público, la buena fe o frustrar derechos de terceros.

5.2. AUTORÍA

Según el artículo 54 LSC, el autor del daño puede ser el «socio» o el «controlante no socio» que realice las maniobras antijurídicas descritas en la norma precitada. Ello no quiere decir que quede excluido de la legitimación pasiva el «socio controlante», que bien podría estar comprendido en el primer supuesto («socio»).

En nuestro caso, nos interesa exclusivamente el supuesto del «controlante», socio o no. Éste puede ser una persona jurídica o física. Si es «socio» habrá control interno; si no lo es, será control externo.

En ambos casos, el responsable es el sujeto de derecho controlante que ha obrado antijurídicamente a la luz del artículo 54 LSC: 1. Por el daño ocurrido a la sociedad controlada por su dolo o culpa (sin que pueda alegar compensación con el lucro que su actuación haya proporcionado en otros negocios) (art. 54, primer párrafo, primera parte, LSC); 2. Por haber aplicado fondos o efectos de la sociedad controlada a uso o negocio de cuenta propia o de tercero (que obliga a traer a la sociedad controlada las ganancias resultantes siendo las pérdidas de cuenta exclusiva de la controlante) (art. 54, segundo párrafo, primera parte, LSC), y 3. Por haber inducido la actuación de la sociedad controlada que encubra la consecución de fines extrasocietarios que constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros (art. 54, segunda parte, LSC).

Así las cosas, para determinar quién ha sido el autor responsable de los daños referidos en el mentado artículo 54 LSC, y si lo ha sido la controlante, es menester, haciendo retrospectiva, determinar si ha existido un vínculo que enlace la actuación del controlante y el resultado dañoso sufrido por la controlada.

En otras palabras, habrá que verificar si ha existido una acción u omisión de la controlante en el ejercicio del control, que haya sido idónea para producir el resultado dañoso según un juicio abstracto, por el hecho de ser semejante a conductas comisivas u omisivas que normalmente lo producen; todo ello en función de la previsibilidad que es dable esperar de un sujeto

controlante —no de un hombre común— en el marco de las relaciones de control societario interno o externo (arg. art. 902 del Código Civil argentino).

Por ejemplo, es normalmente idónea en el marco de las relaciones de control para causar un daño a la sociedad controlada, la conducta reiterada de la controlante consistente en obligar a aquélla para beneficio propio a: 1. Asumir deudas ajenas. 2. Realizar préstamos por debajo del costo de captación. 3. Ventas de productos o prestación de servicios por debajo del precio de mercado, etc. Todo ello sin ningún tipo de contraprestación a cargo de quien detenta el control.

A mayor abundamiento, para tener al controlante por autor responsable del daño es necesario que éste haya ostentado cierto «gobierno» o «dirección» sobre lo actuado; de tal modo que, si ha mediado una «causa ajena» capaz de quebrar el vínculo causal entre el controlante y el daño, la autoría sufrirá un desplazamiento trasladándose de manos de quien ejercía el control —quien no habrá sido la causa adecuada del perjuicio— a manos de la víctima, del tercero por el cual no se debe responder o al caso fortuito ajeno a la relación de control.

5.3. ANTIJURIDICIDAD

La antijuridicidad de la conducta es también un presupuesto de la responsabilidad civil de la controlante por los daños ocasionados a la controlada. Ésta puede ser formal, cuando la conducta es contraria a una norma jurídica expresa, o material, cuando se ha causado un daño a la controlada (trasgresión al *alterum non laedere*) sin causa de justificación. Es decir, aún cuando no haya una norma expresa que prohíba una determinada conducta, para que exista antijuridicidad es suficiente que se ocasione un daño sin justificación.

Debemos recordar que el *alterum non laedere* puede surgir de normas expresas —en cuyo caso la antijuridicidad es formal— como ocurre, por ejemplo, cuando: 1. La controlante ha aplicado fondos o efectos de la sociedad controlada a uso o negocio de cuenta propia o de tercero (art. 54, segundo párrafo, primera parte, LSC), o 2. Cuando ha inducido la actuación de la sociedad controlada para encubrir la consecución de fines extrasocietarios que constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros (art. 54, segunda parte, LSC).

Pero el *alterum non laedere* también puede deducirse sistemáticamente —en tanto principio general del Derecho— del ordenamiento jurídico (arg. art. 15 del Código Civil argentino); en este aspecto nos movemos en el ámbito de la antijuridicidad material, donde cobra importancia el concepto normativo del «interés social».

Recordemos que el «interés social» señala el sentido en el cual se deberá desarrollar la actividad social de la sociedad y, a través de ello, funciona

como un «escudo protector» en pos de los socios y de todas aquellas personas que tengan un «interés jurídicamente protegido» para con la sociedad. Así, entre estas personas «interesadas» que no son socios de la controlante, pero que están protegidas por el concepto de «interés social», puede quedar comprendida —precisamente— la sociedad controlada.

Desde esta óptica, por ejemplo, el anteproyecto argentino de reforma a la Ley General de Sociedades elaborado por la Comisión creada por la resolución MJDH, 112/2002, en su artículo 59 ubica en forma explícita al interés social como fundamento del sistema de responsabilidad de los administradores sociales. Su último párrafo se refiere a los grupos societarios y a las implicancias que tiene el interés social de cada sociedad miembro del grupo y el interés de éste a los efectos de enmarcar la responsabilidad de los administradores de la sociedad madre que «comanda» al grupo.

Reza la disposición normativa proyectada: «i) Diligencia del administrador: responsabilidad. Contratos con la sociedad. Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con la lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Deben hacer prevalecer el interés social sobre cualquier otro interés. Les incumbe implementar sistemas y medios preventivos que reduzcan el riesgo de conflictos de intereses en sus relaciones con la sociedad y en las de ésta con otras personas a las que estén vinculadas. No pueden participar por cuenta propia o de terceros en actividades en competencia con la sociedad, salvo autorización expresa de la reunión de socios o asamblea. Tampoco pueden utilizar o afectar activos sociales, aprovechar informaciones u oportunidades de negocios para beneficio propio o de terceros, ni realizar cualquier otra operación que pueda generar conflicto de intereses con la sociedad. El administrador o representante que tuviere un interés contrario al interés social deberá hacerlo saber al órgano que integre, si fuere colegiado y al de la fiscalización en su caso. Deberá abstenerse de intervenir en la deliberación o de resolver por sí cuando su función fuese personal. Los que faltaren a estas obligaciones son responsables ilimitada y solidariamente por los daños y perjuicios que resulten de su acción u omisión. ii) Contratos con la sociedad. Los administradores y los representantes podrán celebrar con la sociedad contratos que se relacionen con su actividad normal, en las mismas condiciones que los terceros. Los contratos no comprendidos en el párrafo anterior, el anticipo de fondos, la concesión de créditos o préstamos, la prestación de garantías o asistencia financiera sólo podrán ser celebradas con la autorización previa de los socios en cada caso. Los otorgados en violación de esta norma hacen responsable al infractor por los daños y perjuicios y le obligan a traer a la sociedad las ganancias que haya obtenido. iii) Los administradores en los grupos. En los grupos societarios la afectación del interés social por parte de los administradores de cada sociedad componente a los fines de la atribución de responsabilidad deberá juzgarse tomando en consideración la política ge-

neral del grupo con el criterio del tercer párrafo del artículo 54, la que deberá asegurar un equilibrio razonable entre las sociedades que lo integran».

La atenta lectura del nuevo texto del artículo 59 del anteproyecto de reforma a la ley de sociedades comerciales, nos conduce a realizar algunas reflexiones, pues muchas de las pautas aquí consagradas —aunque no están en el texto expreso de la vigente ley de sociedades comerciales núm. 19.550— deben ser tenidas en cuenta, pues informan actualmente de la actuación funcional de los administradores, particularmente en materia de grupos:

1. El texto proyectado mantiene —en relación al actual art. 59 LSC— el parámetro en función del cual se juzgará la actuación funcional de los administradores con el fin de determinar la responsabilidad por los daños producidos en sus desempeños, esto es, el deber de obrar con lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios. El administrador societario, no olvidemos, tiene a su cargo la conducción y manejo de intereses y bienes ajenos de la sociedad que administra. Además, ha sido elegido por el órgano de gobierno sobre la base de la confianza depositada en él por los socios que integran la reunión social o asamblea. Es lógico, entonces, que se juzgue severamente su actuación en relación a los especiales conocimientos que se supone posee para desempeñar el cargo social.
2. Consagra expresamente la vara que permitirá meritar la actuación diligente: el interés social. Éste será como la sombra que seguirá permanentemente el ejercicio funcional. No sólo deberá priorizar el interés social con respecto al propio o de terceros, una vez establecido el conflicto, sino que también deberá tenerlo en cuenta para evitar la generación de conflictos societarios.
3. Se incorporan las denominadas «reglas de buen gobierno», o *corporate governance*, de conformidad con los lineamientos que campean en el Derecho anglosajón y europeo y que se concretan en el conocido informe de Olivencia en España y en los principios establecidos por el Consejo de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE). De esta manera, el texto proyectado procura implementar esquemas de solución de controversias que eviten el conflicto societario. A mayor abundamiento, y siguiendo el destacado trabajo de Mariano GAGLIARDO, cabe recordar que el Código de Olivencia tiene su origen en un encargo del gobierno español y, si bien se dirige a todas las sociedades, centra su atención en aquellas que apelan a los mercados financieros aún cuando sus acciones no coticen en Bolsa. No se dirige a los poderes públicos, por la vía de las reformas legislativas, como a las propias sociedades, para que al amparo de la autonomía de la voluntad privada y de la autorregulación de sus órganos, adopten decisiones conducentes a su mejor gobierno. Las recomenda-

ciones del Informe de Olivencia en lo que a la organización societaria aluden, podrán ser incorporadas sin necesidad de reformas legislativas y según el mecanismo de la autonomía estatutaria. Trata de una manera específica el obrar de los administradores, dedica al tema de un modo genérico veintitrés recomendaciones, entre las que se destaca la número dieciséis al disponer: «que la normativa interna de la sociedad detalla las obligaciones que emanan de los deberes generales de diligencia y lealtad de los consejeros, contemplando, en particular, la situación de conflictos de intereses, el deber de confidencialidad, la explotación de oportunidades de negocio y el uso de activos sociales». Finalmente, en el capítulo relativo al conflicto de intereses entre el administrador y la sociedad administrada, se destaca que la actuación del representante anteponiendo intereses propios o ajenos al interés del representado en una situación de conflicto configura abuso de poder.

4. Constituye aplicación concreta de este mandato normativo del artículo 59 del anteproyecto de reformas a la ley de sociedades comerciales: *a)* que el administrador se abstenga de competir con la sociedad, salvo que previamente haya gestionado y obtenido autorización expresa de la reunión de socios o asamblea; *b)* cuando tuviere interés contrario al social debe ser cauto y hacerlo saber de inmediato al órgano de administración que integra o al órgano de fiscalización para que tomen conocimiento de ello y, en su caso, actúen en consecuencia; *c)* no puede, ni siquiera con autorización de los socios, utilizar o afectar activos sociales o aprovechar informaciones u oportunidades de negocios sociales para beneficio propio o de terceros; *d)* pueden contratar con la sociedad, siempre que ello se vincule con la actividad normal de ella y en las mismas condiciones que los terceros. Se presume que, en tal caso, no habrá perjuicios para el ente social, pues el acto jurídico se habrá celebrado en condiciones normales de mercado. En cambio, en los demás casos (anticipo de fondos, concesión de créditos o préstamos, prestación de garantías, etc.) deberá obtenerse la autorización previa de los socios, la que no podrá ser en blanco o genérica, sino concreta y en cada caso y
5. Finalmente, tratándose de grupos societarios —que presuponen una pluralidad de sociedades que operan bajo una dirección unificada— el interés social también está presente para juzgar la responsabilidad de los administradores. La actuación funcional se analiza no sólo en función del interés social del ente administrado, sino también de la política general del grupo al cual pertenece. Ocurre que, si bien en principio el administrador lo es de una de las sociedades, al formar parte ésta de un grupo, la diligencia del buen hombre de negocios

implica contemporizar el interés social particular y su ensamble con la política general del agrupamiento.

A tal efecto, es necesario ponderar la directiva impuesta por el párrafo cuarto del artículo 54 proyectado, según el cual: «(...) en la ejecución de una política empresarial en interés del grupo es admisible la compensación de los daños con los beneficios recibidos o los previsibles provenientes de la aplicación de una política grupal en un plazo determinado, siempre que las desventajas a compensar no pongan en riesgo la solvencia o la viabilidad de la sociedad afectada (...)».

a) *Algunos casos de antijuridicidad material por violación del interés del grupo y del interés social de la controlada*

Los supuestos de antijuridicidad material en que puede incurrir la controlante por daños ocasionados a la controlada están vinculados al concepto más amplio de abuso de control; lo que excede el concepto de ilicitud formal consagrado en el artículo 54, LSC, segundo párrafo, primera parte (aplicación de fondos de la controlada en provecho propio), y segunda parte (inoponibilidad de la persona jurídica).

La antijuridicidad material fluye —desde la óptica societaria— del propio artículo 54, LSC, primer párrafo, el cual, combinado con el artículo 1109 del Código Civil argentino, permite aseverar que es antijurídico todo daño causado por la controlante a la controlada por dolo o culpa sin que medie una causa de justificación. Generalmente, esto ocurrirá cuando la controlante abuse y manipule la relación de control.

Ahora bien, ¿cuándo la controlante «abusa» de su poder de control? A guisa de ejemplo podemos mencionar: a) cuando orienta a la controlada hacia fines extraños al objeto social; b) aprueba o hace aprobar gestiones irregulares de los administradores de la controlada para beneficio personal en perjuicio de esta última; c) promueve modificaciones estatutarias o la adopción de políticas o decisiones que no tenga por fin el interés de la controlada y/o dominada o fuesen a causar daño a los socios minoritarios o a los trabajadores o inversores de la sociedad controlada y/o dominada; d) induce al administrador de la sociedad subordinada a practicar actos ilegales o a incumplir sus deberes funcionales, y e) contratar con la controlada y/o dominada directamente o a través de interpósita persona o de sociedades en la que la controlante y/o dominante tenga intereses personales en condiciones de favorecimiento o no equitativas.

5.4. IMPUTABILIDAD

Este presupuesto de la responsabilidad puede adquirir relevancia cuando se trata de personas físicas controlantes, únicas susceptibles de imputabilidad.

Tratándose de personas jurídicas, éstas carecen de la capacidad necesaria para comprender, conocer y valorar las circunstancias fácticas en que se desenvuelven; razón por la cual no se puede afirmar que sean «sujetos imputables». En efecto, las personas jurídicas expresan su voluntad a través de sus agentes y éstos actúan como órganos suyos. De esta manera, lo actuado jurídicamente por los administradores se imputa (o sea, se atribuye) a la persona jurídica; lo que viene a explicar también la responsabilidad de éstas por los actos de sus administradores —órganos del ente ideal— cometidos en el desempeño funcional. El ordenamiento jurídico las hace responsables a las personas jurídicas en tanto sujetos de derechos y por haber causado un daño injusto; tanto en la esfera contractual como en la extracontractual (arts. 41 y 43 del Código Civil argentino). Se trata de un supuesto en que el ordenamiento jurídico atribuye efectos a un centro imputativo. En suma, si las personas jurídicas responden por los daños y perjuicios que causan es debido al hecho ajeno de las personas físicas que concurren a realizar el objeto de la entidad, por cuanto no pueden realizar ni ejecutar por sí misma acto alguno. Existe, entonces, una disociación entre la autoría (el administrador y/o el dependiente) y la responsabilidad (de la persona jurídica).

Retornando al análisis de las personas físicas, entendemos que el artículo 54 LSC cuando pretende responsabilizar al controlante parte de la base de que la actuación de éste ha sido voluntaria. Sólo así es posible achacarle un obrar abusivo desencadenante de la responsabilidad; el que, por otro lado, la mayor parte de las veces será absorbido por el dolo. De esta manera, no vemos que sea posible un supuesto de abuso de control societario en el cual no haya mediado un obrar con discernimiento, intención y libertad. Prácticamente, el obrar abusivo estará casi siempre teñido de cierta intencionalidad o dolo en la producción misma del daño, aunque no descartamos de plano la presencia de la culpa.

Sin perjuicio de lo expuesto, y aunque se trata realmente de una hipótesis de «laboratorio», si la controlante, persona física, causa un daño a la controlada en virtud de una actuación involuntaria —v.gr., demencia— la regla es que no será responsable a la luz del artículo 900 del Código Civil argentino. Excepcionalmente será pasible del deber de indemnizar conforme al artículo 907 del Código Civil argentino, ya sea porque se enriqueció sin causa, o bien por razones de equidad. Nada tiene que ver aquí el artículo 54 LSC.

Por su parte, la persona jurídica controlante también podrá ser pasible de responsabilidad si es que se enriqueció sin causa —de acuerdo al mentado art. 907— sin que tenga que ver el artículo 54 LSC.

5.5. FACTOR DE ATRIBUCIÓN

a) *Preliminares*

Cabe indagar si existe, en materia de control societario, una presunción de culpa en cabeza de la controlante que engendre responsabilidad respecto de la controlada.

Pareciera que la respuesta debe ser negativa. En efecto, el interés de la controlante no se identifica con el de la sociedad controlada, ni este último desaparece por el mero hecho del control. El interés social de la controlada puede desviarse, no obstante, cuando se utiliza a esta última en beneficio de la primera, mediante el abuso de poder contrario a la buena fe.

Podría afirmarse que una presunción absoluta de culpa debe surgir necesariamente de la ley de fondo, única capaz de consagrar una atribución de responsabilidad, la que no existe en el Derecho argentino. Tampoco esa presunción podrá ser considerada como una presunción *hominis* o judicial, ya que esa desviación del control no es una consecuencia misma de la relación, en forma necesaria.

b) *Nuestra opinión*

Para nosotros no existe una presunción de culpa, la que debe surgir de una norma legal, que no existe en materia societaria con respecto a la responsabilidad de la controlante por los daños sufridos por la controlada.

Así las cosas, no hay presunción de culpa en cabeza de la controlante por la mera existencia de control. Hay que acreditar la culpa y/o el dolo en que haya incurrido para responsabilizarla por el control patológicamente ejercido.

Sin perjuicio de lo anterior, la culpa, si bien receptada en el párrafo primero del artículo 54 LSC, no será el factor de atribución que normalmente se le achacará a la controlante. Entendemos que, por regla, la responsabilidad del controlante será atribuible generalmente al obrar doloso de ésta.

De este modo, en materia de responsabilidad por los daños que sufre la controlada en el marco de las relaciones de control societario cobra especialmente relevancia este factor subjetivo de atribución.

Al dolo lo concebimos como inexecución maliciosa de los deberes de la controlante (arg. art. 521 del Código Civil argentino). Es decir, no creemos que sea necesaria la intención de perjudicar a la controlada (dolo aquiliano, art. 1072 del Código Civil argentino); bastando la conciencia del incumplimiento de los deberes que nacen de la relación de control.

Sin embargo, no descartamos la presencia del dolo delictual cuando se responsabiliza a la controlante —a la luz de la teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica, art. 54, tercer párrafo, LSC— por haber inducido y

manipulado la actuación de la sociedad controlada para la consecución de fines extrasocietarios, perjudicar los derechos de terceros, etc.

Es una realidad innegable que, generalmente, la conformación de los grupos societarios permite alcanzar objetivos empresariales que cada sociedad, por sí sola, no alcanzaría, entablándose verdaderas relaciones de cooperación y de control. Ello así, creemos que es un argumento de peso el que —como regla— sean las conductas dolosas las que obliguen a la controlante a reparar los daños sufridos por la controlada con motivo de la relación de control existente, pues podría erigirse en un factor «desalentador» del fenómeno de «agrupación de sociedades» el que se les achaque responsabilidad por la mera culpa.

No obstante lo manifestado anteriormente, lo cierto es que el factor de atribución culpa está contemplado en el artículo 54 LSC, razón por la cual es viable responsabilizar a la controlante desde esta óptica cuando —conforme al art. 512 del Código Civil argentino— omitió adoptar los cuidados que le imponían las circunstancias de persona, tiempo y lugar, y causó un daño a la controlada. En este caso, el juez deberá ser muy cuidadoso a la hora de analizar las «circunstancias del caso» para juzgar si hubo o no culpa, so riesgo de responsabilizar injustamente a la controlante y producir el efecto desalentador del que nos venimos haciendo eco.

Finalmente, la controlante responde también frente a la controlada por abuso del poder de control.

De los diversos párrafos del artículo 54 deducimos que siempre es necesario una presencia «subjetiva»: *a)* el primer párrafo claramente habla del dolo y la culpa. En esta disposición quedan comprendidos múltiples supuestos de actos antijurídicos atípicos; *b)* el segundo párrafo prevé un caso particular del supuesto contemplado en el primer párrafo. Supone también una conducta dolosa o culposa. De hecho el título de la primera parte del artículo 54 reza «dolo o culpa del socio o del controlante», y *c)* el tercer párrafo contempla claramente conductas dolosas que dan pie a la aplicación de la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica.

Así las cosas, entendemos que la responsabilidad de la controlante por los daños causados a la controlada, aún por abuso de la relación o posición de dominio o control es de tinte subjetivo, especialmente doloso.

5.6. RELACIÓN DE CAUSALIDAD

a) Preliminares

Este presupuesto de la responsabilidad cobra especial relevancia a la hora de analizar la responsabilidad de la controlante por los daños causados a la controlada por abuso de control.

En nuestro Derecho se trata de saber si es aplicable, en este sentido, la teoría de la relación de causalidad adecuada (arg. art. 906 del Código Civil argentino), o bien, no rige para este específico supuesto.

b) *Relación de causalidad y control societario*

Huelga destacar que, ni en el Derecho argentino ni en el Comparado, se ha planteado tan claramente el interrogante referido acerca de cómo debe juzgarse la relación de causalidad para responsabilizar a la controlante por los daños producidos a la controlada. Sí se ha tratado, en cambio, lo relativo a la responsabilidad de la controlante frente a terceros por las deudas de la controlada, existiendo diversas opiniones al respecto.

Si bien la plataforma fáctica no es la misma, utilizaremos el debate y las ideas planteadas en el Derecho Comparado en torno a la responsabilidad de la controlante frente a terceros por las deudas de la controlada, para «aproximarnos» acerca de cómo debe juzgarse la relación de causalidad para achacarle responsabilidad a la controlante por los daños inferidos a la controlada en el marco de la relación de control societario.

c) *Sistemas de responsabilidad en el Derecho Comparado*

El panorama en el Derecho foráneo presenta peculiares características, debiendo destacarse que la tendencia es desechar la existencia de una responsabilidad objetiva por la insolvencia o los pasivos de las sociedades dependientes en las sociedades o en los sujetos dominantes, derivada de la generalizada visualización de estos últimos como entidades de dimensión y capacidad económica mayor que la sociedad dependiente.

a') El sistema de la *entity law*

Esta corriente de opinión parte de la premisa que las sociedades son personas jurídicas independientes, de tal modo que la comunicación de la responsabilidad entre ellas no funciona como criterio general. Por excepción, cabe la transmisión de la responsabilidad mediante la técnica del levantamiento del velo en los casos de fraude a la ley. Es el sistema del *common law*.

b') El sistema de la *enterprise law*

Este sistema no ha tenido recepción normativa —ni el Derecho Comparado ni en el nuestro— a causa de las críticas del sector empresario.

Contempla a la empresa de grupo como un todo unitario conforme al cual el control ejercido por la sociedad controlante sobre las filiales califica dicha estructura de grupo y determina la responsabilidad de aquélla por las deudas de sus filiales, sin más.

c') El sistema dual germánico

Recordemos que el sistema alemán se caracteriza por la articulación legal del grupo a través de un contrato de «dominio» que supone el sometimiento de la filial a la dirección de la matriz en virtud del mencionado acuerdo entre las sociedades. El reverso de la sujeción lo constituye el establecimiento de una responsabilidad de la dominante expresada —en líneas generales— en la asunción por la matriz de las pérdidas que tuviera la filial.

Puede no existir contrato de dominación y estamos en presencia de un grupo fáctico. En este caso, se debe compensar a los terceros por los perjuicios causados como consecuencia de las directrices desventajosas emitidas.

En ausencia de la mencionada compensación, se impone la indemnización de la sociedad dominante a la dominada por los daños y perjuicios causados, salvo que las directrices lesivas hubieran sido igualmente emitidas por un «director de negocios ordenado y leal».

La mencionada responsabilidad se extiende solidariamente a los representantes legales de la dominante, siendo posible también que se amplíe a los de la dominada.

d) *Proyección de la discusión a nuestra investigación*

La cuestión a resolver es, en definitiva, si la mera existencia del grupo y de la relación de control justifica la responsabilidad de la controlante por el daño sufrido por la controlada, inmersas ambas en esa situación jurídica de subordinación; o bien, si es necesario, además, que haya existido una conducta de parte de la controlante que —en relación de causalidad adecuada y conforme a lo que acostumbra suceder de acuerdo al curso natural y ordinario de las cosas— haya sido susceptible de producir el daño sufrido por la sociedad subordinada.

En otras palabras, pretendemos determinar si basta la mera «condición» de la existencia del grupo y de la relación de control para achacarle responsabilidad a la controlante, o es ineludible que haya existido una «causa adecuada» (v.gr.: abuso de control) puesto por la controlante que —de acuerdo al criterio de previsibilidad de un sujeto controlante medio (que no deja de ser un experto, arg. art. 902 del Código Civil) y según la común experiencia— haya sido idónea para producir el daño a la subordinada.

En suma, se trata de saber si en materia societaria y, particularmente, tratándose de la responsabilidad civil desencadenada ante situaciones de control, rige la teoría de la «causalidad adecuada»; teoría que informa —en función del art. 906 del Código Civil— otras materias de la responsabilidad civil (v.gr.: accidentes de tránsito, mala praxis profesional, relaciones de familia, ambiental, administradores societarios, etc.).

e) *Nuestra opinión*

En nuestro concepto, el Derecho Societario argentino —especialmente a la luz del art. 54 LSC— no es ajeno a la teoría de la relación de causalidad adecuada receptada por nuestro ordenamiento jurídico civil (arg. art. 906 del Código Civil argentino y art. 16 del Código Civil argentino). El principio consagrado por el mentado artículo 906 y las disposiciones normativas concordantes (arts. 903 a 905, 520 y 521 del Código Civil), determinan la extensión de la responsabilidad civil en diversas materias (v.gr.: responsabilidad por dolo, culpa, por la intervención activa de las cosas, etc.).

Sin embargo, si bien la teoría de la causalidad adecuada es aceptada por nuestra ley civil —en las normas de los arts. 901, 903, 904 y 906 del Código Civil vigente— para establecer el límite de las consecuencias por las que un sujeto de derecho responde, en materia de imputación no hay ninguna teoría en particular receptada.

Así las cosas, la ley puede determinar la aplicación de una teoría distinta a la de la relación de causalidad «adecuada» a los efectos imputativos. Por ejemplo, en materia de responsabilidad por el hecho del otro en el ámbito extracontractual y de los padres por el hecho de sus hijos menores de edad, el deber de indemnizar se aplica sobre la base de la equivalencia de las condiciones. En efecto, la dependencia y la patria potestad aparecen como una «mera condición» para la imputación de la responsabilidad al principal y a los padres por los daños causados por el dependiente civil y el hijo, respectivamente.

Conforme a lo expuesto podemos concluir, entonces, que es la ley exclusivamente la que define cómo se va a juzgar la relación de causalidad, como así también, la única que puede provocar el apartamiento —excepcional por cierto— de la teoría de la «relación de causalidad adecuada».

Volviendo a la materia societaria, y a diferencia de lo que ocurre en las esferas precitadas de la responsabilidad (responsabilidad por el hecho del otro y responsabilidad de los padres), no vemos que la ley de sociedades se aparte del principio consagrado en el Código Civil argentino (arg. art. 906).

Consecuentemente, solo será responsable la controlante ante la controlada cuando haya «puesto» la condición idónea y adecuada para producir el daño, acorde con las reglas de probabilidad basadas en la experiencia corriente, capaz de erigirse en causa jurídica.

No bastará la mera existencia de un grupo y de las relaciones de control para imputarle responsabilidad a la controlante, las que si bien son condiciones necesarias del daño, no son la causa adecuada de éste. A tal efecto, será indispensable además la concurrencia de un obrar de la controlante —v.gr.: abuso de control— acorde con las reglas de probabilidad basadas en la experiencia corriente para que se constituya en «causa jurídica» del daño.

Consecuentemente, no es la sola existencia del control el elemento determinante en la atribución de responsabilidad. La desviación en el control no se halla presumida por la ley ni es una consecuencia obligada de los hechos; deberá ser demostrada en cada caso. Será el sentido con que se ejerza el control y el resultado del mismo —y no la mera existencia— lo que interesará establecer a los fines de atribuir responsabilidad.

De lo contrario, de existir comunicación de la responsabilidad entre los miembros del grupo por su sola existencia, sería como admitir la ilicitud de éste —que no surge del ordenamiento jurídico argentino— y ello se traduciría en el seguro abandono por los sectores empresariales que han optado por la «empresa de grupo» para configurar su actividad económica.

De este modo, a guisa de ejemplo, para achacarle responsabilidad a la controlante —en el marco de un contrato de distribución— en un supuesto de abuso de control externo en virtud del cual el «distribuido» condujo a la quiebra al «distribuidor», unidos ambos por un pacto de exclusividad; habrá que ponderar diversas circunstancias.

Si se trata de cargar sobre las espaldas de la controlante el pasivo concursal de la controlada, habrá que concluir que éste se traduce en una consecuencia —por lo menos— mediata del incumplimiento contractual y, además, que hubo dolo en la inexecución de la obligación (arg. art. 521 del Código Civil argentino).

Así, por ejemplo, deberá meritarse si en forma unilateral y sin previo aviso, el «distribuido»: 1. Le excluyó al distribuidor zonas de distribución previamente asignadas. 2. Le disminuyó márgenes de ganancias. 3. Le acortó al distribuidor los plazos del pago del precio de los productos comprados —al propio distribuido— para luego revenderlos al público. 4. Le impuso cupos mensuales de compra. 5. Le impuso la adquisición de productos próximos a vencer (lo que dificultó luego para el distribuidor la reventa al público atento a la cercanía del vencimiento). 6. Utilizó empleados del distribuidor, usufructuando formación, cartera y experiencia. En otras palabras, habrá que analizar si el distribuido prácticamente se «apropió» de gente que fue formada por el distribuidor para luego —con su *know how*— aplicarlo a las mismas zonas asignadas a este último y que previamente le habían sido quitadas sin causa justificada.

En suma, habrá que comprobar si dada las características —antes descritas— que rodearon la ejecución del contrato de distribución, el distribuidor, no

solo experimentó una subordinación técnica y económica hacia el distribuido, sino que también «sufrió» un control patológico por parte de la misma en perjuicio hacia él; todo ello dada la posición de parte contratante más débil a la que fue reducida el distribuido por la posición dominante de su co-contratante.

Además, para cargarle al distribuido el pasivo concursal del distribuidor fallido, será necesario concluir que la falencia era una consecuencia previsible —aunque mediata— para la controlante; y que éste actuó con dolo (arg. art. 521 del Código Civil argentino). Este daño será resarcible, a pesar de no quedar comprendido en el trama obligacional, si es que el distribuido igualmente lo previó o lo pudo prever obrando con cuidado y previsión. A tal efecto, habrá que cuestionarse si acaso el distribuido no previó las consecuencias económicas que traería aparejadas en el patrimonio del distribuidor la quita de zonas, clientes, apropiación de empleados, disminución de márgenes de ganancias, etc.; todo ello decidido en forma unilateral, sin previo aviso y en forma injustificada, máxime cuando sabía que el actor dependía económicamente de su persona, pues el propio distribuido le impuso el «pacto de exclusividad», razón por la cual no podía ser «distribuidor» de otros empresarios.

Así las cosas, ¿no estamos en presencia de una actuación dolosa?

Creemos que la falencia aparece como una consecuencia que si bien no es necesaria, inmediata y fatal del incumplimiento contractual —pues no acostumbra suceder necesariamente según el curso ordinario de las cosas que un distribuidor caiga en cesación de pagos por el incumplimiento contractual del distribuido— sí ha sido para éste, o lo debió ser, un efecto previsible pues «sabía» (arg. art. 902 del Código Civil argentino) que el distribuidor dependía económicamente de la firma en forma exclusiva; pues no otra consecuencia podía inferirse del hecho de haberle impuesto el pacto de exclusividad.

Se habla así de «consecuencia mediata». En efecto, el incumplimiento contractual (hecho puesto por el autor del daño —el distribuido— a través del cercenamiento de zonas, clientes, etc.) conectado con otro hecho (la falta de pago a proveedores, fisco, empleados, etc. —*rectius*: acreedores— del distribuidor) produjo una consecuencia mediata que debe ser imputada al accionante: el pasivo falencial efectivamente generado por la mentada conexión.

6. CONCLUSIÓN

La temática que abordamos en la presente monografía constituye, en nuestros días, una de las más candentes. Hoy por hoy, no es posible ignorar que uno de los grandes protagonistas de la economía moderna son los «grupos», cuya característica principal es la existencia de «relaciones de control».

Analizar la responsabilidad de la controlante por abuso de control en el marco de las relaciones intrasocietarias es todo un desafío, que puede traer

aparejado como efecto negativo que los empresarios se sientan amedrentados para encarar actividades económicas bajo la forma de grupo. En efecto, si bien los beneficios pueden ser cuantiosos para las personas agrupadas al poder distribuirse el riesgo generado por la actividad entre los diversos sujetos que la han ejecutado, los perjuicios también pueden ser importantes si se establece una responsabilidad severa para quien detenta el control dentro del «grupo». Por ello, a través de estas modestas líneas, hemos querido hacer una contribución en el sentido de fijar las pautas necesarias para juzgar cuándo y cómo debe responder la controlante por su obrar antijurídico en el marco de las relaciones de control societario.

En tal sentido, luego de nuestra investigación, hemos concluido que la responsabilidad de la controlante —en el Derecho argentino y, al parecer, también en el Derecho Comparado— carece de autonomía al no ser informada por principios propios. Por el contrario, debe juzgarse, a la luz de los presupuestos de la responsabilidad del Derecho común, lo que no obsta a que presente peculiaridades que deben ser ponderadas en el caso concreto. Así las cosas, la controlante incurrirá en responsabilidad civil cuando se verifique la concurrencia de los presupuestos por todos conocidos: *a)* autoría, *b)* imputabilidad, *c)* relación de causalidad, *d)* factor de atribución, y *e)* daño.

Ninguno de estos recaudos pueden faltar a la hora de responsabilizar a la controlante frente a la controlada en los términos del artículo 54 LSC, aunque serán aplicados con las salvedades que en cada caso hemos hecho en esta investigación, debiendo tenerse en cuenta, además, la peculiar impronta que el Derecho comercial le da al tratamiento de la responsabilidad civil.

En suma, esperamos haber contribuido, desde la doctrina, a una mejor comprensión de la mecánica del responder de la controlante por abuso de su posición de dominio frente al sujeto controlado.

RESUMEN

GRUPO SOCIETARIO. ARGENTINA RESPONSABILIDAD CIVIL

La responsabilidad de la controlante —en el Derecho argentino y, al parecer, también en el Derecho Comparado— carece de autonomía al no ser informada por principios propios. Por el contrario, debe juzgarse, a la luz de los presupuestos de la responsabilidad del Derecho Común, lo que no obsta a que presente peculiaridades que deben ser ponderadas en el caso concreto. Así las cosas, la

ABSTRACT

CORPORATE GROUP. ARGENTINA CIVIL LIABILITY

The liability of the controlling company (in Argentinean law and seemingly in comparative law as well) lacks autonomy, whereas it is not shaped by any principles of its own. On the contrary, it must be judged in the light of the events of liability defined in common law, a constraint that does not mean controlling company liability does not present peculiarities that must be weighed in

controlante incurrirá en responsabilidad civil cuando se verifique la concurrencia de los presupuestos por todos conocidos: a) autoría, b) imputabilidad, c) relación de causalidad, d) factor de atribución, y e) daño. Ninguno de estos recaudos pueden faltar a la hora de responsabilizar a la controlante frente a la controlada en los términos del artículo 54 de la Ley de Sociedades Comerciales argentina, aunque serán aplicados con las salvedades de cada caso, debiendo tenerse en cuenta, además, la peculiar impronta que el Derecho Comercial le da al tratamiento de la responsabilidad civil.

each particular case. So, the controlling company will incur civil liability when the concurrent circumstances known to all are found to exist: a) perpetration, b) responsibility, c) cause/effect relationship, d) attribution factor and e) damage. None of these terms can be missing if the controlling company is to be held liable vis-à-vis the controlled company under section 54 of the Argentinean Law on Business Partnerships, although the terms will be applied with the exceptions pertinent to each case. Account must in addition be taken of the unique stamp that business law imparts to the treatment of civil liability.

(Trabajo recibido el 13-4-2010 y aceptado para su publicación el 8-2-2011)

Los tribunales comunitarios competentes en materia de seguros

por

CELIA M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ (*)

*Profesora Ayudante Doctor de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE SEGUROS:
 1. CASOS EN QUE EL DEMANDADO ES EL ASEGURADOR (ARTS. 9 A 11 DEL R. 44/2001):
 - A) *Foro del domicilio del asegurador.*
 - B) *Foro del domicilio de la parte débil.*
 - C) *Foros previstos para determinados contratos de seguro:*
 - a) Foro en materia de coaseguro.
 - b) Foro en materia de seguro de responsabilidad civil:
 - a') Foro del lugar de producción del hecho dañoso.
 - b') Foro del tribunal que conoce de la acción directa del perjudicado contra el asegurado.
 - c') Foro en caso de acción directa del perjudicado contra el asegurador.
 - c) Foro en materia de seguro de inmuebles.

(*) La Doctora Celia M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ elaboró parte de este trabajo durante una estancia de investigación en la Universidad de Ferrara (Italia). Por ello, desea dar las gracias al Profesor Doctor Francesco SALERNO y a su equipo por su hospitalidad. También desea agradecer a la Universidad Carlos III de Madrid la concesión, en el marco del Programa Propio de Investigación, de la «Ayuda para la movilidad de investigadores en centros de investigación nacionales o extranjeros», con la que fue financiada la estancia.

2. CASOS EN QUE EL DEMANDADO ES LA PARTE DÉBIL (ART. 12 DEL R. 44/2001):

- A) *Foro del domicilio del demandado.*
- B) *La demanda reconvencional.*
- C) *El seguro de responsabilidad civil.*

3. FORO DE LA SUMISIÓN EXPRESA (ART. 13 DEL R. 44/2001):

- A) *Sumisión posterior al nacimiento del litigio.*
- B) *Sumisión expresa anterior al nacimiento del litigio:*
 - a) Sumisión que ofrece posibilidades adicionales.
 - b) Sumisión a los tribunales del Estado miembro del domicilio o residencia habitual común de tomador y asegurador.
 - c) Sumisión en caso de que el tomador esté domiciliado en un tercer Estado.
 - d) Sumisión en los contratos de seguro por grandes riesgos.

III. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

1. El presente estudio tiene por objeto examinar las normas de competencia judicial internacional en materia de seguros contempladas en la Sección 3.^a del *Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (en adelante, R. 44/2001) (1).

2. Dicha Sección contempla reglas específicas para determinar los tribunales competentes en los litigios derivados de contratos de seguro. En este sentido, ya en el Considerando decimotercero del R. 44/2001 se establece que para dichos contratos —así como los contratos de consumidores y los contratos de trabajo—, son precisas reglas de competencia más favorables para la *parte más débil* que las reglas generales del Reglamento (2). Esta idea fue puesta de manifiesto por el TJCE en la sentencia del caso *Gerling* (3). Así,

(1) *DOCE* núm. L 12, de 16 de enero de 2001, pág. 1 (vid. versión consolidada de 8 de abril de 2009 en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2001R0044:20090408:ES:PDF>).

(2) Considerando decimotercero del R. 44/2001: «En cuanto a los contratos de seguros, de los celebrados por los consumidores o de trabajo, es oportuno proteger a la parte más débil mediante reglas de competencia más favorables a sus intereses de lo que disponen las reglas generales». Vid. P. VITTORIA, *La competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia (dalla Convenzione di Bruxelles al Regolamento CE, n. 44/2001)*, Milán, 2005, pág. 177.

(3) STJCE de 14 de julio de 1983, *Gerling Konzern Spezial Kreditversicherungs-AG e altri c. Amministrazione del Tesoro dello Stato*, asunto C-201/82, *Rec.* 1983, pág. 2503, ed. especial española, pág. 00615.

en la misma se señala que las normas de competencia judicial internacional en materia de seguros se inspiran en una preocupación por la tutela del asegurado, que en la mayor parte de los casos se encuentra ante un contrato cuyas cláusulas no puede negociar, al tratarse de la parte económicamente más débil (4).

3. La regulación de la competencia judicial internacional para dichos contratos se encuentra así en consonancia con las reglas relativas a los contratos de consumidores y de trabajo (5). Sin embargo, según se ha apuntado, la protección de la parte débil en los contratos de seguro va más allá que la protección general de los consumidores (6). Ello se debe a que el seguro es un producto «un tanto especial», dado que el tomador es el destinatario de un producto en el que se observa la enorme influencia de la ley aplicable al mismo (7).

4. La existencia de una parte débil en los contratos de seguro resulta de extrema relevancia, hasta el punto de que la Sección 3.^a del R. 44/2001 contempla foros de competencia judicial internacional distintos, dependiendo de que la parte débil sea demandante o demandada (8). Los foros del R. 44/2001 favorecen a la parte débil tanto en sus posibilidades de defenderse como en las de ejercitar acciones (9). Para ello se emplean, junto a otros mecanismos, los *foros de protección*, que permiten que la parte débil acuda a los

(4) *Ibidem*, apartado 17.

(5) Vid. H. HEISS, «Section 3: Jurisdiction in matters relating to insurance», en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, Munich, 2007, pág. 271; F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel Regolamento (CE), n. 44/2001 (La revisione della Convenzione di Bruxelles del 1968)*, 3.^a ed., Padua, 2006, pág. 210; F. SEATZU, *Insurance in Private International Law. A European Perspective*, Oxford-Portland, 2003, pág. 51; M. VIRGÓS SORIANO/F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación internacional*, 2.^a ed., 2007, pág. 160.

(6) Vid. H. HEISS, «Section 3: Jurisdiction in matters relating to insurance», en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, Munich, 2007, pág. 272.

(7) *Ibidem*, págs. 271-272.

(8) Vid. V. FUENTES CAMACHO, «Los problemas de jurisdicción y ley en los accidentes de circulación transfronterizos», en *RC. Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, año 46, núm. 2, febrero de 2010, pág. 11. Con respecto a la política legislativa que rodea a la competencia judicial internacional en materia de seguros, vid. el Informe Jenard al Convenio de Bruselas en la versión de 1968 (*OJ*, núm. C 59, de 5 de marzo de 1979, pág. 1 y sigs.; versión en castellano en *DOCE*, núm. C 189, de 28 de julio de 1990, págs. 122-179). El profesor SEATZU considera, no obstante, que el principal objetivo no es la protección de la parte débil, sino proporcionar un conjunto de foros adecuados para este tipo de litigios: «...the main purpose of the jurisdictional rules in matters relating to insurance was to provide a set of appropriate fora for trial» (vid. F. SEATZU, *Insurance in Private International Law. A European Perspective*, Oxford-Portland, 2003, pág. 52).

(9) Vid. F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel Regolamento (CE), n. 44/2001 (La revisione della Convenzione di Bruxelles del 1968)*, 3.^a ed., Padua, 2006, pág. 211.

tribunales del Estado miembro de su domicilio (10). En cambio, las opciones del asegurador para ejercitar acciones se ven reducidas (11).

5. Dicha protección también se ve reflejada en el régimen de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras del R. 44/2001, ya que uno de los motivos para denegar el reconocimiento y el *exequatur* de las resoluciones relativas a contratos de seguro es que el tribunal que ha dictado la resolución no ha respetado las reglas de competencia judicial internacional aplicables a dicha materia (12).

6. Distinguiremos en el desarrollo del presente estudio dos casos fundamentales (13):

- a) Casos en que el demandado es la parte débil.
- b) Casos en que el demandado es el asegurador.

(10) Vid. V. FUENTES CAMACHO, «Los problemas de jurisdicción y ley en los accidentes de circulación transfronterizos», en *RC. Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, año 46, núm. 2, febrero de 2010, pág. 11; F. P. MANSI, *Il giudice italiano e le controversie europee. Dalla Convenzione di Bruxelles del 1968 alla Convenzione di Lugano del 1988 ed al Regolamento (CE), n. 44/2001. Competenza giurisdizionale, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni*, Milán, 2004, pág. 184. Con respecto al concepto de *foro de protección*, vid. A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 10.^a ed., Granada, 2009-2010, pág. 90.

(11) Vid. F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel Regolamento (CE), n. 44/2001 (La revisione della Convenzione di Bruxelles del 1968)*, 3.^a ed., Padua, 2006, pág. 211. Así, se ha señalado, a modo de resumen, que «para la “parte fuerte” rige el principio *actor sequitur forum rei*, mientras que para la “parte débil” rige alternatively ese principio con un *forum actoris*» (vid. M. VIRGÓS SORIANO/F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación internacional*, 2.^a ed., 2007, pág. 161).

(12) Vid. P. BLANCO-MORALES LIMONES, «Contratos de seguro y reaseguro», en A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 10.^a ed., Granada, 2009-2010, pág. 615; H. HEISS, «Section 3: Jurisdiction in matters relating to insurance», en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, Munich, 2007, pág. 272. Artículo 35.1 del R. 44/2001: «Asimismo, no se reconocerán las resoluciones si se hubieren desconocido las disposiciones de las secciones 3, 4 y 6 del capítulo II, o en el caso previsto en el artículo 72». Artículo 45.1 del R. 44/2001: «1. El tribunal que conociere del recurso previsto en los artículos 43 ó 44 solo podrá desestimar o revocar el otorgamiento de la ejecución por uno de los motivos previstos en los artículos 34 y 35...». Con respecto al motivo de denegación de reconocimiento y *exequatur* del artículo 35.1 del R. 44/2001, vid., entre otros, A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 10.^a ed., Granada, 2009-2010, pág. 415; S. M. CARBONE, *Il nuovo spazio giudiziario europeo. Dalla Convenzione di Bruxelles al Regolamento CE, n. 44/2001*, 4.^a ed., Turín, 2002, págs. 224-227; F. P. MANSI, *Il giudice italiano e le controversie europee. Dalla Convenzione di Bruxelles del 1968 alla Convenzione di Lugano del 1988 ed al Regolamento (CE), n. 44/2001. Competenza giurisdizionale, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni*, Milán, 2004, págs. 386-387; P. VITTORIA, *La competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia (dalla Convenzione di Bruxelles al Regolamento CE, n. 44/2001)*, Milán, 2005, págs. 457-464.

(13) Vid. P. BLANCO-MORALES LIMONES, «Contratos de seguro y reaseguro», en A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II,

7. Si bien deberíamos comenzar examinando los supuestos de *sumisión expresa* contemplados en la Sección 3.^a, dejaremos esta cuestión para la parte final de este trabajo. Tal como dispone el Considerando decimocuarto del Reglamento, para los casos de contratos de seguro sólo se encuentra prevista una «autonomía limitada» (14). También la regulación de la *sumisión expresa* se encuentra presidida por la idea de proteger a la parte débil del contrato (15). Así, como veremos, uno de los supuestos de *sumisión* admitidos por el artículo 13 del R. 44/2001 es el caso de que, en virtud de la misma, se permita al tomador, asegurado o beneficiario, formular demandas ante tribunales distintos de los indicados en la Sección 3.^a del Reglamento (16). Por ello, examinaremos, en primer lugar, el régimen general previsto en la Sección 3.^a del Reglamento, y a continuación explicaremos cómo se ven afectados tales foros por las reglas relativas a la *sumisión expresa* que establece dicha Sección.

II. LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE SEGUROS

8. Según indica el artículo 8 del R. 44/2001, en materia de seguro, se aplicarán las normas de la Sección 3.^a sin perjuicio de lo previsto en los artículos 4 y 5.5 (17). En virtud del artículo 4 del R. 44/2001, como regla general, cuando el demandado se encuentre domiciliado fuera de la Unión

10.^a ed., Granada, 2009-2010, pág. 615; M. VIRGÓS SORIANO/F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación internacional*, 2.^a ed., 2007, págs. 162 y sigs.

(14) Considerando decimocuarto del R. 44/2001: «Debe respetarse la autonomía de las partes de un contrato, que no sea de seguros, de los celebrados por los consumidores o de trabajo, en los que sólo se prevé una autonomía limitada en cuanto a la elección del órgano jurisdiccional competente, sin perjuicio de los criterios de competencia exclusiva establecidos en el presente Reglamento».

(15) Vid. P. BLANCO-MORALES LIMONES, «Contratos de seguro y reaseguro», en A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 10.^a ed., Granada, 2009-2010, pág. 617; S. M. CARBONE, *Il nuovo spazio giudiziario europeo. Dalla Convenzione di Bruxelles al Regolamento CE 44/2001*, 4.^a ed., Turín, 2002, pág. 112; V. FUENTES CAMACHO, «Los problemas de jurisdicción y ley en los accidentes de circulación transfronterizos», en *RC. Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, año 46, núm. 2, febrero de 2010, pág. 12.

(16) Vid. § 64.

(17) Vid. P. VITTORIA, *La competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia (dalla Convenzione di Bruxelles al Regolamento CE, n. 44/2001)*, Milán, 2005, pág. 178. Artículo 5 del R. 44/2001: «Las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro: 5. Si se tratare de litigios relativos a la explotación de sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento, ante el tribunal del lugar en que se hallaren sitios».

Europea, serán aplicables las normas de competencia judicial internacional de producción interna del Estado miembro del foro (18).

Si el demandado es una persona física, el tribunal del Estado miembro del foro aplicará, en primer lugar, su propia Ley interna para determinar si el demandado se encuentra domiciliado en su Estado miembro (art. 59.1 del R. 44/2001) (19). Si, consultada dicha Ley, se concluye que el demandado no se encuentra domiciliado en el Estado miembro del foro, el tribunal deberá determinar si el demandado está domiciliado en otro Estado miembro. Para ello, consultará la Ley del Estado miembro en cuestión (art. 59.2 del R. 44/2001).

Si el demandado es una persona jurídica, como regla general será aplicable el artículo 60 del R. 44/2001, que establece que se considera domiciliada a la persona jurídica en el Estado miembro en que se encuentre, alternatively, su sede estatutaria, su administración central o su centro de actividad principal (20).

9. Se encuentran excepcionados del régimen de la Sección 3.^a del R. 44/2001, los litigios que enfrentan entre sí a reasegurado y reasegurador con respecto al contrato de reaseguro, tal como señaló el TJCE en el caso *Josi* (21). El reaseguro puede ser definido como «la modalidad del seguro contra el nacimiento de una deuda en el patrimonio del asegurador como consecuencia de un contrato de seguro anterior estipulado por él» (22). En los contratos de reaseguro, por definición, el tomador es una aseguradora (23).

10. En el citado caso, Group Josi Reinsurance Company, S. A. (en adelante, Grupo Josi), con domicilio en Bélgica, era uno de los reaseguradores en un contrato de reaseguro relativo a una cartera de pólizas de seguro combinado del hogar en Canadá. La celebración del contrato de reaseguro

(18) Vid. H. HEISS, «Article 8», en. U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, Munich, 2007, pág. 273; F. SEATZU, *Insurance in Private International Law. A European Perspective*, Oxford-Portland, 2003, pág. 54. Artículo 4 del R. 44/2001: «1. Si el demandado no estuviere domiciliado en un Estado miembro, la competencia judicial se regirá, en cada Estado miembro, por la ley de este Estado miembro, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en los artículos 22 y 23». Sobre el alcance de este precepto, vid. A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 10.^a ed., Granada, 2009-2010, págs. 119-120.

(19) Con carácter general, para la determinación del domicilio en el ámbito del R. 44/2001, vid. A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 10.^a ed., Granada, 2009-2010, págs. 154-159.

(20) Dicha afirmación será matizada al tratar el foro del domicilio del asegurador (vid. § 17 y sigs.).

(21) STJCE de 13 de julio de 2000, *Group Josi Reinsurance Company SA contra Universal General Insurance Company (UGIC)*, asunto C-412/98, *Rec.* 2000, pág. I-05925.

(22) Vid. F. SÁNCHEZ CALERO/J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. II, 32.^a ed., 2009, pág. 542.

(23) Vid. H. HEISS, «Section 3: Jurisdiction in matters relating to insurance», en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, Munich, 2007, pág. 272.

le fue encargada por Universal General Insurance Company (UGIC), sociedad con domicilio en Canadá, a su corredor Euromepa, sociedad domiciliada en Francia. El litigio se suscitó cuando Euromepa reclamó al Grupo Josi una cantidad como consecuencia de su participación en el contrato de reaseguro, a lo que el Grupo Josi se negó, manifestando fundamentalmente que su adhesión al contrato de reaseguro se había obtenido mediante información falsa.

UGIC interpuso entonces una demanda contra el Grupo Josi ante los tribunales franceses, cuya competencia fue impugnada por el demandado, alegando que correspondía conocer del asunto a los tribunales belgas. Los tribunales franceses se declararon competentes y el Grupo Josi fue condenado a pagar las cantidades reclamadas. Recurrida por el Grupo Josi la resolución, los tribunales franceses solicitaron al TJCE la aclaración sobre, en primer lugar, si un demandado domiciliado en un Estado miembro podía oponer las reglas de competencia del *Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968* (en adelante, Convenio de Bruselas de 1968), a un demandante domiciliado en un tercer Estado y, en caso afirmativo, si resultaban aplicables a los contratos de reaseguro las reglas específicas del Convenio previstas para los contratos de seguro (24).

Tras haber señalado el TJCE que el Convenio de Bruselas de 1968 resultaba aplicable al caso, indicó, en primer lugar, que entre los foros contenidos en el Convenio no existía ninguno en el que se hiciera referencia al reaseguro (25).

En segundo lugar, señaló que las normas de la Sección 3.^a se encuentran inspiradas por el afán de proteger al asegurado como parte económicamente más débil del contrato (26). Por ello, consideró que no debía extenderse la aplicación de tales normas a sujetos para los que no se encuentra justificada la mencionada protección (27). Como en un contrato de reaseguro las dos partes son profesionales del sector de seguros, sin que quepa presumir que

(24) Vid. versión consolidada en *DOCE*, núm. C 27, de 26 de enero de 1998, págs. 1 y sigs.

(25) STJCE de 13 de julio de 2000, *Group Josi Reinsurance Company SA contra Universal General Insurance Company (UGIC)*, asunto C-412/98, *Rec.* 2000, pág. I-05925, apartados 62 y 63.

(26) *Ibidem*, apartado 64, en el que, a su vez, se cita el apartado 17 de la STJCE de 14 de julio de 1983, *Gerling Konzern Spezial Kreditversicherungs-AG e altri c. Amministrazione del Tesoro dello Stato*, asunto C-201/82, *Rec.* 1983, pág. 2503, ed. especial española pág. 00615; al que ya nos hemos referido (vid. § 2).

(27) STJCE de 13 de julio de 2000, *Group Josi Reinsurance Company SA contra Universal General Insurance Company (UGIC)*, asunto C-412/98, *Rec.* 2000, pág. I-05925, apartado 65.

ninguna se encuentra en posición de debilidad con respecto a la otra, el TJCE manifestó que las normas de la Sección 3.^a «no son aplicables a las relaciones reasegurador-reasegurado en el marco de un tratado de reaseguro» (28).

Distinto es el caso, no obstante, del tomador, asegurado o beneficiario, que ejercita, con base en la legislación aplicable, una acción directa contra el reasegurador de su asegurador. La justificación reside en que en tal caso existe una parte débil, que es lo que inspira la regulación de la Sección 3.^a, por lo que sí cabe aplicar las reglas específicas previstas para los contratos de seguro (29).

11. Por lo tanto, la competencia judicial internacional en los contratos de reaseguro no se regula por los artículos 8 a 14 del R. 44/2001, sino por las reglas generales del Reglamento (30). Como hemos expuesto, la citada exclusión se refiere a los casos en que los litigantes son reasegurado y reasegurador (31). Se trata de casos en los que no está justificada una tutela particular, al no existir un desequilibrio entre las partes (32). En cambio, si el que demanda al reasegurador es el tomador, asegurado o beneficiario, los artículos 8 a 14 del R. 44/2001 resultarán aplicables (33).

12. También se encuentran excepcionados de la Sección 3.^a del R. 44/2001 las demandas entre un asegurador contra otro asegurador o asegurado-

(28) *Ibidem*, apartados 66 y 67. Vid., en el mismo sentido, el Informe Schlosser sobre el Convenio de adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio de Bruselas (*OJ C*, núm. 59, 1979, págs. 71 y sigs.; y versión en castellano en *DOCE*, núm. C 189, 1990, pág. 184 y sigs.).

(29) STJCE de 13 de julio de 2000, *Group Josi Reinsurance Company SA contra Universal General Insurance Company (UGIC)*, asunto C-412/98, *Rec.* 2000, pág. I-05925, apartado 75. Vid. S. M. CARBONE, *Il nuovo spazio giudiziario europeo. Dalla Convenzione di Bruxelles al Regolamento CE 44/2001*, 4.^a ed., Turín, 2002, pág. 114.

(30) Vid. V. FUENTES CAMACHO, «Los problemas de jurisdicción y ley en los accidentes de circulación transfronterizos», en *RC. Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, año 46, núm. 2, febrero de 2010, pág. 12; H. HEISS, «Section 3: Jurisdiction in matters relating to insurance», en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, Munich, 2007, pág. 272; F. P. MANSI, *Il giudice italiano e le controversie europee. Dalla Convenzione di Bruxelles del 1968 alla Convenzione di Lugano del 1988 ed al Regolamento (CE), n. 44/2001. Competenza giurisdizionale, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni*, Milán, 2004, pág. 185; P. SCHLOSSER, «Insurance, Consumer and Employment Matters», en B. HESS/T. PFEIFFER/P. SCHLOSSER, *The Brussels I-Regulation (EC), n. 44/2001*, Munich, 2008, pág. 79.

(31) Vid. P. VITTORIA, *La competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia (dalla Convenzione di Bruxelles al Regolamento CE, n. 44/2001)*, Milán, 2005, pág. 177.

(32) Vid. S. M. CARBONE, *Il nuovo spazio giudiziario europeo. Dalla Convenzione di Bruxelles al Regolamento CE, n. 44/2001*, 4.^a ed., Turín, 2002, pág. 114; F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel Regolamento (CE), n. 44/2001 (La revisione della Convenzione di Bruxelles del 1968)*, 3.^a ed., Padua, 2006, pág. 215.

(33) Vid. H. HEISS, «Article 8», en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, Munich, 2007, pág. 274.

res (34). La competencia judicial internacional en los litigios derivados de demandas entre aseguradores se determina en virtud de las reglas generales del R. 44/2001 (35).

13. Debemos referirnos, en este aspecto, al pronunciamiento del TJCE en el caso *Zurich España*, relativo a la petición de decisión prejudicial que tenía por objeto la interpretación del artículo 6.2 y la Sección 3.^a del Convenio de Bruselas de 1968 (36). El litigio se originó con motivo de una demanda sobre obligaciones de garantía interpuesta por aseguradores de *Société pyrénéenne de transit d'automobiles* (Soptrans) contra Zurich España. Todo ello tuvo su origen en un siniestro ocurrido en un aparcamiento que Soptrans dedicaba al estacionamiento de vehículos nuevos. Entre dichos vehículos se encontraban los pertenecientes a General Motors España (en adelante, GME), vehículos que resultaron dañados en el siniestro y que se encontraban asegurados por Zurich España. Por su parte, Soptrans, sociedad domiciliada en Francia, se encontraba asegurada por diversas sociedades, todas ellas con domicilio o sucursales en Francia.

En virtud de una transacción a la que se llegó en el marco de un procedimiento sustanciado ante los tribunales españoles, Soptrans se comprometió al pago de una indemnización a GME. A su vez, Soptrans emplazó a los aseguradores ante los tribunales franceses para que se les condenara al pago de las consecuencias de la acción que se había ejercitado ante los tribunales españoles. Dichos aseguradores interpusieron ante los mencionados tribunales franceses una demanda sobre obligaciones de garantía contra Zurich. Ésta impugnó la competencia de los tribunales franceses, alegando que la competencia correspondía a los tribunales españoles, dado que tenía su domicilio en España.

El TJCE señaló, en primer lugar, que las normas de la Sección 3.^a del Convenio de Bruselas de 1968 fueron elaboradas para proteger al asegurado que, siendo generalmente la parte económicamente más débil, se encuentra ante contratos de adhesión con cláusulas no negociables (37). Así, manifestó

(34) STJCE de 26 de mayo de 2005, *Groupement d'intérêt économique (GIE) Réunion européenne y otros c. Zurich España y Société pyrénéenne de transit d'automobiles (Soptrans)*, asunto C-77/04, *Rec.* 2005, pág. I-04509. Vid. H. HEISS, «Article 8», en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, Munich, 2007, pág. 275.

(35) Vid. P. BLANCO-MORALES LIMONES, «Contratos de seguro y reaseguro», en A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 10.^a ed., Granada, 2009-2010, pág. 616.

(36) STJCE de 26 de mayo de 2005, *Groupement d'intérêt économique (GIE) Réunion européenne y otros c. Zurich España y Société pyrénéenne de transit d'automobiles (Soptrans)*, asunto C-77/04, *Rec.* 2005, pág. I-04509.

(37) *Ibidem*, apartado 17. En ella se cita el apartado 17 de la STJCE, de 14 de julio de 1983, *Gerling Konzern Spezial Kreditversicherungs-AG e altri c. Amministrazione del Tesoro dello Stato*, asunto C-201/82, *Rec.* 1983, pág. 2503, ed. especial española, pág. 00615; y el apartado 64 de STJCE, de 13 de julio de 2000, *Group Josi Reinsurance Company SA contra Universal General Insurance Company (UGIC)*, asunto C-412/98, *Rec.* 2000, pág. I-05925; a los que ya nos hemos referido (vid. § 2 y § 9 y sigs.).

el Tribunal que las reglas de competencia de la Sección 3.^a no debían aplicarse a sujetos para los que no está justificada la mencionada protección (38). Como los aseguradores de Soptrans interpusieron contra Zurich una demanda sobre obligaciones de garantía, consideró que «no resulta justificada ninguna protección especial por tratarse de relaciones entre profesionales del sector de seguros, de los que no cabe presumir que uno se encuentre en una posición de debilidad frente al otro» (39). Por ello, tal como concluyó el Tribunal, las normas de la Sección 3.^a «no son aplicables a las relaciones entre aseguradores en el marco de una demanda sobre obligaciones de garantía» (40).

14. Como ha sido apuntado, la no aplicación de la Sección 3.^a a las demandas entre aseguradores se deduce también del tenor literal de los artículos 8 a 14 del R. 44/2001, que se refiere a litigios entre parte débil y asegurador (41).

Por ello, en las demandas entre aseguradores puede ser empleado el artículo 6.2 del R. 44/2001 que, en cambio, no opera para los litigios regulados por los artículos 8 a 14 del R. 44/2001 (42).

15. Una vez expuestas las excepciones mencionadas, comenzaremos analizando, en el ámbito de la Sección 3.^a del R. 44/2001, los supuestos en que el demandado se encuentra domiciliado en un Estado miembro, distinguiendo entre los casos en que se demanda a la parte débil y los casos en que se demanda al asegurador.

(38) STJCE de 26 de mayo de 2005, *Groupement d'intérêt économique (GIE) Réunion européenne y otros c. Zurich España y Société pyrénéenne de transit d'automobiles (Soptrans)*, asunto C-77/04, *Rec.* 2005, pág. I-04509, apartado 18, en el que cita, a su vez, el apartado 65 de la STJCE de 13 de julio de 2000, *Group Josi Reinsurance Company SA contra Universal General Insurance Company (UGIC)*, asunto C-412/98, *Rec.* 2000, pág. I-05925 (vid. § 9 y sigs.).

(39) STJCE de 26 de mayo de 2005, *Groupement d'intérêt économique (GIE) Réunion européenne y otros c. Zurich España y Société pyrénéenne de transit d'automobiles (Soptrans)*, asunto C-77/04, *Rec.* 2005, pág. I-04509, apartado 20.

(40) *Ibidem*, apartado 23.

(41) Vid. H. HEISS, «Article 8», en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, Munich, 2007, pág. 275.

(42) STJCE de 26 de mayo de 2005, *Groupement d'intérêt économique (GIE) Réunion européenne y otros c. Zurich España y Société pyrénéenne de transit d'automobiles (Soptrans)*, asunto C-77/04, *Rec.* 2005, pág. I-04509, apartado 36. Artículo 6 del R. 44/2001: Las personas a las que se refiere el artículo anterior también podrán ser demandadas: 2) si se tratare de una demanda sobre obligaciones de garantía o para la intervención de terceros en el proceso, ante el tribunal que estuviere conociendo de la demanda principal, salvo que ésta se hubiere formulado con el único objeto de provocar la intervención de un tribunal distinto del correspondiente al demandado». Vid. H. HEISS, «Article 8», en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, Munich, 2007, pág. 275.

1. CASOS EN QUE EL DEMANDADO ES EL ASEGURADOR (ARTS. 9 A 11 DEL R. 44/2001)

16. En los artículos 9 a 11 del R. 44/2001 existen dos foros que pueden ser aplicados a cualquier tipo de contrato de seguro (foro del domicilio del asegurador y foro del domicilio de la parte débil). Junto a estas reglas, existen foros adicionales que sólo operan para determinados contratos de seguro (coaseguros, seguros de responsabilidad civil y seguros relativos a inmuebles) (43).

A) *Foro del domicilio del asegurador*

17. Cuando se demande al asegurador, serán competentes los tribunales del Estado miembro del domicilio del asegurador [art. 9.1.a) del R. 44/2001]. Se trata del foro general del domicilio del demandado del artículo 2 del R. 44/2001, si bien configurado para el caso específico de los contratos de seguro. No debemos olvidar que los contratos de seguro no se rigen por las reglas generales del R. 44/2001 sino por la Sección 3.^a, de ahí que sea necesario incluir en dicha Sección 3.^a el foro del domicilio del demandado (44).

18. Como regla general, ya hemos visto que, en el ámbito del R. 44/2001, el domicilio de las personas jurídicas se determina en virtud de su artículo 60. Sin embargo, a pesar de que no se cumpla ninguno de los criterios mencionados en el artículo 60 del R. 44/2001, también se considerará domiciliado en un Estado miembro, a los efectos de su artículo 9.1.a), a los aseguradores que cuentan con sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, para los litigios relativos a su explotación (art. 9.2 del R. 44/2001) (45). Debe tenerse presente que el artículo 9.2 del R. 44/2001 sólo resulta aplicable al asegurador, de tal manera que, como

(43) Vid. F. P. MANSI, *Il giudice italiano e le controversie europee. Dalla Convenzione di Bruxelles del 1968 alla Convenzione di Lugano del 1988 ed al Regolamento (CE), n. 44/2001. Competenza giurisdizionale, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni*, Milán, 2004, pág. 186.

(44) Vid. H. HEISS, «Article 9», en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, Munich, 2007, pág. 277.

(45) Se considera que el artículo 9.2 del R. 44/2001 supone la confirmación de la aplicación de los principios que subyacen en el artículo 5.5 del R. 44/2001 (vid. S. M. CARBONE, *Il nuovo spazio giudiziario europeo. Dalla Convenzione di Bruxelles al Regolamento CE 44/2001*, 4.^a ed., Turín, 2002, pág. 113; F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel Regolamento (CE), n. 44/2001 (La revisione della Convenzione di Bruxelles del 1968)*, 3.^a ed., Padua, 2006, pág. 211 y págs. 167-169). Artículo 5.5 del R. 44/2001: Las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro: Si se tratare de litigios relativos a la explotación de sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento, ante el tribunal del lugar en que se hallaren sitios».

veremos, si el demandado es la parte débil —tomador, asegurado o beneficiario—, no cabrá hacer uso de tal previsión (46).

Como ha sido expuesto por parte de la doctrina, consideramos que, aunque una interpretación literal lleva a considerar que el artículo 9.2 sólo resulta aplicable en el ámbito del artículo 9.1.a) del R. 44/2001, el artículo 9.2 del R. 44/2001 también debería operar en el ámbito de los artículos 10, 11.1 y 11.3 de dicha norma (47). Al respecto, se ha señalado que tales preceptos se basan en la idea de atribuir la competencia a los tribunales del Estado miembro con el que el litigio tiene un vínculo particularmente estrecho (48).

19. El foro contenido en el artículo 9.1.a) del R. 44/2001 se trata de un foro de competencia judicial internacional, de tal manera que hace competentes a los tribunales de un Estado miembro en su conjunto, sin concretar el tribunal territorialmente competente (49).

B) *Foro del domicilio de la parte débil*

20. Tal como dispone el artículo 9.1.b) del R. 44/2001, si la parte débil —tomador, asegurado o beneficiario—, demanda al asegurador, podrá acudir al tribunal del lugar de su domicilio. Se considera que este foro constituye una importante excepción al principio que, como regla general, excluye la aplicación del foro del actor (50). El momento relevante para apreciar el domicilio de la parte débil es el de interposición de la demanda (51).

21. Como el R. 44/2001 se refiere al «tribunal del lugar» donde tuviere su domicilio el demandante, nos encontramos ante un foro que determina tanto la competencia judicial internacional como la competencia territorial (52).

(46) Vid. H. HEISS, «Section 3: Jurisdiction in matters relating to insurance», en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, Munich, 2007, pág. 273; S. O'MALLEY/A. LAYTON, *European Civil Practice*, Londres, 1989, § 18.20 y sigs.; F. SEATZU, *Insurance in Private International Law. A European Perspective*, Oxford-Portland, 2003, págs. 58-59.

(47) Vid., entre otros, S. O'MALLEY/A. LAYTON, *European Civil Practice*, Londres, 1989, § 18.20; F. SEATZU, *Insurance in Private International Law. A European Perspective*, Oxford-Portland, 2003, pág. 59.

(48) Vid. F. SEATZU, *Insurance in Private International Law. A European Perspective*, Oxford-Portland, 2003, pág. 59.

(49) Vid. H. HEISS, «Article 9», en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, Munich, 2007, pág. 277.

(50) Vid. S. M. CARBONE, *Il nuovo spazio giudiziario europeo. Dalla Convenzione di Bruxelles al Regolamento CE 44/2001*, 4.ª ed., Turín, 2002, pág. 112.

(51) Vid., entre otros, H. HEISS, «Article 9», en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, Munich, 2007, pág. 279; F. SEATZU, *Insurance in Private International Law. A European Perspective*, Oxford-Portland, 2003, pág. 58.

(52) Vid. P. BLANCO-MORALES LIMONES, «Contratos de seguro y reaseguro», en A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 10.ª ed., Granada, 2009-2010, pág. 616; H. HEISS, «Article 9», en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, Munich, 2007, pág. 277.

El tomador, asegurado o beneficiario, puede así demandar al asegurador ante los tribunales del Estado miembro del domicilio de este último o, en cambio, acudir a los tribunales de otro Estado miembro, que es el del lugar de su propio domicilio (53). El artículo 9.1.b) del R. 44/2001 es por lo tanto un «foro de ataque», que amplía las opciones de la parte demandante (54).

C) *Foros previstos para determinados contratos de seguro*

22. Junto a los foros anteriormente mencionados, el Reglamento contempla, tal como hemos adelantado, foros específicos para determinados tipos de contratos de seguro, que analizamos a continuación.

a) *Foro en materia de coaseguro*

23. En el contrato de coaseguro «se concluyen uno o varios contratos de seguro (relativos al mismo interés, contra los mismos riesgos y por el mismo tiempo), existiendo un acuerdo previo entre los aseguradores para repartirse las cuotas que correspondan a cada uno» (55). Es decir, con el consentimiento del tomador del seguro, varios aseguradores se unen para cubrir un concreto riesgo (56).

24. En virtud del artículo 9.1.c) del R. 44/2001, se puede demandar al coasegurador o coaseguradores ante los tribunales del Estado miembro competente para conocer de la acción entablada contra el primer firmante del coaseguro [art. 9.1.c) del R. 44/2001] (57). Este «delegado», «abridor» o «ca-

KI (eds.), *Brussels I Regulation*, Munich, 2007, págs. 278-279; P. VITTORIA, *La competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia (dalla Convenzione di Bruxelles al Regolamento CE, n. 44/2001)*, Milán, 2005, pág. 179.

(53) Con posterioridad trataremos la cuestión relativa a si el perjudicado puede también demandar al asegurador ante los tribunales del lugar de su propio domicilio, vid. § 30 y sigs.

(54) Vid. P. BLANCO-MORALES LIMONES, «Contratos de seguro y reaseguro», en A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 10.^a ed., Granada, 2009-2010, pág. 616. Con respecto al concepto de «foro de ataque» y su justificación, vid. A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 10.^a ed., Granada, 2009-2010, págs. 159-161.

(55) Vid. F. SÁNCHEZ CALERO/J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. II, 32.^a ed., 2009, pág. 519.

(56) Vid. P. BLANCO-MORALES LIMONES, «Artículo 8», en A. L. CALVO CARAVACA (ed.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, 1994, pág. 218.

(57) Vid. F. P. MANSI, *Il giudice italiano e le controversie europee. Dalla Convenzione di Bruxelles del 1968 alla Convenzione di Lugano del 1988 ed al Regolamento (CE)*,

becera de póliza», suele ser designado para representar al resto de coaseguradores, ya sea en caso de litigio o en el ámbito de negociaciones privadas (58).

Si no existiera tal previsión, la parte débil que deseara demandar a todos los coaseguradores ante un mismo tribunal, debería acudir al foro de su propio domicilio [art. 9.1.a) del R. 44/2001] (59). En cambio, si decidiera acudir al foro del domicilio del demandado, sólo lograría demandar a todos los coaseguradores ante los mismos tribunales, si se diera el caso de que todos ellos estuvieran domiciliados en el mismo Estado miembro (60). Ello se debe a que no resulta aplicable el foro en materia de litisconsorcio pasivo previsto en el artículo 6.1 del R. 44/2001 (61). Además, el artículo 9.1.c) se diferencia del artículo 6.1 del R. 44/2001 en que, mientras que en éste es preciso que se demande ante los tribunales del Estado miembro del domicilio de uno de los demandados, en el ámbito del artículo 9.1.c) ello no es necesario (62).

25. Debe tenerse presente que la parte débil tiene la facultad de demandar a todos los coaseguradores ante los tribunales del Estado miembro que conocen de la acción contra el primer firmante del coaseguro (63). Por ello, si no desea hacer uso de tal previsión, podría, por ejemplo, en virtud del artículo 9.1.a) del R. 44/2001, demandar a cada coasegurador por separado ante los tribunales del Estado miembro del domicilio de cada coasegurador.

n. 44/2001. *Competenza giurisdizionale, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni*, Milán, 2004, pág. 185. También el TJCE, en el caso *Josi*, señala que el Convenio de Bruselas contempla en su artículo 8 —art. 9.1.c) del R. 44/2001— los contratos de coaseguro [STJCE de 13 de julio de 2000, *Group Josi Reinsurance Company SA contra Universal General Insurance Company (UGIC)*, asunto C-412/98, Rec. 2000, pág. I-05925, apartado 62].

(58) Vid. H. HEISS, «Article 9», en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, Munich, 2007, pág. 279.

(59) *Ibidem*, pág. 279.

(60) *Ibidem*, págs. 279-280.

(61) *Ibidem*, pág. 280. Artículo 6 del R. 44/2001: Las personas a las que se refiere el artículo anterior también podrán ser demandadas: 1) si hubiere varios demandados, ante el tribunal del domicilio de cualquiera de ellos, siempre que las demandas estuvieren vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser inconciliables si los asuntos fueren juzgados separadamente». Con respecto a dicho precepto, vid. A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 10.^a ed., Granada, 2009-2010, págs. 161-163.

(62) Vid. P. VITTORIA, *La competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia (dalla Convenzione di Bruxelles al Regolamento CE, n. 44/2001)*, Milán, 2005, pág. 180.

(63) Vid. L. COLLINS, *Dicey & Morris on The Conflict of Laws*, Londres, 2000, § 11-306; H. HEISS, «Article 9», en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, Munich, 2007, pág. 280.

b) Foro en materia de seguro de responsabilidad civil

26. Se considera que, al emplear el término «seguros de responsabilidad», se está haciendo alusión a cualquier contrato de seguro que cubre «el riesgo del nacimiento de una deuda de responsabilidad en el patrimonio del asegurado» (64). Para este tipo de seguros, los foros adicionales son varios:

a') Foro del lugar de producción del hecho dañoso

27. El artículo 10 del R. 44/2001 permite interponer la demanda ante el tribunal del lugar en que se hubiera producido el hecho dañoso (*forum delicti commissi*). Como veremos, se trata de la misma regla prevista para los contratos de seguro relativos a bienes inmuebles. Se trata de un foro de competencia judicial internacional y territorial, ya que se refiere al «tribunal del lugar» (65).

La atribución de competencia judicial internacional al tribunal del lugar donde se ha producido el hecho dañoso responde a criterios generales de buena administración de justicia, dada la facilidad de dichos tribunales para recabar las pruebas necesarias (66).

28. Se considera que a estos casos les resulta aplicable la jurisprudencia del TJCE referida al artículo 5.3 del R. 44/2001 (67). Así, en caso de los denominados «ilícitos a distancia», es decir, cuando el lugar donde se produce el hecho causal y el lugar donde se verifica el daño sean distintos, el demandante podrá, en virtud del mencionado foro, elegir ante cuál de dichos Estados miembros desea demandar (68).

(64) Vid. P. BLANCO-MORALES LIMONES, «Artículo 9», en A. L. CALVO CARAVACA (ed.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, 1994, pág. 227.

(65) Vid. F. F. GARAU SOBRINO, «El TJCE, nuevo legislador comunitario (o cómo crear por vía de hecho un nuevo foro para las víctimas de los accidentes de circulación)», en *AEDIPr*, t. VII, 2007, pág. 647; H. HEISS, «Article 10», en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, Munich, 2007, pág. 284.

(66) Vid. F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel Regolamento (CE), n. 44/2001 (La revisione della Convenzione di Bruxelles del 1968)*, 3.ª ed., Padua, 2006, pág. 215.

(67) Artículo 5 del R. 44/2001: «Las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro: 3) En materia delictual o cuasidelictual, ante el tribunal del lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso».

(68) Vid., entre otros, H. HEISS, «Article 10», en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, Munich, 2007, pág. 283; S. M. CARBONE, *Il nuovo spazio giudiziario europeo. Dalla Convenzione di Bruxelles al Regolamento CE 44/2001*, 4.ª ed., Turín, 2002, pág. 112; que consideran que «evento» debe ser interpretado al igual que en el ámbito del artículo 5.3 del R. 44/2001. Con respecto a dicha interpretación del artículo 5.3

b') Foro del tribunal que conoce de la acción directa del perjudicado contra el asegurado

29. Habiendo sido demandado el asegurado por el perjudicado ante los tribunales de un Estado miembro, dicho asegurado podrá demandar al asegurador ante los mismos tribunales (art. 11.1 del R. 44/2001) (69). Se trata con este foro de que comparezca en el procedimiento el sujeto que puede verse obligado al pago de la indemnización, en virtud del contrato de seguro que ha sido suscrito por el asegurado y el asegurador (70). Así, el asegurador, que puede no tener vinculación alguna con el tribunal competente para conocer de la demanda del perjudicado contra el asegurado, puede ser emplazado ante tal tribunal, con base en el contrato que le vincula con el asegurado (71). Para ello, es preciso que la Ley del foro admita dicha posibilidad.

Con esta previsión se pretende evitar pronunciamientos inconciliables, que podrían producirse si los tribunales de un Estado miembro conociesen de la acción directa del perjudicado contra el asegurado; y los de otro Estado miembro de la acción del asegurado contra el asegurador (72).

del R. 44/2001, vid. STJCE de 30 de noviembre de 1976, *Handelskwekerij G. J. Bier BV contra Mines de potasse d'Alsace SA.*, asunto 21-76, *Rec.* 1976, pág. 01735, edición especial española pág. 00557; STJCE de 5 de febrero de 2004, *Danmarks Rederiforening, en nombre de DFDS Torline A/S contra LO Landsorganisationen i Sverige, en nombre de SEKO Sjöfolk Facket för Service och Kommunikation*, asunto C-18/02, *Rec.* 2004, pág. I-01417; STJCE de 10 de junio de 2004, *Rudolf Kronhofer contra Marianne Maier y otros*, asunto C-168/02, *Rec.* P. I-06009, y vid. A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Obligaciones extracontractuales», en A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 10.^a ed., Granada, Comares, 2009-2010, págs. 784-797; A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho Internacional Privado. El Reglamento «Roma II»*, Granada, 2008, págs. 11-31; L. F. REGLERO CAMPOS, «Competencia judicial internacional en materia de daños extracontractuales y de acción directa contra el asegurador de la responsabilidad civil (Notas a la sentencia del TSJCE de 13 de diciembre de 2007)», en *Diario La Ley*, de 29 de febrero de 2008, referencia: D-64, págs. 1813-1815.

(69) Vid. P. BLANCO-MORALES LIMONES, «Contratos de seguro y reaseguro», en A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 10.^a ed., Granada, 2009-2010, pág. 616; H. HEISS, «Article 11», en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, Munich, 2007, pág. 285.

(70) Vid. F. F. GARAU SOBRINO, «El TJCE, nuevo legislador comunitario (o cómo crear por vía de hecho un nuevo foro para las víctimas de los accidentes de circulación)», en *AEDIPr*, t. VII, 2007, pág. 650.

(71) *Ibidem*, pág. 650.

(72) Vid. el Informe Jenard al Convenio de Bruselas en la versión de 1968 (*OJ*, núm. C 59, de 5 de marzo de 1979, pág. 1 y sigs.; versión en castellano en *DOCE*, núm. C 189, de 28 de julio de 1990, págs. 122-179); F. SEATZU, *Insurance in Private International Law. A European Perspective*, Oxford-Portland, 2003, pág. 60.

c') Foro en caso de acción directa del perjudicado contra el asegurador

30. El artículo 11.2 del R. 44/2001 dispone que las reglas contenidas en los artículos 8 a 10 serán aplicables cuando el perjudicado entable una acción directa contra el asegurador (73). Literalmente, el precepto determina que: «Las disposiciones de los artículos 8, 9 y 10 serán aplicables en los casos de acción directa entablada por la persona perjudicada contra el asegurador cuando la acción directa fuere posible» (74).

En virtud de dicho precepto, el perjudicado podrá demandar al asegurador, por ejemplo, ante los tribunales del Estado miembro del domicilio del asegurador [art. 9.1.a)] —debiendo tenerse presente en este punto, como ya hemos señalado, la previsión del art. 9.2—; ante los tribunales del lugar en que se hubiere producido el hecho dañoso (art. 10); o ante los tribunales que señala el artículo 9.1.b) del R. 44/2001 (75). Vamos a detenernos ahora

(73) Vid. L. COLLINS, *Dicey & Morris on The Conflict of Laws*, Londres, 2000, § 11-310; H. HEISS, «Article 11», en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, Munich, 2007, pág. 286.

(74) Con respecto a la posibilidad del perjudicado de ejercitar la acción directa contra el asegurador en el ámbito de los seguros de responsabilidad civil, vid. *Reglamento (CE)*, núm. 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II») (DOUE, núm. L 199, de 31 de julio de 2007). En el concreto ámbito de los seguros de responsabilidad derivada de la circulación de vehículos automóviles, vid. el artículo 18 de la *Directiva 2009/103/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad* (DOUE, núm. L 263, de 7 de octubre de 2009). Como señalaremos más adelante, dicha Directiva es fruto del procedimiento de codificación, entre otras, de la *Directiva 2000/26 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de mayo de 2000, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles y por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE y 88/357/CEE del Consejo* (cuarta Directiva sobre el seguro de vehículos automóviles), DOCE, núm. L 181, de 20 de julio de 2000, pág. 65, que, tras haber sido modificada por la Directiva 2005/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005 (DOCE, núm. L 149, de 11 de junio de 2005), se refería a la citada acción directa en su artículo 3; y el *Convenio de La Haya, de 4 de mayo de 1971, sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera* (BOE, núm. 264, de 4 de noviembre de 1987, pág. 32950; rect. BOE núm. 307, de 24 de diciembre de 1987). Sobre la Ley que debe decidir si cabe que el perjudicado ejercite una acción directa contra el asegurador, vid. E. PATAUT, *RCDIP*, vol. 98, 2009, págs. 368-369; L. F. REGLERO CAMPOS, «Competencia judicial internacional en materia de daños extracontractuales y de acción directa contra el asegurador de la responsabilidad civil (notas a la sentencia del TSJCE de 13 de diciembre de 2007)», en *Diario La Ley*, de 29 de febrero de 2008, referencia: D-64, págs. 1819-1820.

(75) Vid. V. FUENTES CAMACHO, «Los problemas de jurisdicción y ley en los accidentes de circulación transfronterizos», en *RC. Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, año 46, núm. 2, febrero de 2010, pág. 15; F. F. GARAU SOBRINO, «El TJCE, nuevo legislador comunitario (o cómo crear por vía de hecho un nuevo foro para las víctimas de los accidentes de circulación)», en *AEDIPr*, t. VII, 2007, pág. 647.

en esta última cuestión, es decir, en qué se traduce la aplicación del artículo 9.1.b) del R. 44/2001.

31. En primer lugar, debemos referirnos en este punto a la STJCE de 13 de diciembre de 2007, relativa a la interpretación de los artículos 11.2 y 9.1.b) del R. 44/2001 (76).

32. A finales del año 2003 tuvo lugar un accidente de circulación en los Países Bajos, en el que se vieron involucrados el señor J. Odenbreit y un asegurado de la compañía FBTO Schadeverzekeringen NV (en adelante, FBTO). Como perjudicado, el señor J. Odenbreit ejercitó una acción directa ante los tribunales de su domicilio contra FBTO. Mientras que, en primera instancia, los tribunales alemanes se declararon incompetentes, en apelación admitieron su competencia. Recurrida la resolución por FBTO, se planteó la petición de decisión prejudicial ante el TJCE.

33. Como ya hemos señalado, el artículo 11.2 del R. 44/2001 establece que «Las disposiciones de los artículos 8, 9 y 10 serán aplicables en los casos de acción directa entablada por la persona perjudicada contra el asegurador cuando la acción directa fuere posible». También hemos indicado que el artículo 9.1.b) del R. 44/2001 permite demandar al asegurador «en otro Estado miembro, cuando se trate de acciones entabladas por el tomador del seguro, el asegurado o un beneficiario, ante el tribunal del lugar donde tuviere su domicilio el demandante». La cuestión consiste en determinar, tal como indica el TJCE, si la remisión que hace el artículo 11.2 al artículo 9.1.b) del R. 44/2001 debe entenderse en el sentido de que el perjudicado puede demandar al asegurador en el domicilio de las personas allí indicadas, es decir, en los tribunales del lugar del domicilio del tomador, asegurado o beneficiario; o bien cabe entender que el perjudicado puede interponer la demanda ante los tribunales de su propio domicilio (77).

34. El TJCE consideró, en el caso que comentamos, que la regla contenida en el artículo 9.1.b) del R. 44/2001 no se limita a atribuir competencia a los tribunales del domicilio de los sujetos allí mencionados, sino

(76) STJCE de 13 de diciembre de 2007, *FBTO Schadeverzekeringen NV contra Jack Odenbreit*, asunto C-463/06, *Rec.* 2007, pág. I-11321. Vid. V. FUENTES CAMACHO, «Los problemas de jurisdicción y ley en los accidentes de circulación transfronterizos», en *RC. Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, año 46, núm. 2, febrero de 2010, pág. 16; F. F. GARAU SOBRINO, «El TJCE, nuevo legislador comunitario (o cómo crear por vía de hecho un nuevo foro para las víctimas de los accidentes de circulación)», en *AEDIPr*, t. VII, 2007, págs. 643-646; L. F. REGLERO CAMPOS, «Competencia judicial internacional en materia de daños extracontractuales y de acción directa contra el asegurador de la responsabilidad civil (notas a la sentencia del TSJCE, de 13 de diciembre de 2007)», en *Diario La Ley*, de 29 de febrero de 2008, referencia: D-64, págs. 1817-1820; y el comentario de la sentencia de E. PATAUT, en *RCDIP*, vol. 98, 2009, págs. 366-373.

(77) STJCE de 13 de diciembre de 2007, *FBTO Schadeverzekeringen NV contra Jack Odenbreit*, asunto C-463/06, *Rec.* 2007, pág. I-11321, apartado 24.

que contiene la regla de competencia del domicilio del demandante (78). Así, señala que si se interpreta que, en virtud del artículo 9.1.b) del R. 44/2001, el perjudicado solo puede demandar ante los tribunales del lugar del domicilio del tomador, asegurado o beneficiario, no se respeta el tenor literal del artículo 11.2 del R. 44/2001 (79). Afirma así el TJCE que la remisión que el artículo 11.2 del R. 44/2001 hace al artículo 9.1.b) de la misma norma tiene como función «añadir a la lista de demandantes, prevista en dicho artículo 9, apartado 1, letra b), a quienes han resultado perjudicados» (80).

35. Precisa el Tribunal que tal interpretación también se ve respaldada por el Considerando decimotercero del R. 44/2001 que, como hemos visto, se refiere a que resulta oportuno proteger a la parte débil. Considera el Tribunal que, si no se permite al perjudicado plantear la demanda ante los tribunales del lugar de su domicilio, se le estaría privando de la protección que el R. 44/2001 concede al resto de partes débiles (81). En este sentido, se resalta en la sentencia que la regulación del R. 44/2001 supuso en este punto un refuerzo de la protección de las partes débiles con respecto al Convenio de Bruselas de 1968 (82).

36. A continuación, el Tribunal considera confirmada su conclusión por el artículo 3 de la *Directiva 2000/26, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de mayo de 2000, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles y por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE y 88/357/CEE del Consejo* (Cuarta Directiva sobre el seguro de vehículos automóviles), así como por su Considerando decimosexto (83).

37. Para finalizar su reflexión, el Tribunal afirma que carece de relevancia, a los efectos de la aplicación del artículo 11.2 en relación con el artículo 9.1.b) del R. 44/2001, que la acción directa del perjudicado contra el

(78) *Ibidem*, apartado 25.

(79) *Ibidem*, apartado 26.

(80) *Ibidem*, apartado 26.

(81) *Ibidem*, apartado 28.

(82) *Ibidem*, apartado 28.

(83) *DOCE*, núm. L 181, de 20 de julio de 2000, pág. 65. Modificada por la Directiva 2005/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005 (*DOCE*, núm. L 149, de 11 de junio de 2005). Vid. STJCE, de 13 de diciembre de 2007, *FBTO Schadeverzekeringen NV contra Jack Odenbreit*, asunto C-463/06, *Rec.* 2007, pág. I-11321, apartado 29). Como ya hemos comentado, como consecuencia de un procedimiento de codificación, dicha reflexión debe entenderse referida a la *Directiva 2009/103/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad* (*DOUE*, núm. L 263, de 7 de octubre de 2009). Vid. § 42.

asegurador sea calificada en los Derechos nacionales como responsabilidad delictual, ajena por lo tanto a la relación contractual (84). Considera el Tribunal que para aplicar el artículo 11.2 del R. 44/2001 es necesario sólo que el Derecho nacional contemple la acción directa (85).

38. Así que, en conclusión, en opinión del Tribunal, en virtud de la remisión que el artículo 11.2 del R. 44/2001 hace a su artículo 9.1.b), el sujeto perjudicado —que se encuentre domiciliado en un Estado miembro— puede ejercitar una acción directa ante los tribunales de su propio domicilio contra el asegurador domiciliado en un Estado miembro —siempre que tal acción se encuentre prevista en la Ley— (86).

39. Cabe realizar diversas observaciones a los argumentos mencionados. En primer lugar, como hemos comentado, el TJCE considera que la función del artículo 11.2 del R. 44/2001 es «añadir a la lista de demandantes, prevista en dicho artículo 9, apartado 1, letra b), a quienes han resultado perjudicados» (87). En este punto debemos tener presente que el artículo 11.2 del R. 44/2001 hace una remisión no sólo al foro del artículo 9.1.b) del R. 44/2001, sino a los foros de sus artículos 8, 9 y 10; por lo tanto, el sentido del artículo 11.2 del R. 44/2001 no puede hacerse depender únicamente de la remisión al artículo 9.1.b) (88).

Por ejemplo, en virtud del artículo 9.1.a) del R. 44/2001, el perjudicado podría demandar al asegurador ante los tribunales del domicilio de este último; y, en virtud del artículo 10, ante los tribunales del lugar de producción del hecho dañoso (89). Si, en los casos mencionados, la remisión se entiende realizada a los tribunales que señalan tales foros —tribunales del Estado miembro del domicilio del asegurador y tribunal del lugar de producción del hecho dañoso—, podríamos plantearnos por qué no se sigue la misma regla en el caso del artículo 9.1.b), es decir, que el perjudicado puede demandar ante el tribunal que señala tal foro: el tribunal del lugar del domicilio del tomador, asegurado o beneficiario.

40. Por otro lado, con respecto a que la interpretación realizada por el TJCE es la que permite proteger al perjudicado como parte débil, parte de la doctrina considera que, si bien al perjudicado se le puede considerar «débil», no cabe atribuirle la categoría de «parte», entendida ésta como parte del

(84) STJCE de 13 de diciembre de 2007, *FBTO Schadeverzekeringen NV contra Jack Odenbreit*, asunto C-463/06, *Rec.* 2007, pág. I-11321, apartado 30.

(85) *Ibidem*, apartado 30.

(86) *Ibidem*, apartado 31.

(87) *Ibidem*, apartado 26.

(88) Vid. F. F. GARAU SOBRINO, «El TJCE, nuevo legislador comunitario (o cómo crear por vía de hecho un nuevo foro para las víctimas de los accidentes de circulación)», en *AEDIPr*, t. VII, 2007, pág. 651.

(89) *Ibidem*, pág. 651; y vid. el comentario de la STJUE de 17 de septiembre de 2009, realizado por el profesor F. F. GARAU SOBRINO, en *RJC*, núm. 1-2010, pág. 291.

contrato de seguro (90). El Considerando decimotercero del R. 44/2001, al que alude el TJCE, establece, como hemos comentado, que: «En cuanto a los contratos de seguros, de los celebrados por los consumidores o de trabajo, es oportuno proteger a la parte más débil mediante reglas de competencia más favorables a sus intereses de lo que disponen las reglas generales». El Considerando se refiere a la parte más débil en los contratos de seguro, es decir, a la parte contractual. Como ha sido destacado por este sector doctrinal, el perjudicado no sería parte contractual, así que los foros de protección, diseñados para la parte contractual débil —como es el caso del previsto en el art. 9.1.b) del R. 44/2001—, no se encontrarían previstos para el perjudicado (91). Así, tal como se ha señalado, «el perjudicado es un tercero en la relación contractual que se ve afectado por su existencia» y, por tal motivo, se ha hecho alusión en el artículo 11.2 del R. 44/2001 a la acción directa que dicho sujeto puede ejercitar (92).

Otro sector doctrinal considera, en cambio, que en caso de que el perjudicado pueda ejercitar una acción directa contra el asegurador, goza de una posición idéntica a la del tomador, el asegurado o el beneficiario (93). Así, se ha dicho que el perjudicado, de alguna manera, recibiría la consideración de parte de la relación asegurativa (94).

(90) Vid. F. F. GARAU SOBRINO, «El TJCE, nuevo legislador comunitario (o cómo crear por vía de hecho un nuevo foro para las víctimas de los accidentes de circulación)», en *AEDIPr*, t. VII, 2007, pág. 652; y el comentario de la STJUE de 17 de septiembre de 2009, realizado por el profesor F. F. GARAU SOBRINO, en *RJC*, núm. 1-2010, pág. 291. Como ya hemos mencionado, el TJCE, para evitar que la calificación de la acción directa como delictual suponga un obstáculo a su interpretación, señala en la sentencia que la calificación que recibe en los Derechos nacionales es irrelevante (STJCE de 13 de diciembre de 2007, *FBTO Schadeverzekeringen NV contra Jack Odenbreit*, asunto C-463/06, apartado 30). Como la mencionada debilidad sí existe, se ha señalado por la doctrina que la decisión del TJCE se encuentra inspirada en un «loable objetivo de protección de aquellas víctimas en su condición de parte débil implicada en el litigio contra el asegurador» (vid., entre otros, V. FUENTES CAMACHO, «Los problemas de jurisdicción y ley en los accidentes de circulación transfronterizos», en *RC. Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, año 46, núm. 2, febrero de 2010, pág. 16).

(91) Vid. F. F. GARAU SOBRINO, «El TJCE, nuevo legislador comunitario (o cómo crear por vía de hecho un nuevo foro para las víctimas de los accidentes de circulación)», en *AEDIPr*, t. VII, 2007, pág. 653.

(92) Vid. el comentario de la STJUE de 17 de septiembre de 2009, realizado por el profesor F. F. GARAU SOBRINO, en *RJC*, núm. 1-2010, pág. 290.

(93) Vid. L. F. REGLERO CAMPOS, «Competencia judicial internacional en materia de daños extracontractuales y de acción directa contra el asegurador de la responsabilidad civil (notas a la sentencia del TSJCE de 13 de diciembre de 2007)», en *Diario La Ley*, de 29 de febrero de 2008, referencia: D-64, pág. 1816.

(94) *Ibidem*, pág. 1816. Según indicaba el profesor REGLERO CAMPOS, en Derecho español, el perjudicado pasa a formar parte de la relación asegurativa cuando tiene lugar el hecho dañoso que se encuentra cubierto por el contrato de seguro de responsabilidad civil. Con respecto a la regulación de la acción directa del perjudicado contra el asegurado en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro (*BOE*, núm. 250, de 17 de octubre de 1980, pág. 23126), vid. artículo 76.

41. Cabe referirse, a continuación, al cambio que el artículo 9.1.b) del R. 44/2001 introdujo con respecto al artículo 8.2 del Convenio de Bruselas de 1968 (95). Este último solo se refería al tomador como sujeto que podía demandar al asegurador ante los tribunales del lugar de su domicilio (96). Posteriormente, el R. 44/2001, en su artículo 9.1.b) incluyó en tal foro al asegurado y al beneficiario (97). Como el legislador comunitario no aprovechó tal ocasión para incluir al perjudicado y el artículo 11.2 del R. 44/2001 reprodujo el artículo 10.2 del Convenio de Bruselas de 1968, cabría considerar, como ha sido apuntado por parte de la doctrina, que ello indica que el legislador no pretendía introducir cambio alguno con respecto al perjudicado (98).

42. Como hemos señalado, el Tribunal basa también sus conclusiones en la Directiva 2000/26, en concreto en el artículo 3, y en el Considerando decimosexto *bis*. El artículo 3 de la Directiva 2000/26 establece que: «Los Estados miembros velarán por que los perjudicados a que se refiere el artícu-

(95) Vid. F. F. GARAU SOBRINO, «El TJCE, nuevo legislador comunitario (o cómo crear por vía de hecho un nuevo foro para las víctimas de los accidentes de circulación)», en *AEDIPr*, t. VII, 2007, pág. 647; H. HEISS, «Article 11», en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, Munich, 2007, pág. 287; L. F. REGLERO CAMPOS, «Competencia judicial internacional en materia de daños extracontractuales y de acción directa contra el asegurador de la responsabilidad civil (notas a la sentencia del TSJCE de 13 de diciembre de 2007)», en *Diario La Ley*, de 29 de febrero de 2008, referencia: D-64, pág. 1816.

(96) Vid. F. F. GARAU SOBRINO, «El TJCE, nuevo legislador comunitario (o cómo crear por vía de hecho un nuevo foro para las víctimas de los accidentes de circulación)», en *AEDIPr*, t. VII, 2007, págs. 647 y 653; H. HEISS, «Article 11», en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, Munich, 2007, pág. 287; L. F. REGLERO CAMPOS, «Competencia judicial internacional en materia de daños extracontractuales y de acción directa contra el asegurador de la responsabilidad civil (notas a la sentencia del TSJCE, de 13 de diciembre de 2007)», en *Diario La Ley*, de 29 de febrero de 2008, referencia: D-64, pág. 1816. Artículo 8 del Convenio de Bruselas de 1968: «El asegurador domiciliado en un Estado contratante podrá ser demandado: 2. En otro Estado contratante, ante el tribunal del lugar donde tuviere su domicilio el tomador del seguro». Con respecto a dicho precepto, vid. P. BLANCO-MORALES LIMONES, «Artículo 8», en A. L. CALVO CARAVACA (ed.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, 1994, págs. 212-223.

(97) Vid. F. F. GARAU SOBRINO, «El TJCE, nuevo legislador comunitario (o cómo crear por vía de hecho un nuevo foro para las víctimas de los accidentes de circulación)», en *AEDIPr*, t. VII, 2007, págs. 647 y 653; H. HEISS, «Article 11», en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, Munich, 2007, pág. 287; L. F. REGLERO CAMPOS, «Competencia judicial internacional en materia de daños extracontractuales y de acción directa contra el asegurador de la responsabilidad civil (notas a la sentencia del TSJCE, de 13 de diciembre de 2007)», en *Diario La Ley*, de 29 de febrero de 2008, referencia: D-64, pág. 1816.

(98) Vid. F. F. GARAU SOBRINO, «El TJCE, nuevo legislador comunitario (o cómo crear por vía de hecho un nuevo foro para las víctimas de los accidentes de circulación)», en *AEDIPr*, t. VII, 2007, págs. 648 y 654; H. HEISS, «Article 11», en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, Munich, 2007, pág. 287.

lo 1, cuyo perjuicio resulte de un accidente de los contemplados en dicho artículo, tengan derecho a interponer una acción directa contra la entidad aseguradora que cubre la responsabilidad civil del tercero responsable». Su Considerando decimosexto *bis* indica que: «De conformidad con el artículo 11, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en combinación con el artículo 9, apartado 1, letra *b*), del mismo Reglamento, la persona perjudicada podrá entablar acción directa contra el asegurador en el Estado miembro en que esté domiciliada». En la actualidad, como consecuencia de un procedimiento de codificación, dicha referencia debe entenderse referida a la *Directiva 2009/103/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad*, en concreto, a su artículo 18 y al Considerando trigésimo segundo (99). Dicho artículo 18 determina que: «Los Estados miembros garantizarán que las partes perjudicadas en un accidente causado por un vehículo cubierto por el seguro indicado en el artículo 3 tengan derecho a interponer una acción directa contra la empresa de seguros que cubre a la persona responsable en lo que respecta a la responsabilidad civil»; y el Considerando trigésimo segundo señala que: «De conformidad con el artículo 11, apartado 2, en relación con el artículo 9, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, la persona perjudicada podrá entablar acción directa contra el asegurador en el Estado miembro en que esté domiciliada».

43. En primer lugar, debemos tener presente el ámbito de aplicación de la Directiva, ya que la misma se refiere al seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles (100). El artículo 11.2 del R. 44/2001 se refiere a seguros de responsabilidad civil en general, no sólo en el caso de circulación de vehículos automóviles (101). Por ello, resulta débil basar la interpretación del artículo 11.2 del R. 44/2001 en una

(99) *DOUE*, núm. L 263, de 7 de octubre de 2009.

(100) Vid. H. HEISS, «Article 11», en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, Munich, 2007, pág. 287. Artículo 1 de la Directiva 2000/26: «1. La presente Directiva tiene por objeto establecer disposiciones específicas aplicables a los perjudicados con derecho a indemnización por los perjuicios o lesiones sufridos como consecuencia de accidentes que hayan tenido lugar en un Estado miembro que no sea el de residencia del perjudicado y causados por vehículos que tengan su estacionamiento habitual y estén asegurados en un Estado miembro...».

(101) Vid. H. HEISS, «Article 11», en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, Munich, 2007, pág. 287.

norma cuyo ámbito de aplicación es tan limitado (102). La Directiva contempla la posibilidad de que el perjudicado presente una reclamación extrajudicial en el país de su domicilio frente al representante de la aseguradora. Parte de la doctrina ha apuntado al respecto que dicha reclamación extrajudicial «adquiere su sentido» en el caso en que los tribunales del Estado miembro del domicilio del perjudicado no tienen competencia judicial internacional (103).

44. En segundo lugar, también cabría sostener que el Considerando decimosexto bis de la Directiva 2000/26 —Considerando trigésimo segundo de la Directiva 2009/103— no se ajusta al artículo 4.8 de la Directiva 2000/26 —art. 21.6 de la Directiva 2009/103— (104). Dicho precepto señala expresamente que el representante no puede ser considerado como un establecimiento del asegurador en virtud del R. 44/2001 (105). Si no cabe entender que el representante es un establecimiento en virtud del R. 44/2001, parte de la doctrina ha señalado que, entonces, no puede el perjudicado utilizar el artículo 5.5 del R. 44/2001 para provocar la competencia del tribunal del Estado miembro del representante, que es el del domicilio del perjudicado (106). Así, se ha señalado que esta precisión —que implica que no cabe litigar ante los tribunales del domicilio del perjudicado—, carecería de sentido si existiera el foro del domicilio del perjudicado, en virtud de la remisión que el artículo 11.2 del R. 44/2001 hace al artículo 9.1.b) (107).

45. Cabe también mencionar que la interpretación del Tribunal, al permitir que el perjudicado demande al asegurador ante los tribunales del domicilio del primero, revestirá gran complejidad en el caso de que exista un elevado número de perjudicados, ya que cada uno de ellos podrá demandar al asegurador ante los tribunales de su propio domicilio (108).

(102) *Ibidem*, págs. 287-288.

(103) Vid. F. F. GARAU SOBRINO, «El TJCE, nuevo legislador comunitario (o cómo crear por vía de hecho un nuevo foro para las víctimas de los accidentes de circulación)», en *AEDIPr*, t. VII, 2007, pág. 648.

(104) *Ibidem*, pág. 649; H. HEISS, «Article 11», en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, Munich, 2007, pág. 287. Sobre la génesis del Considerando decimosexto bis de la Directiva 2000/26, vid. F. F. GARAU SOBRINO, «El TJCE, nuevo legislador comunitario (o cómo crear por vía de hecho un nuevo foro para las víctimas de los accidentes de circulación)», en *AEDIPr*, t. VII, 2007, págs. 654-655; H. HEISS, «Article 11», en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, Munich, 2007, pág. 287.

(105) Vid. F. F. GARAU SOBRINO, «El TJCE, nuevo legislador comunitario (o cómo crear por vía de hecho un nuevo foro para las víctimas de los accidentes de circulación)», en *AEDIPr*, t. VII, 2007, pág. 649; H. HEISS, «Article 11», en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, Munich, 2007, pág. 287.

(106) Vid. H. HEISS, «Article 11», en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, Munich, 2007, pág. 287.

(107) *Ibidem*, pág. 287.

(108) Vid. F. F. GARAU SOBRINO, «El TJCE, nuevo legislador comunitario (o cómo crear por vía de hecho un nuevo foro para las víctimas de los accidentes de circulación)», en *AEDIPr*, t. VII, 2007, pág. 649.

46. Para terminar, debemos tener presente, además, que con la interpretación de la remisión del artículo 11.2 al artículo 9.1.b) del R. 44/2001 que hace el TJCE, también se verá afectado el tomador o el asegurado (109). Ello se debe a que, como veremos posteriormente, en caso de que el perjudicado ejercite una acción directa contra el asegurador, el tribunal que conozca de dicha demanda será también competente para conocer de la acción que, en su caso, ejercite el asegurador contra el asegurado o el tomador del seguro (110). Por ello, a los tribunales ante los que se consideraba que podía ser demandado el tomador o el asegurado en virtud del artículo 11.3 del R. 44/2001, debe añadirse, en virtud de la interpretación del TJCE del artículo 11.2 del R. 44/2001, el tribunal del lugar del domicilio del perjudicado.

47. Continuando con la remisión que el artículo 11.2 del R. 44/2001 hace al artículo 9.1.b), debemos referirnos, en segundo lugar, a la STJUE de 17 de septiembre de 2009 (111). La petición de decisión prejudicial se planteó en el marco de una acción de reembolso entablada por Vorarlberger Gebietskrankenkasse (en adelante, VGKK), con domicilio social en Austria, contra WGV-Schwäbische Allgemeine Versicherungs AG (en adelante, WGV-SAV), con domicilio social Alemania.

Los hechos que originaron esta reclamación tuvieron lugar en marzo de 2006, cuando se vieron involucrados en un accidente en Alemania dos vehículos. La conductora de uno de ellos tenía un seguro de responsabilidad civil contratado con WGV-SAV. La otra conductora sufrió una serie de lesiones, por lo que recibió diversas prestaciones por parte de VGKK, organismo de la Seguridad Social.

En virtud de una cesión legal de derechos, la VGKK reclamó el pago de los gastos a WGV-SAV, con base en que era su asegurada la responsable exclusiva del accidente. Ante la falta de pago, la VGKK ejercitó en febrero de 2008 una acción de reembolso ante los tribunales austriacos. WGV-SAV impugnó la competencia del tribunal, alegando, por una parte, que los derechos en virtud de los cuales se ejercitaba la acción eran en su origen de la conductora, cuyo domicilio se encontraba en Alemania en el momento de interposición de la demanda; por otra, señaló que, dado que no existía una

ción)», en *AEDIPr*, t. VII, 2007, pág. 658; y el comentario de la STJUE, de 17 de septiembre de 2009, realizado por el profesor F. F. GARAU SOBRINO, en *RJC*, núm. 1-2010, pág. 293.

(109) Vid. H. HEISS, «Article 11», en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, Munich, 2007, pág. 288.

(110) Vid. § 57. Vid. H. HEISS, «Article 11», en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, Munich, 2007, pág. 288.

(111) STJUE, de 17 de septiembre de 2009, *Vorarlberger Gebietskrankenkasse y WGV-Schwäbische Allgemeine Versicherungs AG*, asunto C-347/08, *Rec.* 2009.

parte débil, no cabía que la demandante se beneficiase de la protección que a aquélla le proporciona el R. 44/2001.

El pronunciamiento que se solicitó al TJUE se refiere fundamentalmente a si, en virtud de la remisión del artículo 11.2 del R. 44/2001 a su artículo 9.1.b), un organismo que se subroga *ex lege* en los derechos del perjudicado, puede ejercitar una acción directa ante los tribunales de su establecimiento contra el asegurador domiciliado en otro Estado miembro, siempre que la acción directa sea posible.

Como punto de partida, el TJUE consideró necesario aclarar, dadas las diferencias existentes en las diferentes versiones lingüísticas del R. 44/2001, que el término «perjudicado» del artículo 11.2 del R. 44/2001 es más amplio que el de «víctima», dado que perjudicado es aquél que sufre el daño directo o indirectamente (112).

A continuación, el Tribunal toma como punto de partida la anteriormente comentada STJCE, de 13 de diciembre de 2007. Señala así que, teniendo en cuenta que el perjudicado puede demandar al asegurador ante los tribunales del lugar de su propio domicilio, la cuestión consiste en determinar si ello también es posible en caso del organismo de la Seguridad Social que se ha subrogado *ex lege* en los derechos del perjudicado.

El Tribunal considera que la respuesta a la cuestión debe venir determinada por el objetivo de la Sección 3.^a del R. 44/2001 que, como ya hemos comentado —y así lo indica su Considerando decimotercero—, consiste en la protección de la parte más débil (113). A continuación, señala que esta función de protección desempeñada por las normas mencionadas se traduce en que la aplicación de las mismas no debe extenderse a personas para las que tal protección no se encuentra justificada (114).

Con base en su sentencia de 26 de mayo de 2005, el Tribunal indica que no cabe sostener que un organismo de la Seguridad Social sea una parte más débil que un asegurador (115). Así, se precisa que, tratándose de relaciones entre profesionales del sector de seguros, no cabe presumir que uno sea más débil que el otro (116).

Por ello, la conclusión a la que llega el Tribunal es que un organismo de la Seguridad Social, subrogado *ex lege* en los derechos del perjudicado, no puede demandar al asegurador ante los tribunales del lugar donde se encuen-

(112) *Ibidem*, apartados 25 a 28.

(113) *Ibidem*, apartado 40.

(114) *Ibidem*, apartado 41.

(115) *Ibidem*, apartado 42.

(116) STJCE, de 26 de mayo de 2005, *GIE Réunion européenne y otros*, asunto C-77/04, *Rec.* 2005, pág. I-4509, apartado 20: «En tales circunstancias, no resulta justificada ninguna protección especial por tratarse de relaciones entre profesionales del sector de seguros, de los que no cabe presumir que uno se encuentre en una posición de debilidad frente al otro».

tra su establecimiento, con base en el foro del artículo 9.1.b) en relación con el artículo 11.2 del R. 44/2001 (117).

Para confirmar tal conclusión, el Tribunal se remite además a su jurisprudencia en materia de contratos de consumidores y de alimentos, en la que se niega que el sujeto subrogado pueda beneficiarse de los foros de competencia judicial internacional que el R. 44/2001 contempla para proteger a la parte débil, si no tiene tal condición (118). Al respecto, la doctrina ha señalado que debe tenerse presente que, mientras que en los foros de competencia judicial internacional en materia de alimentos y de contratos de consumidores, se menciona expresamente al sujeto que se beneficia de los mismos como parte débil —es decir, se alude al consumidor y al acreedor de alimentos—; el artículo 9.1.b) del R. 44/2001 no contempla al perjudicado entre las partes débiles que menciona (119). Si se parte de esta idea, es decir, si el perjudicado no puede ser considerado parte débil en el ámbito del artículo 9.1.b) del R. 44/2001, evidentemente, no podría serlo tampoco el sujeto subrogado en los derechos del mismo.

Sin embargo, como el Tribunal de Justicia sí considera al perjudicado como parte débil en el ámbito del artículo 9.1.b) del R. 44/2001, procede a examinar si dicha condición concurre también en el sujeto subrogado. Así, como la conclusión del Tribunal de Justicia se basa en que el organismo de la Seguridad Social no es una parte débil merecedora de protección, puntualiza el Tribunal que, si se tratara de un subrogado *ex lege* que pudiera ser considerado parte débil, entonces sí podría beneficiarse del foro del artículo 9.1.b) en relación con el artículo 11.2 del R. 44/2001 (120). Y éste sería el caso, se indica en la sentencia, de los herederos de la víctima de un accidente (121).

48. Se ha apuntado por parte de la doctrina que el problema que plantea esta interpretación es que entonces es necesario concretar caso por caso si el demandante reúne las condiciones de parte débil (122). Y ello, según se ha señalado, no se ajusta a la previsión del Considerando undécimo del R. 44/

(117) STJUE, de 17 de septiembre de 2009, *Vorarlberger Gebietskrankenkasse y WGV-Schwäbische Allgemeine Versicherungs AG*, asunto C-347/08, *Rec.* 2009, apartados 43 y 47.

(118) STJUE, de 17 de septiembre de 2009, *Vorarlberger Gebietskrankenkasse y WGV-Schwäbische Allgemeine Versicherungs AG*, asunto C-347/08, *Rec.* 2009, apartados 45 y 46, en los que se cita la STJCE de 19 de enero de 1993, *Shearson Lehman Hutton*, asunto C-89/91, *Rec.* 1993, pág. I-139 y la STJCE, de 15 de enero de 2004, *Blijdenstein*, asunto C-433/01, *Rec.* 2004, pág. I-981.

(119) Vid. el comentario de la STJUE, de 17 de septiembre de 2009, realizado por el profesor F. F. GARAU SOBRINO, en *RJC*, núm. 1-2010, pág. 291.

(120) *Ibidem*, apartado 44.

(121) *Ibidem*, apartado 44.

(122) Vid. el comentario de la STJUE, de 17 de septiembre de 2009, realizado por el profesor F. F. GARAU SOBRINO, en *RJC*, núm. 1-2010, pág. 292.

2001, que establece que: «Las reglas de competencia judicial deben presentar un alto grado de previsibilidad» (123).

c) Foro en materia de seguro de inmuebles

49. Cuando se trate de un seguro relativo a bienes inmuebles, también se podrá demandar al asegurador ante los tribunales del lugar del Estado miembro en que se hubiere producido el hecho dañoso (art. 10 del R. 44/2001). Como el R. 44/2001 se refiere de nuevo al «tribunal del lugar», también es éste un foro de competencia judicial internacional y territorial (124).

50. El R. 44/2001 contempla así el *forum delicti commissi* tanto para los seguros de inmuebles como, según hemos comentado con anterioridad, para los seguros de responsabilidad civil (125). En el caso concreto de los seguros de inmuebles cabría plantearse si, como en el supuesto de los seguros de responsabilidad civil, resulta trasladable la jurisprudencia relativa al artículo 5.3 del R. 44/2001 (126). Así, podría cuestionarse si era la voluntad del legislador que este foro fuera interpretado únicamente como lugar de situación del inmueble (127).

51. También resulta aplicable el foro del tribunal del lugar del Estado miembro en que se hubiera producido el hecho dañoso a los contratos de seguro en los que se encuentran cubiertos por una misma póliza tanto bienes inmuebles como bienes muebles, habiendo sido afectados ambos por el mismo siniestro (art. 10 del R. 44/2001, *in fine*).

(123) Vid. el comentario de la STJUE, de 17 de septiembre de 2009, realizado por el profesor F. F. GARAU SOBRINO, en *RJC*, núm. 1-2010, pág. 292.

(124) Vid. H. HEISS, «Article 11», en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, Munich, 2007, pág. 284.

(125) Vid. § 27.

(126) Vid. § 28.

(127) Vid. H. HEISS, «Article 11», en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, Munich, 2007, pág. 284. Ya en el ámbito del artículo 9 del Convenio de Bruselas de 1968, que regulaba el seguro de inmuebles, la profesora P. BLANCO-MORALES LIMONES señaló que hubiera sido preferible haber acogido como solución el *forum rei sitae* [vid. P. BLANCO-MORALES LIMONES, «Artículo 9», en A. L. CALVO CARAVACA (ed.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, 1994, pág. 229].

2. CASOS EN QUE EL DEMANDADO ES LA PARTE DÉBIL (ART. 12 DEL R. 44/2001)

A) *Foro del domicilio del demandado*

52. Cuando el demandado es la parte débil —tomador, asegurado o beneficiario—, el artículo 12.1 del R. 44/2001 dispone que «sólo» podrán ser demandados ante los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio estuviere domiciliado el demandado (128). El momento relevante para apreciar el domicilio es el de la interposición de la demanda (129).

53. Como ya hemos comentado en el ámbito de las demandas contra el asegurador, cuando resulta aplicable la Sección 3.^a del Reglamento, no cabe acudir a las reglas del artículo 6 de dicha norma. En el caso de las demandas contra la parte débil, ello se traduce en que si, por ejemplo, existen varios tomadores de un contrato de seguro, el asegurador tendrá que demandar por separado en los tribunales del Estado miembro del domicilio de cada uno (130).

54. En el ámbito del artículo 12 del R. 44/2001, el término «solo» se entiende sin perjuicio de las reglas contenidas en los artículos 11.3 y 12.2 del R. 44/2001, que pasamos a analizar.

B) *La demanda reconvenzional*

55. Habiendo sido demandado el asegurador ante los tribunales de un Estado miembro por la parte débil —tomador, asegurado o beneficiario—, el asegurador puede decidir interponer una reconvencción ante el tribunal que conoce de la demanda inicial (art. 12.2 del R. 44/2001). Como el Reglamento indica que se puede interponer la reconvencción ante el tribunal que estuviere conociendo de la demanda inicial «de conformidad» con la Sección 3.^a, ello se traduce en que la parte débil —tomador, asegurado o beneficiario—, podrá ser demandado, por ejemplo, ante el tribunal del Estado miembro del domicilio del asegurador, si éste es el que conoce de la demanda inicial (131).

(128) Vid. V. FUENTES CAMACHO, *Los contratos de seguro y el Derecho Internacional Privado en la Unión Europea*, Madrid, 1999, pág. 53.

(129) Vid. H. HEISS, «Article 12», en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, Munich, 2007, pág. 289; F. SEATZU, *Insurance in Private International Law. A European Perspective*, Oxford-Portland, 2003, pág. 61.

(130) Vid. H. HEISS, «Article 12», en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, Munich, 2007, pág. 290. Vid. también la crítica realizada al respecto, en el ámbito del artículo 11 del Convenio de Bruselas de 1968, por la profesora P. BLANCO-MORALES [P. BLANCO-MORALES LIMONES, «Artículo 11», en A. L. CALVO CARAVACA (ed.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, 1994, pág. 242].

(131) Para una comparación entre la regulación de la reconvencción con carácter general y la previsión de la misma en materia de seguros, vid., en el ámbito del Convenio de

56. El R. 44/2001 se refiere, con carácter general, a la reconvencción en su artículo 6.3. Se considera que, en el ámbito del artículo 12.2 del R. 44/2001, deben cumplirse las condiciones que exige aquél precepto (132). Debe recordarse al respecto que, para que el tribunal que conoce de la demanda inicial contra el asegurador sea también competente para conocer de la demanda reconvenccional contra la parte débil del contrato, es preciso que el demandado reconvenccional se encuentre domiciliado en un Estado miembro del R. 44/2001 (133). No es necesario, sin embargo, que el tribunal que está conociendo de la demanda inicial disponga de un foro para conocer de la demanda reconvenccional (134). Ello es lógico, dado que la competencia le viene atribuida por el artículo 6.3 del R. 44/2001. La demanda inicial y la reconvencción deben derivar del mismo contrato o de unos mismos hechos (135).

C) *El seguro de responsabilidad civil*

57. Si el perjudicado ejercita una acción directa contra el asegurador, el tribunal del Estado miembro competente para conocer de la misma será también competente para conocer de la acción del asegurador contra el asegurado o el tomador del seguro —de nuevo, siempre que la Ley permita tal acción—

Bruselas de 1968, P. BLANCO-MORALES LIMONES, «Artículo 11», en A. L. CALVO CARAVACA (ed.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, 1994, págs. 245-246.

(132) Artículo 6 del R. 44/2001: «Las personas a las que se refiere el artículo anterior también podrán ser demandadas: 3. Si se tratare de una reconvencción derivada del contrato o hecho en que se fundamentare la demanda inicial, ante el tribunal que estuviere conociendo de esta última». Vid. P. BLANCO-MORALES LIMONES, «Artículo 11», en A. L. CALVO CARAVACA (ed.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, 1994, pág. 246; Informe Jenard al Convenio de Bruselas en la versión de 1968 (*OJ*, núm. C 59, de 5 de marzo de 1979, pág. 1 y sigs.; versión en castellano en *DOCE*, núm. C 189, de 28 de julio de 1990, págs. 122-179); H. HEISS, «Article 12», en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, Munich, 2007, pág. 290; F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel Regolamento (CE), n. 44/2001 (La revisione della Convenzione di Bruxelles del 1968)*, 3.ª ed., Padua, 2006, pág. 212; F. SEATZU, *Insurance in Private International Law. A European Perspective*, Oxford-Portland, 2003, pág. 62; P. VITTORIA, *La competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia (dalla Convenzione di Bruxelles al Regolamento CE, n. 44/2001)*, Milán, 2005, pág. 181.

(133) Vid. A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 10.ª ed., Granada, 2009-2010, pág. 163.

(134) *Ibidem*, pág. 163.

(135) Vid. H. HEISS, «Article 12», en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, Munich, 2007, pág. 290; H. MUIR-WATT, «Article 6», en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, Munich, 2007, pág. 264; A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 10.ª ed., Granada, 2009-2010, pág. 163.

(art. 11.3 del R. 444/2001). El hecho de que el asegurador pueda emplazar al asegurado ante el tribunal que conoce de la acción del perjudicado contra aquél, se justifica en la relación contractual que vincula al asegurador y al asegurado (136).

Esta regla, al igual que la del ya comentado artículo 11.1 del R. 44/2001, responde al objetivo de evitar resoluciones inconciliables (137).

3. FORO DE LA SUMISIÓN EXPRESA

58. Como ya hemos mencionado, el Considerando decimocuarto del R. 44/2001 contempla para los contratos de seguro una «autonomía limitada» de las partes a la hora de someter el litigio a los tribunales de un Estado miembro (138). Tal como prevé el artículo 23.5 del R. 44/2001, la sumisión expresa no será válida —en el caso de contratos de seguro— cuando infrinja lo dispuesto en el artículo 13 (139). Debemos precisar que el artículo 13 no contempla la formación del acuerdo de sumisión, considerando la doctrina mayoritaria que los requisitos del artículo 23 son aplicables también en el ámbito del artículo 13 del R. 44/2001 (140).

(136) Vid. F. F. GARAU SOBRINO, «El TJCE, nuevo legislador comunitario (o cómo crear por vía de hecho un nuevo foro para las víctimas de los accidentes de circulación)», en *AEDIPr*, t. VII, 2007, pág. 650.

(137) Vid. H. HEISS, «Article 12», en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, Munich, 2007, pág. 289; Informe Jenard al Convenio de Bruselas en la versión de 1968 (*OJ*, núm. C 59, de 5 de marzo de 1979, pág. 1 y sigs.; versión en castellano en *DOCE*, núm. C 189, de 28 de julio de 1990, págs. 122-179); F. SEATZU, *Insurance in Private International Law. A European Perspective*, Oxford-Portland, 2003, pág. 61.

(138) Considerando decimocuarto del R. 44/2001: «Debe respetarse la autonomía de las partes de un contrato, que no sea de seguros, de los celebrados por los consumidores o de trabajo, en los que sólo se prevé una autonomía limitada en cuanto a la elección del órgano jurisdiccional competente, sin perjuicio de los criterios de competencia exclusiva establecidos en el presente Reglamento».

(139) Artículo 23.5 del R. 44/2001: «No surtirán efecto los acuerdos atributivos de competencia ni las estipulaciones similares de documentos constitutivos de un *trust* si fueren contrarios a las disposiciones de los artículos 13, 17 y 21 o si excluyeren la competencia de tribunales exclusivamente competentes en virtud del artículo 22».

(140) Vid., entre otros, L. COLLINS, *Dicey & Morris on The Conflict of Laws*, Londres, 2000, § 11-312; H. HEISS, «Article 13», en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, Munich, 2007, pág. 294; P. BLANCO-MORALES LIMONES, «Artículo 12», en A. L. CALVO CARAVACA (ed.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, 1994, págs. 249-253; V. FUENTES CAMACHO, *Los contratos de seguro y el Derecho Internacional Privado en la Unión Europea*, Madrid, 1999, pág. 60; P. VITTORIA, *La competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia (dalla Convenzione di Bruxelles al Regolamento CE, n. 44/2001)*, Milán, 2005, pág. 182. El profesor F. SALERNO considera, además, que la remisión a los requisitos de forma del artículo 23 del R. 44/2001 resulta compatible con

59. Cabe citar, en este sentido, el caso *Gerling*, en el que el TJCE determinó si la cláusula de sumisión era válida desde un punto de vista formal, con base en el artículo 17 del Convenio de Bruselas de 1968 —art. 23 del R. 44/2001 (141)—. En el citado caso se planteó la validez de una cláusula de sumisión a favor de un asegurado, que constaba en un contrato de seguro suscrito por tomador y asegurador. Como el asegurado no había suscrito formalmente la cláusula mencionada, se consultó al TJCE si la misma era válida a pesar de tal circunstancia, teniendo presente que la condición de forma escrita contemplada en el artículo 17 del Convenio de Bruselas de 1968 —art. 23 del R. 44/2001— sí había sido cumplida por asegurador y tomador, y que el asegurador había manifestado su consenso con claridad. El TJCE señaló al respecto que los requisitos de forma exigidos a las partes del contrato por el artículo 17 del Convenio de Bruselas de 1968 para la sumisión expresa no tienen como objetivo subordinar a las mismas condiciones la facultad de un tercero beneficiario del contrato de hacer valer la cláusula de sumisión estipulada a su favor (142). Así, se indicó que el asegurador que en el contrato ha aceptado dicha cláusula no puede oponerse a la misma simplemente por el hecho de que el tercero no ha cumplido con la condición de forma escrita del artículo 17 del Convenio de Bruselas de 1968 (143). Dicha interpretación resulta confirmada por el artículo 12.2 del Convenio de Bruselas de 1968 (144). Como dicho precepto admite la sumisión que permite que el tomador, el asegurado o el beneficiario puedan interponer la demanda ante tribunales distintos de los que contempla la Sección 3.^a, resulta claro que la cláusula de competencia puede suscribirse no sólo a favor del tomador del contrato de seguro, sino también a favor del asegurado o beneficiario (145). Por ello, no cabe entender que, cuando el artículo 17 del Convenio de Bruselas de 1968 exige forma escrita, ello se traduzca en que el asegurado o beneficiario, en cuyo favor se establece la sumisión, tengan la obligación de suscribir dicha cláusula expresamente para que puedan invocar la misma (146). Tal exigencia resulta inútil cuando el asegurador ha manifestado inequívocamente que acepta la prórroga de la competencia

el objetivo de proteger a la parte débil (vid. F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel Regolamento (CE), n. 44/2001 (La revisione della Convenzione di Bruxelles del 1968)*, 3.^a ed., Padua, 2006, pág. 214).

(141) Vid. P. VITTORIA, *La competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia (dalla Convenzione di Bruxelles al Regolamento CE, n. 44/2001)*, Milán, 2005, pág. 182.

(142) STJCE, de 14 de julio de 1983, *Gerling Konzern Spezial Kreditversicherungs-AG e altri c. Amministrazione del Tesoro dello Stato*, asunto C-201/82, Rec. 1983, pág. 2503, edición especial española, pág. 00615, apartado 14.

(143) *Ibidem*, apartado 15.

(144) *Ibidem*, apartado 18.

(145) *Ibidem*, apartado 18.

(146) *Ibidem*, apartado 19.

y, además, sería una exigencia que difícilmente podría cumplir el asegurado o tercero, cuando no tuviera conocimiento de la cláusula de sumisión con anterioridad al surgimiento de la controversia (147).

60. Para que un acuerdo de sumisión expresa prevalezca sobre los foros que con anterioridad hemos analizado, es preciso que nos encontremos ante uno de los supuestos del artículo 13 del R. 44/2001, que pasamos a analizar.

A) Sumisión posterior al nacimiento del litigio

61. La sumisión posterior al nacimiento del litigio se encuentra permitida por el artículo 13.1 del R. 44/2001, debido a que se considera que una vez que la controversia se ha originado, la parte débil del contrato de seguro es consciente de los riesgos que lleva implícitos el acuerdo de sumisión (148).

62. Consideramos que resultan en este punto aplicables las reflexiones realizadas con respecto al precepto que regula esta cuestión en el Convenio de Bruselas de 1968, en relación a cuándo se considera que se ha producido el «nacimiento del litigio». Así, se ha apuntado que ello se produce cuando «las partes se encuentran en desacuerdo sobre un punto específico y los procedimientos legales son inminentes o contemplados» (149).

B) Sumisión expresa anterior al nacimiento del litigio

63. Si el pacto de sumisión expresa es anterior al nacimiento del litigio, es preciso que se enmarque en uno de los siguientes supuestos para que dicho pacto prevalezca sobre el resto de foros de la Sección 3.^a del R. 44/2001: *a)* Que permita al tomador del seguro, al asegurado o al beneficiario, litigar ante tribunales distintos de los previstos en la Sección 3.^a; *b)* Que atribuya la competencia a los tribunales del domicilio o residencia habitual común de tomador y asegurador, aunque el hecho dañoso se hubiera producido en el extranjero; *c)* Que se hubiera celebrado con un tomador domiciliado en un tercer Estado; *d)* Que el contrato de seguro al que afecta la sumisión corresponda a uno de los supuestos del artículo 14 del R. 44/2001.

(147) *Ibidem*, apartado 19.

(148) Vid. H. HEISS, «Article 13», en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, Munich, 2007, pág. 293.

(149) Vid. Informe Jenard al Convenio de Bruselas en la versión de 1968 (*OJ*, núm. C 59, de 5 de marzo de 1979, pág. 1 y sigs.; versión en castellano en *DOCE*, núm. C 189, de 28 de julio de 1990, págs. 122-179). Al respecto, parte de la doctrina ha matizado que los procedimientos legales deberían ser inminentes y contemplados (vid., entre otros, S. O'MALLEY/A. LAYTON, *European Civil Practice*, Londres, 1989, § 18.55).

a) Sumisión que ofrece posibilidades adicionales

64. Se trata de una sumisión que «amplía» los foros de la Sección 3.^a del R. 44/2001 (150). El precepto se refiere a acuerdos de sumisión «que permitieren al tomador del seguro, al asegurado o al beneficiario, formular demandas ante tribunales distintos de los indicados en la presente sección» (art. 13.2 del R. 44/2001). Por lo tanto, se trata de una ampliación de los foros en beneficio del tomador, asegurado o beneficiario (151). Así, en el ámbito del artículo 13.2 del R. 44/2001, no es válida la sumisión que disminuye los foros en los que la Sección 3.^a permite demandar al tomador, asegurado o beneficiario; ni la sumisión que amplía los foros a favor del asegurador (152). Tal como hemos comentado al referirnos al caso *Gerling*, habiendo sido suscrita la cláusula de sumisión por el tomador y el asegurador, pueden el asegurado o el beneficiario invocar la cláusula en cuestión aunque ellos no la hubieran suscrito formalmente (153).

b) Sumisión a los tribunales del Estado miembro del domicilio o residencia habitual común de tomador y asegurador

65. Para que este acuerdo de sumisión sea válido es preciso que el tomador y el asegurador tengan su domicilio o residencia habitual en el mismo Estado miembro. El momento en que será apreciado el domicilio o la residencia habitual común de tomador y asegurador será el de celebración del contrato (art. 13.3 del R. 44/2001).

Tal acuerdo debe atribuir competencia a los tribunales de dicho Estado miembro, aunque el hecho dañoso se hubiere producido en otro Estado. Además, para que dicha sumisión sea válida, es preciso que no se encuentre prohibida por la Ley del Estado miembro a cuyos tribunales han decidido someterse las partes.

66. Como los tribunales elegidos son los del Estado miembro de domicilio o residencia habitual común de tomador y asegurador, se considera que dicho acuerdo de sumisión beneficia a ambos (154).

(150) Vid. P. BLANCO-MORALES LIMONES, «Contratos de seguro y reaseguro», en A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 10.^a ed., Granada, 2009-2010, pág. 617.

(151) Vid. H. HEISS, «Article 13», en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, Munich, 2007, pág. 291.

(152) Vid., entre otros, H. HEISS, «Article 13», en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, Munich, 2007, págs. 291-292.

(153) STJCE, de 14 de julio de 1983, *Gerling Konzern Spezial Kreditversicherungs-AG e altri c. Amministrazione del Tesoro dello Stato*, asunto C-201/82, *Rec.* 1983, pág. 2503, edición especial española, pág. 00615, apartados 18 y 19.

(154) Vid. F. SEATZU, *Insurance in Private International Law. A European Perspective*, Oxford-Portland, 2003, pág. 64.

67. En la interpretación del precepto que nos ocupa debe tenerse presente el pronunciamiento del TJCE en el caso *Peloux* (155). En el caso se solicitó al Tribunal la interpretación del artículo 12.3 del Convenio de Bruselas de 1968, cuyo tenor literal es idéntico al del artículo 13.3 del R. 44/2001.

Los hechos se remontan a los años noventa, cuando la empresa Calland Réalisations SARL (en adelante, Calland), comienza la construcción de una unidad dedicada a la fabricación de quesos para Établissements Bernard Laiterie du Chatelard (en adelante, Laiterie du Chatelard). Dichas obras fueron realizadas mediante la instalación de paneles fabricados por Société financière et industrielle du Peloux (en adelante, Peloux). En los paneles se observaron ciertas deficiencias, siendo valorada la subsanación de las mismas en unos 610.000 euros.

La empresa Calland se encontraba asegurada por Abeille Assurances Cie (en adelante, Abeille), que era una compañía de seguros francesa. Por su parte, Peloux estaba asegurada por aseguradoras francesas. Además, al ser una filial de Recticel, S. A. (en adelante, «Recticel») contaba con el seguro de unas aseguradoras belgas. En este último contrato de seguro se contenía la siguiente cláusula de sumisión expresa: «en caso de controversia sobre el presente contrato, la compañía se someterá a la competencia de los tribunales del domicilio del tomador del seguro».

Laiterie du Chatelard interpuso una demanda ante los tribunales franceses en marzo de 2001 contra Calland y su aseguradora; así como contra Peloux y sus aseguradoras. Peloux solicitó la intervención en garantía de sus aseguradoras belgas (156). Estas últimas impugnaron la competencia judicial internacional del tribunal, con base en la cláusula de sumisión expresa.

La cuestión que se plantea ante el TJCE es si la cláusula de sumisión expresa firmada por un tomador y un asegurador con domicilio en el mismo Estado miembro, que atribuye competencia a los tribunales de tal Estado, resulta vinculante para el asegurado domiciliado en otro Estado miembro que no la ha aceptado expresamente.

Como punto de partida, el Tribunal señala que la limitación de las posibilidades de prórroga de competencia en los contratos de seguro responde, como ya sabemos, a la protección de la parte económicamente más débil (157).

(155) STJCE, de 12 de mayo de 2005, *Société financière et industrielle du Peloux contra Axa Belgium y otros*, asunto C-112/03, *Rec.* 2005, pág. I-03707. Vid. P. BLANCO-MORALES LIMONES, «Contratos de seguro y reaseguro», en A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 10.^a ed., Granada, 2009-2010, pág. 617; P. SCHLOSSER, «Insurance, Consumer and Employment Matters», en B. HESS/T. PFEIFFER/P. SCHLOSSER, *The Brussels I-Regulation (EC)*, núm. 44/2001, Munich, 2008, pág. 79.

(156) El litigio contra Calland fue objeto de una liquidación amistosa.

(157) STJCE, de 12 de mayo de 2005, *Société financière et industrielle du Peloux contra Axa Belgium y otros*, asunto C-112/03, *Rec.* 2005, pág. I-03707, apartado 31.

El artículo 12.3 del Convenio de Bruselas, en cambio, permite la sumisión expresa porque en el supuesto al que se refiere el tomador no se ve privado de protección (158).

Según indica el Tribunal, como el artículo 12.3 del Convenio no hace alusión a los efectos que de la citada sumisión se derivan para asegurado o beneficiario, no puede obtenerse una respuesta a la cuestión mediante una interpretación literal del precepto (159).

Dado que el asegurado se encuentra protegido por el Convenio en su condición de parte débil, sólo cabría oponerle la cláusula de sumisión expresa si con ello no se incumple el objetivo de protección de la parte débil (160). En este sentido, si es vinculante para el asegurado que no ha aceptado expresamente la cláusula y está domiciliado en un Estado miembro diferente al del domicilio común de tomador y asegurador, estaría obligado a demandar al asegurador ante los tribunales del domicilio de éste (161). Y, además, el asegurador podría demandar ante los tribunales de su propio domicilio al asegurado (162). Así, se estaría admitiendo una sumisión expresa en beneficio del asegurador y no respetando el objetivo de proteger a la parte débil, parte débil que debe poder acudir al tribunal de su propio domicilio (163).

Por ello, se concluyó que la cláusula de sumisión expresa no podía oponérsele a un asegurado que no la había aceptado expresamente y cuyo domicilio se encontraba en un Estado miembro distinto al del domicilio común de tomador y asegurador (164).

c) Sumisión en caso de que el tomador esté domiciliado en un tercer Estado

68. Según se ha señalado, dicha previsión, al igual que la equivalente del Convenio de Bruselas de 1968, contempla las especiales características del mercado de seguros británico, en el que resulta habitual que los tomadores tengan su domicilio en terceros Estados (165).

(158) *Ibidem*, apartados 32 y 33.

(159) *Ibidem*, apartado 35.

(160) *Ibidem*, apartados 37 y 38.

(161) *Ibidem*, apartado 39. Conclusiones del Abogado General, de 16 de diciembre de 2004, *Rec.* 2005, pág. I-03707, puntos 62 y 67.

(162) STJCE, de 12 de mayo de 2005, *Société financière et industrielle du Peloux contra Axa Belgium y otros*, asunto C-112/03, *Rec.* 2005, pág. I-03707, apartado 39. Conclusiones del Abogado General, de 16 de diciembre de 2004, *Rec.* 2005, pág. I-03707, puntos 62 y 67.

(163) STJCE, de 12 de mayo de 2005, *Société financière et industrielle du Peloux contra Axa Belgium y otros*, asunto C-112/03, *Rec.* 2005, pág. I-03707, apartado 40.

(164) *Ibidem*, apartado 43.

(165) Vid. Informe Jenard al Convenio de Bruselas en la versión de 1968 (*OJ*, núm. C 59, de 5 de marzo de 1979, pág. 1 y sigs.; versión en castellano en *DOCE*,

69. Como justificación de la regla contenida en el precepto, se ha señalado que, dado que los tomadores domiciliados en terceros Estados suelen carecer de vínculos fuertes con los tribunales de los Estados miembros, no es habitual que estén interesados en que el litigio se sustancie ante los tribunales de un Estado miembro determinado (166). Pero no hay que olvidar que ello se traduce en que, a pesar de que el tomador domiciliado en un tercer Estado es, al igual que el domiciliado en un Estado miembro, la parte contractual débil, el artículo 13.4 del R. 44/2001 permite la sumisión como regla general (167).

70. Esta sumisión expresa no será válida en dos supuestos:

a') Seguro obligatorio. Los seguros obligatorios son aquellos que cubren riesgos para los que un Estado miembro impone la obligación de suscribir un seguro (168). Dichos contratos de seguro suelen tener como objetivo proteger a la víctima, ya sea el propio asegurado o un tercero (169).

b') Seguro relativo a un inmueble situado en un Estado miembro.

d) Sumisión en los contratos de seguro por grandes riesgos

71. El artículo 13 del R. 44/2001, en su apartado quinto, admite la validez de los acuerdos de sumisión expresa anteriores al planteamiento del litigio cuando se trata de contratos de seguro que cubren uno o varios de los riesgos del artículo 14 del citado Reglamento. Los contratos de seguro contemplados en el artículo 14 del R. 44/2001 comparten todos ellos una característica, consistente en que el asegurado no precisa una especial protección (170). No

núm. C 189, de 28 de julio de 1990, págs. 122-179); F. SEATZU, *Insurance in Private International Law. A European Perspective*, Oxford-Portland, 2003, pág. 65.

(166) Vid. P. KAYE, *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments*, 1989, pág. 819.

(167) Vid. H. HEISS, «Article 13», en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, Munich, 2007, pág. 293.

(168) Vid. C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, «Los contratos de seguro del artículo 7 del Reglamento Roma I», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2009, vol. 1, núm. 2, pág. 47.

(169) Vid. M. FALLON, «The Law Applicable to Compulsory Insurance and Life Insurance: Some Peculiarities», en F. REICHERT-FACILIDES/H. U. JESSURUN D'OLIVEIRA (eds.), *International Insurance Contract Law*, Deventer, Kluwer Law and Taxation, 1993, pág. 113; F. SEATZU, *Insurance in Private International Law. A European Perspective*, Oxford-Portland, 2003, pág. 199.

(170) Vid., entre otros, P. BLANCO-MORALES LIMONES, «Contratos de seguro y reaseguro», en A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 10.^a ed., Granada, 2009-2010, pág. 617; H. HEISS, «Article 13», en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, Munich, 2007, pág. 293; F. P. MANSI, *Il giudice italiano e le controversie europee. Dalla Convenzione di Bruxelles del 1968 alla Convenzione di Lugano del 1988 ed al Regolamento (CE), n. 44/2001. Compe-*

existe, por lo tanto, una situación de desequilibrio (171). Se considera así que, en tales contratos, la necesidad de tutela de la parte más débil resulta menos relevante o incluso que dicha necesidad no existe (172).

72. No obstante, debemos hacer una precisión. Cuando empezamos a examinar las normas comunitarias de competencia judicial en materia de seguro, señalamos que los artículos 8 a 14 del R. 44/2001 resultaban aplicables a cualquier tomador del seguro, con la excepción de los contratos de reaseguro, en los que ya indicamos que el tomador es siempre un asegurador, y las demandas entre aseguradores (173). Eso significa que los contratos de seguros por grandes riesgos se regulan por los artículos 8 a 14 del R. 44/2001 (174).

La diferencia con el resto de contratos de seguro —en los que sí existe una parte contractual claramente más débil que la otra—, es que se admite la validez de los acuerdos de sumisión expresa sin las condiciones que se imponen a otros contratos de seguro (art. 13.5 del R. 44/2001) (175). La falta de debilidad o, al menos, la menor debilidad del tomador que en otros contratos de seguro, también se traduce, en el ámbito de la ley aplicable a dichos contratos, en la posibilidad de las partes de elegir la Ley aplicable a los mismos, tal como prevé el *Reglamento (CE) número 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)*, en su artículo 7.2 (176).

tenza giurisdizionale, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni, Milán, 2004, pág. 188; J. BASEDOW, «Consumer contracts and insurance contracts in a future Rome I-Regulation», en J. MEEUSEN/M. PERTEGÁS/G. STRAETMANS (eds.), *Enforcement of International Contracts in the European Union. Convergence and divergence between Brussels I and Rome I*, Antwerp-Oxford-Nueva York, pág. 291.

(171) Vid. P. VITTORIA, *La competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia (dalla Convenzione di Bruxelles al Regolamento CE, n. 44/2001)*, Milán, 2005, pág. 184.

(172) Vid. S. M. CARBONE, *Il nuovo spazio giudiziario europeo. Dalla Convenzione di Bruxelles al Regolamento CE 44/2001*, 4.ª ed., Turín, 2002, pág. 112.

(173) Vid. § 9 y sigs., § 12 y sigs.

(174) Vid. H. HEISS, «Section 3: Jurisdiction in matters relating to insurance», en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, Munich, 2007, pág. 272.

(175) *Ibidem*, pág. 275; J. BASEDOW, «Consumer contracts and insurance contracts in a future Rome I-Regulation», en J. MEEUSEN/M. PERTEGÁS/G. STRAETMANS (eds.), *Enforcement of International Contracts in the European Union. Convergence and divergence between Brussels I and Rome I*, Antwerp-Oxford-Nueva York, pág. 291; P. BLANCO-MORALES LIMONES, «Contratos de seguro y reaseguro», en A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 10.ª ed., Granada, 2009-2010, pág. 617.

(176) DOUE, núm. L 177/6, de 4 de julio de 2008, págs. 6-16. Para que la elección de Ley aplicable al contrato sea válida es preciso que se ajuste a las condiciones del artículo 3 del Reglamento Roma I. Vid., entre otros, P. BLANCO-MORALES LIMONES, «Contrato internacional de seguro», en A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Curso de contratación internacional*, Madrid, 2003, pág. 810; P. BLANCO-MORALES LIMONES, «Contratos de seguro y reaseguro», en A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 10.ª ed., Granada, 2009-2010,

73. Tal como prevé el artículo 14 del R. 44/2001, la sumisión expresa anterior al planteamiento del litigio será válida cuando afecte a un contrato que cubra los siguientes riesgos (177):

- a) Con respecto a aeronaves, a buques de navegación marítima, instalaciones costeras y en alta mar, se encuentran comprendidos en el artículo 14 del R. 44/2001: a) los contratos de seguro que cubren daños a los mismos, ocasionados por hechos que hayan tenido lugar en relación a su utilización con fines comerciales (art. 14.1.a); y b) los contratos de seguro que cubren la responsabilidad resultante de la utilización o explotación de los mismos con fines comerciales, siempre que los acuerdos de sumisión expresa en tales contratos de seguro no estuvieran prohibidos por la Ley del Estado miembro de matriculación —con excepción de la responsabilidad derivada de daños corporales a pasajeros o daños a sus equipajes— (art. 14.2.a); c) toda pérdida pecuniaria ligada a la utilización o explotación de los mismos con fines comerciales, en particular, la de flete o el beneficio de fletamento (art. 14.3).
- b) Con respecto a las mercancías transportadas por los anteriores, se encuentran comprendidos en el artículo 14 del R. 44/2001: a) los daños sufridos por las mismas —con excepción de los equipajes de los pasajeros— (art. 14.1.b) (178); b) la responsabilidad por dichas mercancías —con excepción de la responsabilidad derivada de daños corporales a pasajeros o daños a sus equipajes— (art. 14.2.b).
- c) En general, todo riesgo accesorio a cualquiera de los apartados anteriores (art. 14.4 del R. 44/2001).
- d) Los contratos de seguro contemplados en el artículo 14 del R. 44/2001 se ven completados, tal como prevé el apartado 5 de dicho pre-

pág. 618; C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, «Los contratos de seguro del artículo 7 del Reglamento Roma I», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 2, vol. I, 2009, págs. 30-51; V. FUENTES CAMACHO, *Los contratos de seguro y el Derecho Internacional Privado en la Unión Europea*, Madrid, 1999, pág. 107; P. LAGARDE/A. TENENBAUM, «De la convention de Rome au règlement Rome I», en *RCDIP*, núm. 4, octubre-diciembre de 2008, pág. 767; H. HEISS, «Section 3: Jurisdiction in matters relating to insurance», en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, Munich, 2007, pág. 275. Artículo 7.2 del Reglamento Roma I: «Todo contrato de seguro que cubra un gran riesgo con arreglo al artículo 5, letra d), de la primera Directiva 73/239/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1973, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad del seguro directo distinto del seguro de vida, y a su ejercicio, se regirá por la ley elegida por las partes de conformidad con el artículo 3 del presente Reglamento».

(177) Vid. S. M. CARBONE, *Il nuovo spazio giudiziario europeo. Dalla Convenzione di Bruxelles al Regolamento CE 44/2001*, 4.ª ed., Turín, 2002, págs. 65-66.

(178) Con respecto a las mercancías, precisa el artículo 14.1.b) que el transporte puede haber sido realizado en su totalidad por los medios mencionados, o bien en combinación con otros modos de transporte.

cepto, por los «grandes riesgos» a los que se refiere el artículo 5.d) de la *Primera Directiva del Consejo de 24 de julio de 1973, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad del seguro directo distinto del seguro de vida, y a su ejercicio* (73/239/CEE) [en adelante, *Primera Directiva* (73/239/CEE)] (179). En general, por aplicación del artículo 5.d) de la *Primera Directiva* 73/239/CEE, cabe destacar que también será válida la sumisión en los contratos de seguro que cubren los daños o la responsabilidad resultante del empleo de vehículos ferroviarios, lacustres y fluviales, por las mercancías transportadas (incluidas los equipajes); en los contratos de seguro de crédito y de caución (180); y, siempre que el tomador cumpla una serie de requisitos —relativos al total del balance, al importe neto del volumen de negocios y al número medio de empleados—, en los contratos de seguro que cubren daños sufridos por vehículos terrestres no ferroviarios, los que cubren la responsabilidad civil resultante del empleo de vehículos terrestres automóviles, y los contratos de seguro que cubren los daños causados por ciertos elementos naturales (181).

III. CONCLUSIONES

74. Tal como hemos expuesto, el R. 44/2001 regula la competencia judicial internacional en materia de seguros en su Sección 3.^a Los foros de dicha sección se encuentran presididos por la idea de proteger a la parte más débil de la relación contractual, observándose importantes diferencias dependiendo de que se interponga la demanda contra el asegurador o contra la mencionada parte débil. La inexistencia de una parte débil determina la exclusión de la Sección 3.^a del Reglamento de los litigios que enfrentan entre sí a reasegurado y reasegurador con respecto al contrato de reaseguro, así como los litigios entre un asegurador contra otro asegurador o aseguradores.

75. Con respecto al foro de sumisión expresa anterior al planteamiento de un litigio en materia de seguros, una de las características fundamentales del R. 44/2001 es que se contempla una «autonomía limitada» de las partes. Para

(179) *DOCE*, núm. L 228, de 16 de agosto de 1973, pág. 3 (vid. versión consolidada de 1 de enero de 2007). Vid., entre otros, L. MERRET, «Choice of Law in Insurance Contracts under the Rome I Regulation», en *Journal of Private International Law*, vol. 5, núm. 1, 2009, pág. 54. Con respecto al artículo 5.d) de la *Primera Directiva* (73/239/CEE), vid. C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, «Los contratos de seguro del artículo 7 del Reglamento Roma I», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2009, vol. 1, núm. 2, pág. 34.

(180) En ambos casos, siempre que el tomador ejerza a título profesional una actividad industrial, comercial o liberal y que el riesgo se refiera a dicha actividad.

(181) Vid. artículo 5.d) iii) de la *Primera Directiva* (73/239/CEE).

favorecer a la parte débil, se admite dicha sumisión cuando permite a aquélla formular demandas ante tribunales distintos de los indicados en la Sección 3.^a También cabe la posibilidad de designar como tribunales competentes a los del Estado miembro del domicilio o residencia habitual común de tomador y asegurado, aunque el siniestro se produzca en el extranjero; si bien, en este caso, tal como ha señalado el TJCE, no cabe oponer tal cláusula a un asegurado que no la ha aceptado expresamente y cuyo domicilio se encuentra en un Estado miembro distinto al del domicilio común de tomador y asegurado. Resulta discutible que también se admitan los mencionados acuerdos de sumisión expresa cuando el tomador se encuentra domiciliado en un tercer Estado —con el límite de los contratos de seguro obligatorios y los relativos a bienes inmuebles—, dado que el hecho de que el domicilio del tomador se encuentre en un tercer Estado no tiene por qué alterar su condición de parte débil. En cambio, sí se encuentra justificado que se permita la sumisión expresa anterior al planteamiento del litigio en el caso de los seguros por grandes riesgos, ya que el asegurado no precisa una especial protección.

76. En defecto de sumisión, es preciso distinguir entre los casos en que se demanda al asegurador y los casos en que se demanda a la parte débil —tomador, asegurado o beneficiario—. En el primer supuesto existen dos foros aplicables a cualquier contrato de seguro: *a)* los tribunales del Estado miembro del domicilio del asegurador, y *b)* los tribunales del domicilio de la parte débil. Existen foros adicionales para determinados contratos de seguro. Así, en el caso de coaseguro, cabe demandar al coasegurador o coaseguradores ante los tribunales del Estado miembro competente para conocer de la acción entablada contra el primer firmante del coaseguro; y en el de seguros relativos a bienes inmuebles cabe acudir a los tribunales del lugar en que se hubiere producido el hecho dañoso.

También existen foros diseñados para los seguros de responsabilidad civil. Tal como hemos expuesto, junto al foro mencionado en el caso de seguros relativos a bienes inmuebles, es preciso añadir los del artículo 11 del R. 44/2001. Así, en caso de que el perjudicado demande al asegurado ante los tribunales de un Estado miembro, el asegurado podrá demandar al asegurador ante los mismos tribunales. Y, en el supuesto de que el perjudicado ejercite una acción directa contra el asegurador, el artículo 11.2 del R. 44/2001 establece que serán aplicables las reglas de sus artículos 8 a 10. Como consecuencia de la interpretación que el TJCE ha realizado de dicha remisión en el caso concreto del foro del artículo 9.1.b) del R. 44/2001, el perjudicado puede demandar al asegurador ante los tribunales de su propio domicilio. También ha señalado dicho Tribunal que puede beneficiarse de tal interpretación el subrogado *ex lege* en los derechos del perjudicado, siempre que aquél pueda ser considerado parte débil.

77. Cuando el demandado es la parte débil —tomador, asegurado o beneficiario—, el Reglamento contempla el foro de su domicilio. Aquí se observa

el contraste entre los casos en que la parte débil demanda al asegurador —caso en que el demandante dispone de diversos foros—, y los casos en que es demandada la parte débil —en los que el asegurador debe acudir a los tribunales del domicilio de aquél—. Sólo se contemplan dos excepciones a esta regla: la reconvencción y los casos en que el perjudicado ejercita una acción directa contra el asegurador, ya que el tribunal del Estado miembro competente para conocer de la misma será también competente para conocer de la acción del asegurador contra el asegurado o el tomador del seguro.

RESUMEN

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE SEGUROS

Este estudio examina la competencia judicial internacional en materia de seguros de la Sección 3.^a del Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000. Dicha Sección contempla diferentes foros cuyo objetivo es la protección de la parte débil (tomador, asegurado o beneficiario). Cabe la posibilidad de que las partes se sometan a otros tribunales, si bien sólo se permite una autonomía limitada para elegir el tribunal competente en los contratos de seguro. Por ejemplo, en caso de que la sumisión permita a la parte débil formular demandas ante tribunales distintos de los indicados en la citada Sección.

ABSTRACT

JURISDICTION IN MATTERS RELATING TO INSURANCE

This study deals with jurisdiction in matters relating to insurance (Section 3, Council Regulation, núm. 44/2001 of 22 December 2000). That Section establishes different rules of jurisdiction aimed at protecting the weaker party (the policyholder, the insured or a beneficiary). The provisions of this Section may be departed from by an agreement, but only limited autonomy to determine the courts having jurisdiction is allowed in insurance contracts. For instance, when it allows the weaker party to bring proceedings in courts other than those indicated in that Section.

(Trabajo recibido el 27-4-2010 y aceptado para su publicación el 8-2-2011)

El registro de derechos en Inglaterra y Gales: avances y obstáculos en su implantación

por

CELIA MARTÍNEZ ESCRIBANO
Profesora Titular de Derecho Civil

SUMARIO

1. EL ORIGEN DEL SISTEMA REGISTRAL DE INGLATERRA Y GALES.
 2. EL CONCEPTO DE TÍTULO INMOBILIARIO.
 3. LA DOBLE REALIDAD: FINCAS Y DERECHOS DENTRO Y FUERA DEL REGISTRO:
 - a) LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA GRADUAL Y SUS MATIZACIONES.
 - b) EXISTENCIA DE FINCAS NO INMATRICULADAS.
 - c) LOS DERECHOS NO INSCRIBIBLES.
 4. EL PROCEDIMIENTO REGISTRAL:
 - a) EL PROCEDIMIENTO DE INMATRICULACIÓN.
 - b) LAS INSCRIPCIONES POSTERIORES.
 5. LOS PRINCIPIOS REGISTRALES: SIGNIFICADO Y EXCEPCIONES:
 - a) BREVE DESCRIPCIÓN DE LOS PRINCIPIOS.
 - b) LA GARANTÍA NEGATIVA DERIVADA DE LA INSCRIPCIÓN.
 - c) LA INATACABILIDAD Y LA GARANTÍA POSITIVA DEL REGISTRO. VALIDEZ DEL TÍTULO INSCRITO Y FE PÚBLICA REGISTRAL.
 - d) LA INDEMNIZACIÓN POR PÉRDIDA DE DERECHOS.
 - e) EL PROBLEMA DE LA POSESIÓN ADVERSA.
 6. EL REGISTRO ELECTRÓNICO.
 7. VALORACIÓN FINAL.
- BIBLIOGRAFÍA.

1. EL ORIGEN DEL SISTEMA REGISTRAL DE INGLATERRA Y GALES

En el siglo XVII comenzó a advertirse en Inglaterra y Gales la necesidad de establecer un registro de los derechos inmobiliarios, y, así, a lo largo de los siglos XVII y XVIII se elaboraron varias propuestas de Registro, aunque ninguna de ellas triunfó hasta la aprobación del Land Registry Act (1) de 1862. A éste le sucedieron otras normas (2), llegando al Land Registration Act de 1925 y, más recientemente, el Land Registration Act de 2002. Esta última ley se ha llevado a cabo a partir del informe elaborado por la Law Commission en 2001 bajo el título «Land Registration for the Twenty-First Century: A Conveyancing Revolution» (3). A pesar del sugerente título de este informe, indican RUOFF & ROPER (4) que la ley de 2002 mantiene en gran medida el sentido de la norma anterior, aunque empleando una redacción más moderna y algunos cambios en relación con la posesión adversa y las transacciones electrónicas. No obstante, más allá de esto parece encontrarse una apuesta firme por un modelo de Registro que ya se dibujaba en 1925 pero que, como iremos viendo, no ha logrado aún una total implementación en todos sus sentidos, debido a la pervivencia de reglas para inmuebles no inmatriculados y un complejo entramado de derechos que no siempre acceden al Registro y que presentan una peculiar eficacia.

A continuación realizaremos una primera aproximación al sistema registral inglés con el fin de esbozar sus rasgos más característicos.

2. EL CONCEPTO DE TÍTULO INMOBILIARIO

Antes de comenzar el análisis del sistema registral, conviene formular una puntualización conceptual de importancia para el adecuado entendimiento de la materia. Se trata de precisar el significado de la expresión «título inmobiliario» en el ámbito del Derecho de Inglaterra y Gales, que difiere del sentido comúnmente atribuido en el Derecho español.

Así, en el caso español, el término título puede evocar diferentes acepciones: a) el documento que recoge un derecho, que sería el título formal, o b) el contrato o *causa iuris*, la causa del derecho, que sería el título mate-

(1) Sobre la implantación del Registro inglés, cfr. más ampliamente, NOGUEROLES PEIRÓ, N., «La implantación del Registro inglés: enseñanzas de una lenta conquista», en *Historia de la propiedad, crédito y garantía*, Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, Madrid, 2006.

(2) Land Transfer Act de 1875 y Land Transfer Act de 1897.

(3) El texto del informe puede consultarse en <http://www.lawcom.gov.uk>.

(4) *Rouff & Roper on the Law and Practice of Registered Conveyancing*, Sweet & Maxwell, London, 2003, 1/11.

rial (5). En el Derecho anglosajón hay también una doble acepción (6): por una parte, el título hace referencia al conjunto de derechos reales que recaen sobre un inmueble, típicamente será el derecho de propiedad, que puede estar limitado por derechos reales de terceros sobre el mismo inmueble; en segundo lugar, alude a la prueba misma del título, es decir, si al propietario se le pide que exhiba su título sobre la finca, éste solicitará al registrador una descripción de los derechos reales sobre ese inmueble, y ello constituye el título en la medida en que permite probar el derecho del propietario.

Nótese que en el Derecho inglés, el título como prueba va ligado directamente al Registro, en coherencia con su configuración como registro de derechos, mientras que en Derecho español, a pesar de existir también un registro de derechos, hay una cierta tendencia a asociar el título con el documento notarial en el que se recoge la transacción inmobiliaria, tal vez por el hecho, hoy en día más teórico que práctico (7), de que los derechos reales sobre bienes inmuebles se adquieren fuera del Registro, y como una reminiscencia histórica de épocas anteriores al actual Registro de la Propiedad español, cuando la prueba de la titularidad de un derecho real sobre un bien inmueble se conseguía muchas veces a través del documento en el que se reflejaba en negocio adquisitivo. No obstante, hoy en día, aunque el documento notarial puede ser prueba del derecho, en términos generales se impone la inscripción como consecuencia de sus efectos de oponibilidad *erga omnes* y fe pública registral. Tal vez deba revisarse y actualizarse la acepción del título como prueba para el Derecho español. Sería deseable que el Derecho español experimentase una evolución similar a la expuesta para el caso inglés en relación con el concepto de título inmobiliario. En este sentido, indica THOMSON (8) para el Derecho inglés que el título inscrito sustituye a la prueba de la titularidad del inmueble, que anteriormente se proporcionaba con los documentos del título.

Por otra parte, por lo que se refiere a la idea de título en sentido material, más que la causa del derecho, en el sistema inglés el título viene a identificarse con los derechos inmobiliarios en sí mismos.

Por tanto, y en definitiva, cuando a lo largo del presente trabajo nos refiramos al título, nunca hay que identificarlo con el contrato que sirve de

(5) LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones y Contratos. Volumen Segundo. Contratos y Cuasicontratos. Delito y Cuasidelito*, ed. Dykinson, Madrid, 2005, pág. 40.

(6) En este sentido, COOKE, E., *Land Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pág. 38.

(7) Aunque con la excepción de la hipoteca, en nuestro Derecho la inscripción no es constitutiva, lo cierto es que hoy en día, los derechos reales sobre bienes inmuebles que no estén inscritos quedan prácticamente excluidos del tráfico jurídico inmobiliario. En este sentido, MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., *De la publicidad contractual a la titularidad registral*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág. 23 y sigs.

(8) *Modern Land Law*, 3.^a ed., Oxford University Press, Oxford, 2006, pág. 95.

base para el nacimiento del derecho ni el documento que refleja tal contrato y que sirve de soporte probatorio de los derechos reales. En el Derecho anglosajón, el título son los derechos inmobiliarios en sí mismos, es decir, el derecho de propiedad, en su caso limitado por derechos reales sobre cosa ajena, y también puede entenderse por título la certificación registral que determina el conjunto de derechos sobre una finca.

3. LA DOBLE REALIDAD: FINCAS Y DERECHOS DENTRO Y FUERA DEL REGISTRO

Con anterioridad a la creación del Registro de la Propiedad, la transmisión de los derechos reales requería una ardua investigación del título del transmitente, pero el establecimiento del Registro ha permitido facilitar esta tarea en los términos que se dibujan a continuación. Como primera aproximación, indicaremos tres ideas: *a)* la obligatoriedad de la inscripción se ha ido imponiendo de manera gradual; *b)* no todas las fincas están inmatriculadas; y *c)* no todos los derechos son inscribibles. En consecuencia, nos podemos encontrar en el sistema inglés con derechos reales que no hayan accedido al Registro. ¿En qué situación quedan estos derechos? Veamos a continuación cada uno de los tres aspectos apuntados para tratar de comprender la complejidad de la situación.

a) LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA GRADUAL Y SUS MATIZACIONES

La primera norma a través de la cual se estableció el Registro inglés en 1862 preveía un registro del título de forma voluntaria, lo que se encuentra en consonancia con la idea de un Registro al servicio de intereses exclusivamente privados, que es el modo en que se ha venido concibiendo el sistema registral inglés y galés a lo largo del tiempo (9). Sin embargo, este registro

(9) Desde su creación en el siglo XIX, el Registro de la Propiedad inglés y galés ha ido dirigido a la protección de intereses privados y a facilitar las transacciones inmobiliarias, haciéndolas más sencillas y con un menor coste. Precisamente porque se perseguían fines privados, se negó durante mucho tiempo la inspección pública del contenido del Registro, que sólo ha sido posible desde 1990, cuando entró en vigor la Land Registration Act 1988. Tal es la importancia que ha tenido esta idea de privacidad, que CLARKE, A. & KOHLER, P., *Property Law. Commentary and Materials*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, págs. 538 y 539, llegan a reconocer una identidad propia al Registro inglés frente a la mayor parte de los sistemas continentales que, a su juicio, tienen una base catastral, marcando así una gran diferencia entre su modelo registral y aquéllos que, con su base catastral, van dirigidos principalmente a satisfacer intereses públicos, básicamente de naturaleza impositiva, y más recientemente, también, de protección medioambiental. Ligado además a esta idea, debe tenerse en cuenta que el Registro de Inglaterra y Gales no da

fracasó porque la inmatriculación requería el cumplimiento de unos complejos requisitos para acreditar el título y los linderos de la finca con exactitud (10). Puesto que el procedimiento resultaba muy gravoso y la inscripción era voluntaria, no se encontraban incentivos bastantes para que los particulares llevaran sus derechos sobre el inmueble al registro.

Las posteriores normas lograron incrementar las inmatriculaciones, y con la Land Registration Act de 1925 se pretendió que todos los títulos inmobiliarios de Inglaterra y Gales estuvieran inscritos. Para ello, se introdujo el principio de inscripción constitutiva, que ya existía para la ciudad de Londres desde 1898. De acuerdo con la ley de 1925, la implementación de este principio no se llevaría a cabo de forma automática y general, sino que se establecieron paulatinamente las zonas a las que afectaría, hasta llegar a completar todo el territorio, y, respecto de aquellas zonas, sólo sería preceptiva la inscripción cuando se llevaran a cabo los negocios jurídicos fijados en la ley. Una vez que el inmueble ha accedido al registro, las sucesivas transacciones inmobiliarias relativas al mismo deben ser también objeto de inscripción.

En un principio, se preveía que, si transcurridos dos meses desde la fecha en que se celebró el negocio jurídico de inscripción obligatoria, no se solicitaba tal inscripción, el negocio sería nulo. Sin embargo, esta previsión legal resultaba problemática, porque se pronunciaba en términos mucho más estrictos a como se desarrollaban las cosas en la práctica registral, y una interpretación estricta de la ley podía conducir a resultados injustos (11), lo que provocó

certeza sobre los linderos de las fincas, porque lo que es objeto de inscripción es la noción abstracta de título, es decir, los derechos, y no el objeto sobre el que recae, el inmueble, que es la base de los modelos catastrales. A veces, la colisión de intereses entre los propietarios colindantes ni siquiera se constata en el Registro, porque parte de la tierra no está inmatriculada, de manera que puede ocurrir que una finca esté registrada indicándose una extensión y la colindante no haya accedido al Registro. En cualquier caso, se trate de fincas inscritas o no, el problema se resuelve del mismo modo, acudiendo a la vía judicial. CLARKE, A. & KOHLER, P., cit., pág. 541.

(10) ROUFF & ROPER, cit., 1/5.

(11) Véase HOWELL, J., «Pinkerry v. Needs: A Conflict Between Law and Practice», en *Modern Law Review*, 1994, pág. 121 y sigs., donde se analiza la sentencia *Pinkerry Ltd v. Needs (Kenneth) (Contractors) Ltd* [1992] 1 EGLR 47. En este caso, Pinkerry celebró un contrato de compraventa para adquirir un inmueble no inmatriculado en el que se requería la inscripción para adquirir el derecho, y posteriormente pretendía vender la finca a Needs, pero éste rehusaba comprar en tanto Pinkerry no inmatriculara. Era práctica habitual en el Registro que la solicitud de inscripción se presentara después de transcurridos los dos meses que marca la ley, y se procedía con bastante flexibilidad en este terreno, admitiéndose las solicitudes tardías sin mayores incidencias. Pinkerry solicitó la inmatriculación después de que hubiera transcurrido el plazo de dos meses, y sólo cuando estuvo inscrito su derecho, Needs accedió a completar la segunda compraventa. De acuerdo con las circunstancias en que se había configurado el segundo contrato de compraventa, se derivaron unos perjuicios a Pinkerry como consecuencia del retraso y reclamó la indemnización a Needs, pero el tribunal, en una interpretación extremadamente legalista de la ley de 1925 e ignorando la práctica registral, negó el derecho a esta indemnización porque, en tanto no hubie-

una modificación legal que matizara esta consecuencia de nulidad (12). De este modo, el negocio cuya inscripción no se solicitara en el plazo de dos meses sería nulo, y el título revertiría al transmitente, pero éste lo detentaría a modo de fiducia a favor del adquirente. Y si se trataba de una hipoteca o un arrendamiento, la consecuencia de la falta de inscripción sería considerar que existía un contrato a título oneroso dirigido a constituir ese derecho. Las mismas consecuencias se establecen actualmente en la normativa vigente.

Así, el adquirente que no inscriba su derecho en el plazo de dos meses no lo adquiere plenamente, sino que se encuentra en una situación intermedia entre el titular pleno y quien no es titular del derecho. Es preciso que complete su adquisición con la inscripción, porque, de lo contrario, quedaría expuesto a sufrir estas dos consecuencias: *a)* la adquisición carece de efecto jurídico pleno, y el adquirente tiene tan sólo un derecho en equidad (*equitable interest*); y *b)* no puede hacer valer su derecho frente a cualquier tercero que adquiera a título oneroso un derecho sobre la misma finca y lo inscriba. Pero no existiendo este tercero, el título no inscrito se considera válido entre el transmitente y el adquirente, y puede hacerse valer frente a cualquiera que no fuera el posterior adquirente inscrito (13). Esta consecuencia, según indican CLARKE & KOHLER, vendría motivada por el hecho de que el principal objetivo del Registro es facilitar las transacciones inmobiliarias. Por eso, la transmisión no inscrita no se ve afectada de una genérica sanción de nulidad, sino que sólo resulta ineficaz frente al tercer adquirente que inscriba su derecho, que no ha de verse afectado por derechos no inscritos. Fuera de este supuesto, dicen estos autores, no hay motivo para negar que puedan existir derechos al margen del registro (14).

Aunque la transmisión o constitución de un derecho real que no accede al Registro tiene alguna eficacia jurídica, el adquirente no recibe un derecho pleno y absoluto. El centro de gravedad del tráfico jurídico inmobiliario se ha desplazado del documento al Registro, y aun cuando sea necesario el otorgamiento de un documento para realizar la transacción, sólo cuando se lleve a cabo la inscripción se considerará adquirido ese título jurídico (15). Por este motivo, la inscripción es constitutiva. Lo que ocurre es que la falta de inscripción no se equipara a la negación de todo derecho al adquirente. Éste se encuentra en una posición de cierta protección jurídica, una situación intermedia

ra accedido al Registro, Pinkerry no se podía considerar titular del derecho, no podía transmitirlo, y por tanto, ningún perjuicio se le podía reconocer como consecuencia de una compraventa en la que él no estaba en condiciones de cumplir con su obligación.

(12) La sección 123 del Land Registration Act de 1925 fue modificada por la sección 1 de la Land Registration Act de 1997. Concretamente, la sección 123A (5) trata esta cuestión. La materia se regula ahora en la sección 7 del Land Registration Act de 2002.

(13) CLARKE & KOHLER, cit., pág. 546.

(14) Cit., pág. 546.

(15) COOKE, E., cit., pág. 41.

entre el titular de un derecho perfecto y protegido plenamente por el registro y quien no detenta ningún derecho. Y ello es así porque, lo que en un principio se quiso configurar como una inscripción constitutiva, hubo de ceder frente a exigencias de carácter práctico y, así, dotar de cierta relevancia jurídica a adquirentes no inscritos para evitar consecuencias que se consideraban injustas. De este modo, el carácter constitutivo de la inscripción se traduce en la adquisición de un título perfecto e inatacable, oponible *erga omnes* y con eficacia plena, ligada a la idea de prioridad del derecho desde la fecha de la inscripción. El derecho no inscrito no es absolutamente inexistente, goza de cierta protección, aunque puede quedar desplazado por derechos posteriores que accedan al Registro.

No obstante, la tendencia parece ser el reforzamiento de la eficacia constitutiva de la inscripción, y que las situaciones posesorias no inscritas carezcan de relevancia jurídica. En esta dirección apunta el Land Registration Act de 2002 a través del tratamiento que ofrece de la posesión adversa y las transmisiones electrónicas, a las que posteriormente nos referiremos.

b) EXISTENCIA DE FINCAS NO INMATRICULADAS

Como consecuencia de lo que se acaba de apuntar, la inscripción de los títulos se ha ido produciendo de manera paulatina. Cada poco tiempo se señalaba una zona geográfica en la que, a partir de una determinada fecha, la inscripción sería constitutiva. Aunque actualmente la inscripción constitutiva se encuentra extendida por todo el territorio, aún hoy en día hay títulos no inscritos (16). Esto es así porque la fijación de una determinada zona como de inscripción constitutiva no significaba que automáticamente todos los inmuebles de ese territorio accedieran al Registro, sino que tenían que hacerlo cuando se celebraran determinados negocios jurídicos por los que se adquieren derechos sobre la finca. Para que el negocio jurídico tuviera plena eficacia, era preciso el acceso al Registro. De este modo se preveía que paulatinamente todos los inmuebles estuvieran inmatriculados.

Los negocios jurídicos en los que la inscripción se hacía preceptiva eran, en un principio, la compraventa y el establecimiento o transmisión de un arrendamiento por más de veintiún años. Al reducirse a estos dos supuestos, podía ocurrir fácilmente que una finca se encontrara en un área de inscripción constitutiva pero no accediera al Registro durante muchos años. Por ello, las transacciones que dan lugar a la obligatoriedad de la inscripción se han ido incrementando en 1997 y 2002, y actualmente son: la compraventa, la cons-

(16) En este sentido, indica COOKE, E., cit., pág. 40, que si bien en 1925 estaban inscritos alrededor de 300.000 títulos, hoy lo están más de 9 millones, si bien esto representa sólo el 55 por 100 del territorio de Inglaterra y Gales.

titución de la primera hipoteca, la transmisión *mortis causa*, y el establecimiento o la transmisión de arrendamientos por más de siete años. Con ello se pretende acelerar el acceso de todos los inmuebles al Registro.

Pero, en cualquier caso, aunque en la actualidad en todo el territorio de Inglaterra y Gales es constitutiva la inscripción cuando se lleven a cabo los negocios jurídicos inmobiliarios indicados, en tanto éstos no tengan lugar, la inmatriculación de la finca resulta voluntaria. Por el solo hecho de que un inmueble se encontrase en un área de inscripción constitutiva, nunca se ha considerado en el Derecho inglés que se pudiera obligar a los propietarios a inscribir sus títulos. No obstante, en estos casos siempre se ha admitido la inscripción de forma voluntaria y se ha tratado de incentivar reduciendo los honorarios registrales (17).

La Land Registration Act de 2002 pretende la inmatriculación de todas las fincas, pero resulta difícil encontrar una vía que lo haga posible. Según indica THOMSON, no parece que pueda obligarse a los propietarios de tierras no inscritas a inmatricularlas cuando quizá no se sienten muy proclives a ello, dado que los inmuebles les han pertenecido desde hace mucho tiempo y han vivido en ellos durante todos estos años, y no están convencidos de las ventajas que vayan a obtener con el Registro. Y además, es muy difícil precisar la sanción ante el incumplimiento de la obligación de inmatricular, porque aquí no se puede establecer que el derecho revierta al transmitente, como se dispone para los negocios jurídicos con inscripción constitutiva (18).

No obstante, la Land Registration Act de 2002 pretende provocar cambios sustanciales en este sentido, trastocando la panorámica del Derecho inmobiliario inglés. Un elemento decisivo en este sentido se espera que sea la transmisión electrónica obligatoria, que contempla la propia ley de 2002 y a la que posteriormente nos referiremos. No obstante, la parte de la ley referida a las transmisiones electrónicas aún no ha entrado en vigor ni se ha desarrollado la normativa registral necesaria a tal efecto.

Lo cierto es que, en la actualidad, a pesar de los esfuerzos legislativos, existen aún inmuebles que no han accedido al Registro. En estos casos, el derecho se adquiere de acuerdo con las reglas generales de transmisión de los derechos reales que han venido existiendo en Inglaterra históricamente, de manera que la validez del derecho adquirido se basa en la validez del título de su transmitente, y así sucesivamente durante toda la cadena de transmisiones, con el límite del tiempo preciso para adquirir por usucapión. Y para las fincas inmatriculadas, se aplican las reglas registrales. Coexisten, por tanto, dos regímenes distintos de transmisión inmobiliaria.

(17) THOMSON, M. P., cit., pág. 103.

(18) Cit., pág. 107.

c) LOS DERECHOS NO INSCRIBIBLES

Los derechos reales inmobiliarios de Inglaterra y Gales se caracterizan por su gran complejidad. Existen múltiples categorías de derechos que no encuentran parangón en ningún otro sistema del Common Law (19) y que, sin duda, dificultan el estudio de esta materia. Aunque no procede ahora detallar esta complicada estructura, el adecuado entendimiento del sistema registral inglés y galés obliga a tener en cuenta algunas cuestiones que se irán exponiendo a lo largo de este trabajo.

En cualquier caso, la primera idea que cabe destacar es que no todos los derechos reales son inscribibles. Existe una lista tasada que básicamente alcanza a la propiedad, el arrendamiento por tiempo superior a siete años (20), la hipoteca, las servidumbres reales y personales, y ciertos derechos de escasa repercusión práctica, de origen feudal y que prácticamente han desaparecido en nuestros días. Solo estos derechos pueden ser objeto de inscripción, debido al fin primordial en el que se centra el Registro inglés: favorecer las transmisiones inmobiliarias.

No obstante, aunque no puedan inscribirse, otros derechos pueden acceder al Registro con el fin de beneficiarse en alguna medida de la protección suministrada por éste, ya sea a través de una anotación (*notice*) o una restricción (*restriction*):

- a) La anotación solo permite al derecho beneficiarse del efecto de oponibilidad, y, a diferencia de como ocurre con la inscripción, no se garantiza la validez del derecho ni se atribuye prioridad registral desde la fecha de la anotación, sino que la prioridad del derecho viene dada por la fecha de su creación (21). Además, no todos los derechos no inscribibles pueden ser anotados. Se excluyen, por ejemplo, los arrendamientos por tiempo inferior a tres años.
- b) La restricción presenta las mismas carencias que la anotación frente a la inscripción, pero, además, ni siquiera se beneficia de la oponibili-

(19) COOKE, E., cit., pág. 35 apunta la innecesaria complejidad que se genera en el Derecho inglés por el mantenimiento de tales categorías que, sin embargo, no existen ya en otros sistemas del Common Law. Sobre las diversas categorías de derechos reales en Inglaterra y Gales, cfr. SOLCHAGA LÓPEZ DE SILANES, A. M., «El Registro de la Propiedad en Inglaterra y Gales», en *Libro-Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, vol. II, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2006, pág. 2833 y sigs.

(20) Inicialmente se preveía que sólo fuera inscribible el arrendamiento por más de veintidós años, pero se consideró que era un plazo excesivo, pues muchos arrendamientos con fines comerciales se realizan por tiempo inferior y no era deseable que quedaran fuera del Registro. Por ello actualmente pueden inscribirse arrendamientos por más de siete años. Se prevé, además, que cuando se imponga la transmisión electrónica el plazo se reduzca a tres años.

(21) CLARKE, A. & KOHLER, P., cit., pág. 543.

dad. Únicamente alerta a los futuros adquirentes del derecho inscrito de cualquier limitación a que pueda estar sujeto el titular registral, como, por ejemplo, la necesidad de notificar u obtener el consentimiento de un tercero para disponer de su derecho.

A través de la anotación, derechos no inscribibles pueden acceder al Registro, con lo que su titular consigue que el derecho produzca efectos frente a terceros. Esto es particularmente interesante en el caso de terceros adquirentes. Por ejemplo, dentro de las complejas categorías de derechos reales, se encuentran los «derechos de equidad» (*equitable interests*), que son una categoría inferior a los derechos con plena eficacia, aunque pueden tener el mismo contenido. Así, una servidumbre puede ser un derecho con plena eficacia o un derecho de equidad. Los derechos de equidad no son inscribibles, pero se pueden anotar en algunos casos, y ello permite que tengan efectos frente al tercer adquirente. En otro caso, y aunque el adquirente conozca la existencia de este derecho, se extinguirá con la transmisión, porque en materia registral no rige la antigua regla de que los derechos reales plenos vinculan *erga omnes* y los derechos de equidad vinculan si se tiene conocimiento de ellos. Los primeros, para producir efectos frente a terceros, tienen que estar inscritos —en otro caso, no existirían, de acuerdo con el carácter constitutivo de la inscripción—, y los segundos han de estar anotados (22). No obstante, no todos los derechos de equidad pueden anotarse, y así, se prohíbe la anotación de la fiducia, porque el legislador ha querido que estos derechos nunca sean eficaces frente al tercer adquirente.

Además de todo esto, en el Derecho inglés hay un doble tratamiento para los derechos que no acceden al Registro, que lleva a distinguir entre los *overriding interests* y los *overreachable interests*. En principio, y como regla general, los derechos que no acceden al Registro ni a través de la inscripción, ni mediante la anotación, no vinculan a los terceros adquirentes, y en este caso nos encontramos con los *overreachable interests*. Pero, para que estos derechos se extingan, es preciso que la adquisición del tercero haya sido a título oneroso. En definitiva, la finalidad que se persigue con esta doctrina es proteger el mercado (23).

No obstante, hay determinados derechos que no son inscribibles ni están anotados pero que, pese a ello, resultan oponibles frente a los titulares registrales. Nos encontramos entonces ante *overriding interests*, por ejemplo, los arrendamientos por menos de tres años, que, como hemos visto, no pueden inscribirse ni anotarse. Se trata de derechos que, o bien se han excluido de la inscripción por su corta duración, aunque son fácilmente cognoscibles por un tercero con la mera inspección del inmueble y cuyo acceso al Registro se

(22) COOKE, E., cit., pág. 42.

(23) Para más detalles sobre esta cuestión, COOKE, E., cit., pág. 49.

niega para aligerar su contenido y facilitar su funcionamiento —arrendamiento de siete años o menos—, o derechos que no pueden acceder al Registro porque se crean sin seguir ninguna formalidad —arrendamientos por menos de tres años, que ni siquiera requieren la forma documental—, o, por último, derechos que de algún modo se han querido privilegiar —en particular, derechos a favor de entes públicos—.

En muchos casos, los *overriding interest* se vinculan a la ocupación efectiva del inmueble por parte del titular del derecho no inscrito ni anotado (24). El fin último en estos casos es proteger a quienes viven en un inmueble, aunque no les pertenezca y su derecho no ha accedido al Registro, es decir, la finalidad aquí es la protección de la vivienda (25).

Los *overriding interests* constituyen una clara excepción a las reglas que rigen la transmisión de derechos reales a través del Registro. El título, en principio, se adquiere tal y como aparece inscrito en el Registro, pero si sobre ese inmueble hay algún derecho no inscrito que sea un *overriding interest*, éste vinculará también al tercero adquirente aun cuando ignore su existencia. Esta excepción a las reglas registrales se valora negativamente desde el punto de vista de la seguridad jurídica inmobiliaria y, por este motivo, el número de derechos que gozan de este especial régimen de oponibilidad se ha reducido con el Land Registration Act 2002.

Puede ocurrir, finalmente, que en un mismo derecho puedan concurrir al mismo tiempo las condiciones para considerarse *overriding* o *overreacheable*, lo que, como hemos visto, resulta contradictorio. ¿Cuál de los dos aspectos ha de prevalecer? La ley no soluciona esta cuestión, y a juicio de COOKE (26), ha de ser el juez el que, caso por caso, lo determine.

4. EL PROCEDIMIENTO REGISTRAL

A la vista de la situación en que se encuentran Inglaterra y Gales, con una importante parte del territorio que aún no ha accedido al Registro y el objetivo de que todos los inmuebles estén registrados, el procedimiento de inmatriculación adquiere un notable protagonismo. Para los casos en que el título ya se ha inscrito, el Land Registration Act de 2002 fija las reglas para la ulterior inscripción de derechos adquiridos sobre ese mismo inmueble. A uno y otro supuesto nos referimos seguidamente. Tanto para la solicitud de la primera inscripción, como de las inscripciones posteriores y cualquier otra solicitud que se presente en el Registro, existen formularios, regulados todos ellos en las Land Registration Rules 2003.

(24) Cfr. Schedule 3 del Land Registration Act de 2002.

(25) COOKE, E., cit., pág. 44.

(26) Cit., pág. 54.

a) EL PROCEDIMIENTO DE INMATRICULACIÓN

Cuando se da uno de los supuestos legalmente previstos, en los que el acceso al Registro es necesario para la adquisición del derecho, debe solicitarse la primera inscripción en el plazo de dos meses desde la celebración del negocio jurídico. Si se trata de una compraventa, deberá seguirse el tradicional método de investigación del título, examinando los documentos que se refieren al título del transmitente y el registro de cargas inmobiliarias (27). A continuación, se celebra el negocio transmisivo y se acude al Registro de la Propiedad, donde debe repetirse el proceso anterior de investigación. De acuerdo con la sección 9 del Land Registration Act de 2002, si, a la vista del examen realizado, el registrador llega a la conclusión de que un *solicitor* competente aconsejaría al comprador que aceptara el título, practicará la inscripción con un título absoluto. En este sentido, puede ignorar las posibles objeciones que podrían formularse al comprador cuando éstas no afecten a la titularidad del derecho. Según indica THOMSON (28), se trata básicamente de objeciones de carácter técnico.

Al practicar la inscripción, el registrador no reproduce todo el contenido de los documentos presentados, sino que los examina y los resume, reflejando únicamente aquellos aspectos que sean relevantes para el título. De este modo, el Registro reduce la complejidad para que los particulares puedan conocer los títulos inmobiliarios de un modo sencillo y seguro (29).

Si el registrador deniega la práctica de la primera inscripción, no cabe recurrir directamente ante él, sino que debe acudir a la vía judicial. Si en vía judicial se declara que el título está libre de objeciones, el registrador tendrá que inscribir al adquirente con un título absoluto (30).

La inmatriculación puede afectar negativamente a derechos de terceros que existan sobre el inmueble. Por este motivo, se permite a los titulares de estos derechos sobre inmuebles no inmatriculados que presenten en el Registro una advertencia (31) frente a la inmatriculación de la finca. Cuando se solicite la primera inscripción, el registrador deberá comunicar esta circunstancia a quien formuló esta advertencia, así como su derecho a plantear objeciones. Si este tercero no ejercita su derecho en el plazo fijado por el registrador, o si antes de que transcurra el plazo, manifiesta su intención de no hacerlo, el registrador

(27) El Registro de cargas forma parte del Registro de la Propiedad, y en él se pueden inscribir las cargas que se constituyan sobre un inmueble no inmatriculado, para que se puedan beneficiar de los efectos del Registro a pesar de no haber accedido aún el derecho de propiedad al Registro. A medida que la inmatriculación de las fincas vaya extendiéndose, esta parte del Registro irá perdiendo relevancia.

(28) Cit., pág. 107.

(29) En este sentido, COOKE, E., cit., pág. 42.

(30) THOMSON, M. P., cit., pág. 107.

(31) Secciones 15 y sigs. del Land Registration Act de 2002.

resolverá sobre la solicitud de inmatriculación. Pero si el tercero presenta objeciones a la solicitud, no podrá decidir el registrador, sino el *adjudicator* (32), a menos que el registrador estime que los argumentos de este tercero carecen de fundamento. Estas advertencias permiten también proteger la posición de los titulares de cargas que no estén inscritas.

También es posible que el registrador, como consecuencia del examen del título presentado por el adquirente, no considere que pueda inscribirse con título absoluto. Entonces, la inscripción se practica en otros términos (33). Así, si el registrador aprecia la existencia de un defecto en el título en virtud del cual la titularidad del adquirente es temporal o está sujeta a reservas que deben ser tenidas en cuenta, el título se inscribe como título cualificado. Y si, a juicio del registrador, la persona está en posesión del inmueble o recibe las rentas y frutos en virtud de su derecho, pero no puede ser inscrita ni con título absoluto ni cualificado, se inscribirá con título posesorio.

b) LAS INSCRIPCIONES POSTERIORES

De acuerdo con la sección 27 del Land Registration Act de 2002, una vez inmatriculada la finca, las posteriores transacciones inmobiliarias deben completarse con la inscripción. Los negocios jurídicos sujetos a inscripción son la transmisión del inmueble, el establecimiento de ciertos arrendamientos, la constitución de servidumbres y cargas.

Una vez que se celebra el contrato para transmitir alguno de estos derechos, el adquirente solicitará una búsqueda oficial del título en el Registro. Desde que realiza esta solicitud, el adquirente tiene una reserva del rango durante un plazo que generalmente es de treinta días desde que se le comunica el resultado de la búsqueda del título en el registro. Si el adquirente es de buena fe y realiza la solicitud de inscripción dentro de este plazo en el que se protege su prioridad, no quedará vinculado por cualquier derecho que pueda inscribirse en el período intermedio entre la fecha de la búsqueda del título y la solicitud de inscripción. El registrador, a la vista de la solicitud presentada, practicará la inscripción, salvo que aprecie defectos, en cuyo caso dará un plazo para su subsanación a menos que los defectos sean sustanciales, pues en este caso denegará la inscripción (rule 16, Land Registration Rules 2003).

(32) Se trata de una oficina independiente del Registro, a cargo de la cual se encuentra un *solicitor* o un *barrister* con al menos diez años de experiencia, y que resuelve controversias planteadas en relación con la inscripción registral.

(33) Sección 9 del Land Registration Act de 2002. Además, si la primera inscripción no se solicita por el nuevo propietario, sino en virtud de un contrato de arrendamiento, existen los mismos tipos de inscripción, y, además, el buen título de arrendamiento, que es de inferior eficacia al título absoluto. Cfr. sección 10 del Land Registration Act de 2002.

Puede ocurrir que el certificado oficial de búsqueda del título sea incorrecto, de manera que no se ha comunicado al solicitante la verdadera situación con respecto al título. En este caso, el certificado erróneo cede frente a la realidad registral, y aquellos derechos que consten en el registro pero que no figuran en el certificado vincularán al adquirente (34). No obstante, éste tendrá derecho a una indemnización.

Una vez que hemos visto someramente el procedimiento a través del cual los derechos inmobiliarios se inscriben en el registro, procede abordar los efectos que se derivan de la inscripción, para lo cual partiremos de los tres principios registrales básicos del sistema registral inglés, analizando después sus manifestaciones concretas de mayor relevancia.

5. LOS PRINCIPIOS REGISTRALES: SIGNIFICADO Y EXCEPCIONES

Tradicionalmente se han venido reconociendo tres principios que inspiran los sistemas registrales del Common Law en general, y del sistema inglés y de Torrens en particular: *mirror principle*, *curtain principle*, *insurance principle* (35). A continuación, realizaremos un breve esbozo de estos principios para, seguidamente, tratar con más detenimiento ciertas cuestiones vinculadas a los mismos y, en definitiva, a los efectos de la inscripción en el Registro de la Propiedad de Inglaterra y Gales.

a) BREVE DESCRIPCIÓN DE LOS PRINCIPIOS

- a) *Mirror principle* o principio del espejo: se persigue que la inscripción del título actúe como un espejo del mismo, reflejando con precisión y de forma indiscutida todos los derechos que puedan afectar en cualquier momento a la finca.
- b) *Curtain principle* o principio del telón o cortina: los derechos sobre una finca registrada que no estén inscritos quedan fuera del título, de manera que el tercero que adquiere del propietario inscrito tiene la certeza de que se impone sobre los derechos no inscritos que haya sobre la misma finca.
- c) *Insurance principle* o principio del seguro: el Estado garantiza la exactitud del título inscrito, de modo que si alguien se ve privado de

(34) En este sentido, *Parkash v. Irani Finance Co. Ltd* [1970] Ch. 101, donde el adquirente quedó vinculado a una advertencia que no se había revelado en el certificado registral.

(35) Estos principios fueron enunciados por primera vez por T. B. F. Ruoff en *An Englishman Looks at the Torrens System*, publicado en Sydney, Melbourne y Brisbane en 1957.

su título o se ve perjudicado de otro modo por la corrección de algún error del registrador, recibirá una indemnización procedente de fondos públicos.

A simple vista, y tomando en consideración la exposición realizada hasta este momento en relación con el Registro de la Propiedad en Inglaterra y Gales, podemos constatar que no se produce un cumplimiento exacto de estos principios. Las indemnizaciones por pérdida de derechos serán tratadas en un momento posterior; por tanto, relegamos los comentarios referentes al *insurance principle* al estudio de esta cuestión. Pero respecto de los otros dos principios, pueden formularse ya algunas observaciones.

En opinión de CLARKE & KOHLER (36), los dos primeros principios se contradicen, porque un sistema registral no puede aspirar al mismo tiempo a proporcionar un exacto reflejo de los derechos reales sobre un inmueble y a constituir una cortina o telón por detrás de la cual queda oculta una importante clase de derechos por no estar inscritos.

Ciertamente, si sólo existen los derechos que están inscritos, no tiene sentido el efecto cortina, porque no cabría hablar de derechos no inscritos. Pero, en tanto el Derecho inglés y galés se encuentre en una fase de transición en la que haya fincas no inmatriculadas y derechos no inscritos que, sin embargo, gozan de cierta eficacia jurídica, el efecto telón será necesario. Si, como pretende la ley de 2002, llega un momento en el que todas las transacciones deban llevarse a cabo de forma electrónica en el Registro de la Propiedad, la posibilidad de un derecho real no inscrito podría llegar a ser impensable, aunque al menos, de momento, todo apunta a que continuará reconociéndose cierta eficacia jurídica a derechos no inscritos, respecto de los cuales el efecto cortina continúa teniendo plena vigencia.

No obstante, hoy por hoy en el Derecho de Inglaterra y Gales existen algunos derechos que se constituyen sobre los inmuebles y que suponen un obstáculo para las transacciones inmobiliarias, sólo salvable si se articulan mecanismos a través de los cuales se consiga que el derecho se extinga cuando la finca se transmite a un tercero (37). Cuando la finca está inmatriculada, el me-

(36) Cit., pág. 544.

(37) *Family interests*, frente a los *comercial interests*. Un ejemplo de los primeros son los derechos fiduciarios que varias personas pueden tener reconocidos sucesivamente sobre un mismo inmueble; son derechos que están pensados para unos inmuebles que, en principio, no están destinados a ponerse en el mercado. Si un inmueble sobre el que hay *family interests* se quiere enajenar, es necesario articular fórmulas que permitan la extinción de estos derechos para que no graven al adquirente. Así, cuando el inmueble no está inscrito, para conseguir la extinción de estos derechos con la transmisión hay que articular otros mecanismos: además del actual poseedor, al que se considera propietario, deben concurrir al menos dos fiduciarios más en la compraventa y el comprador les entrega a ellos el precio. Sobre esta clasificación, THOMSON, M. P., cit., págs. 71 y 72.

canismo que permite esta extinción del derecho es el efecto telón, que adquiere aquí pleno sentido (38).

Por otra parte, a través de la inscripción constitutiva se pretende el cumplimiento del *mirror principle*, en cuanto que si todos los derechos tienen que estar inscritos para existir, a través del Registro se puede conocer con exactitud el contenido del título sobre un determinado inmueble (39). Sin embargo, y aunque hay una tendencia a reforzar el carácter constitutivo de la inscripción, existen derechos que no son inscribibles, con lo que difícilmente se puede decir que el Registro sea un fiel reflejo del título. Pero, además, algunos de estos derechos se imponen incluso sobre los derechos inscritos; es el caso de los *overriding interests* (40). En tanto estos derechos se sigan reconociendo con el alcance que hemos visto, no será posible el cumplimiento absoluto del principio del espejo ni del principio del telón, sino sólo matizadamente.

En cualquier caso, y a pesar de las objeciones que pueden plantearse al principio del espejo desde el Derecho vigente, lo cierto es que la Land Registration Act de 2002 procura un mayor cumplimiento del mismo, y así, reduce el número de *overriding interests* y anuncia un sistema de transacciones electrónicas que, como veremos, refuerza el carácter constitutivo de las inscripciones y, con ello, el *mirror principle*.

b) LA GARANTÍA NEGATIVA DERIVADA DE LA INSCRIPCIÓN

En los sistemas registrales del Common Law se viene considerando que la seguridad jurídica inmobiliaria presenta una doble dimensión: dinámica y estática. La seguridad dinámica va dirigida a proteger al adquirente para que no quede vinculado por derechos que no están protegidos a través del Registro o por la ocupación actual del inmueble. Esto se logra a través de la garantía negativa del Registro, reconocida en la sección 29 del Land Registration Act de 2002.

De acuerdo con esta norma, la inscripción de un derecho adquirido a título oneroso tiene como consecuencia la posposición de cualquier otro derecho sobre el mismo inmueble inmediatamente anterior a este derecho inscrito, pero cuya prioridad no esté protegida al tiempo de la inscripción. Se entiende que tienen protegida su prioridad los derechos inscritos en el Registro de cargas y los derechos anotados, los *overriding interests* y los derechos que, de acuerdo con el Registro, queden exceptuados del efecto de la inscripción.

(38) THOMSON, M. P., cit., pág. 96.

(39) En cierto sentido, indica esta idea COOKE, E., cit., pág. 41.

(40) Así lo apuntan, por ejemplo, CLARKE & KOHLER, cit., pág. 544; COOKE, E., cit., pág. 43; THOMSON, M. P., cit., pág. 96.

Fuera de estos supuestos, el adquirente a título oneroso que inscriba su derecho no quedará vinculado por otros derechos que puedan existir sobre la finca.

El problema que se ha planteado en torno a esta garantía negativa del Registro es qué ocurre si el adquirente conoce la existencia del derecho no protegido por la prioridad registral (41). De acuerdo con las antiguas normas de transmisión de los derechos reales sobre inmuebles no inmatriculados, el adquirente quedaría vinculado por tener conocimiento de este derecho. Sin embargo, la lógica registral, tal y como se encuentra planteada en el Derecho inglés y galés, lleva a rechazar esta solución y, así, el derecho que no goce de prioridad registral no vinculará al adquirente a título oneroso que inscriba su derecho aun cuando sea consciente de su existencia.

No obstante, la cuestión no ha estado exenta de cierta polémica. El problema se planteó en vía judicial bajo el Land Registration Act de 1925, y aunque en un principio, en el caso *De Lusignan v. Johnson*, se entendió que el adquirente no quedaba vinculado (42), posteriormente, en el caso *Peffer v. Rigg* el tribunal resolvió en sentido contrario. Se consideró, básicamente, que los términos en que se pronunciaba la ley de 1925 habían de entenderse erróneos, y que el comportamiento del adquirente, por ser contrario a la equidad, no podía dar lugar a la extinción de aquel derecho. De este modo, el tribunal consideró que si el adquirente conocía la existencia del derecho no inscrito, no podía ser de buena fe (43).

Actualmente, la doctrina se muestra prácticamente unánime al considerar que estos razonamientos son erróneos. La vigente ley de 2002 no alude a la buena fe del adquirente (44) y la sección 29 se expresa en unos términos que resultan irrefutables, por lo que es imposible mantener la interpretación que hizo el tribunal en *Peffer v. Rigg*. En todo caso, se considera genéricamente que solo cabría exigir, tal vez, responsabilidad personal al adquirente si, como consecuencia de un comportamiento contrario a la buena fe, provocara la pérdida del derecho de un tercero. No obstante, THOMSON (45) no estima conveniente tal posibilidad, porque entonces se estaría dando un valor a los derechos no inscritos que no se corresponde con los planteamientos del sistema registral de Inglaterra y Gales. Es más, considera que, si bien resulta tentador introducir conceptos de equidad en los sistemas registrales para evitar la adquisición de derechos por parte de adquirentes que pueden parecer no merecedores de ello, hay que resistirse a tal tentación, porque de lo contrario

(41) Sobre esta cuestión, COOKE, E., cit., pág. 45; THOMSON, M. P., cit., págs. 144 y sigs.

(42) [1973] 230 E.G. 499.

(43) [1977] 1 WLR 285.

(44) Sí se refería a la buena fe la Law Commission en su tercer informe, pero no mantuvo la misma línea en el informe más reciente, de 2001, y la ley de 2002, siguiendo a este último, tampoco requirió que hubiera buena fe.

(45) Cit., págs. 148 y 149.

se introduciría un grado de inseguridad en un área del Derecho donde es deseable que haya seguridad.

c) LA INATACABILIDAD Y LA GARANTÍA POSITIVA DEL REGISTRO. VALIDEZ DEL TÍTULO INSCRITO Y FE PÚBLICA REGISTRAL

Además de la garantía negativa, a la que nos acabamos de referir, se habla en el Common Law de una garantía positiva de la inscripción, vinculada también a la seguridad dinámica, es decir, a la protección del adquirente. Concretamente, consiste en garantizar la validez del título inscrito. La inscripción registral constituye por sí misma una garantía de la validez y de la eficacia del título (46). En consecuencia, se protege al adquirente que inscribe su derecho, de modo que no puede ser privado del mismo aun cuando haya algún defecto en la transacción por la que adquirió (47). El título inscrito deviene entonces inatacable. Ésta es una consecuencia importante del sistema registral. De acuerdo con las normas registrales (48), el registrador practicará la inscripción, salvo que considere que existe algún defecto. Si el defecto es subsanable, dará lugar a la concesión de un plazo para su subsanación, y si se trata de un defecto sustancial, provocará la denegación de la inscripción. Si el registrador no aprecia ningún defecto y decide inscribir, el derecho se tendrá por válido e inatacable aun cuando haya existido algún defecto en el negocio transmisivo que lo convierta en nulo. Es el Registro, por tanto, el que atribuye las titularidades, y puede ocurrir que así suceda incluso por encima de la validez sustantiva del contrato celebrado.

No obstante, el carácter inatacable de la inscripción no es absoluto, y, además, presenta distintas matizaciones según nos encontremos ante los sistemas de Torrens o ante el Registro de Inglaterra y Gales. Veamos cuándo el Registro inglés y galés atribuye derechos a pesar de la nulidad del negocio y cuándo cede como consecuencia de esta nulidad.

Para resolver la cuestión en torno al carácter inatacable de los derechos inscritos se atiende a dos factores: 1) la buena o mala fe del adquirente inscrito —obsérvese la diferencia en cuanto a la buena o mala fe del adquirente en la garantía negativa y en la garantía positiva del Registro—, y 2) el hecho posesorio, que se toma en consideración con el fin de proteger a quienes están viviendo o desarrollando una actividad económica en el inmueble (49). El carácter inatacable de la inscripción no opera, por tanto, de

(46) COOKE, E., cit., pág. 41. Cfr. Sección 58 del Land Registration Act de 2002.

(47) COOKE, E., cit., pág. 55.

(48) Con carácter general para cualquier solicitud, la regla 16 de las Land Registration Rules de 2003.

(49) En este sentido, COOKE, cit., pág. 57.

manera automática o inmediata, sino de un modo cualificado, a partir de los dos elementos citados.

En relación con la inscripción practicada sobre la base de un negocio jurídico nulo, se advierten tres posibles situaciones que exponemos seguidamente.

En el primer caso, se inscribe el derecho de un adquirente en virtud de una transmisión falsa realizada por éste. En el segundo caso, el adquirente que inscribe su derecho ha actuado de buena fe, mientras que el transmitente no —por ejemplo, alguien actúa en lugar del titular inscrito falsificando su firma—. En el tercer caso, se produce una transmisión nula y el adquirente que inscribe su derecho lo transmite, a su vez, a un subadquirente que también inscribe su adquisición.

En todos estos casos, las transacciones en principio son nulas y, si se tratara de inmuebles no inmatriculados, seguiría siendo el titular el primer transmitente. Sin embargo, la implicación del Registro da lugar a un diferente modo de resolver las cosas. En principio, y de acuerdo con la sección 58 del Land Registration Act de 2002, que consagra el carácter inatacable del título inscrito, practicada la inscripción, habría que tenerla por válida siempre. Sin embargo, y, afortunadamente, no es ésta una afirmación genérica y absoluta, válida para la totalidad de los supuestos.

Hay una serie de criterios contenidos en el Schedule 4 de la ley de 2002 en los que es posible rectificar el Registro. Siendo el negocio jurídico nulo, la inscripción a favor del adquirente podrá rectificarse si concurren los requisitos de la citada norma, y, en otro caso, la posición del adquirente inscrito será inatacable.

De acuerdo con la ley de 2002, sólo es posible la rectificación cuando se lleve a cabo para corregir un error del Registro que además perjudica al derecho de un titular inscrito. Y no es posible la rectificación cuando un titular registral que esté en posesión del inmueble se oponga a ello, a menos que haya contribuido sustancialmente a producir el error mediante dolo o negligencia, o que por otro motivo resulte injusto no ordenar la rectificación del Registro. En definitiva, sólo se garantiza la posición del adquirente cuando se encuentra en posesión del inmueble, y, además, puede entenderse que no ha habido un error en el Registro.

De conformidad con todo lo anterior, puede determinarse la solución para los dos primeros supuestos. En el primero, el adquirente no queda protegido; aunque esté en posesión del inmueble, ha procedido con dolo y, en este caso, la inscripción se estima errónea y puede rectificarse. En el segundo caso, el adquirente estará protegido si se encuentra en posesión del inmueble.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta, en relación con el requisito de la posesión, que el adquirente de una transacción nula no quedará protegido cuando se trate del acreedor hipotecario, pues el derecho de hipoteca no lleva apa-

rejada la posesión del inmueble gravado (50). Pero como además el Schedule 4 del Land Registration Act de 2002 admite la posibilidad de rectificar la inscripción practicada si fuera injusto no hacerlo, puede que, aun estando en posesión el adquirente, se vea privado del derecho. COOKE (51) alude al caso, por ejemplo, en que el derecho se refiere a una finca muy pequeña que reporta escaso beneficio para el adquirente pero es muy importante para el anterior titular registral.

Respecto de la posición del subadquirente que inscribe su derecho, no se considera que la inscripción practicada sea errónea y, por tanto, no cabe la rectificación. La sección 58 del Land Registration Act de 2002 establece un principio esencial: si una persona está inscrita como titular, se le tendrá como tal por el solo hecho de la inscripción y, aunque no pueda atribuírsele el derecho de ningún otro modo más que por el hecho de la inscripción. Consecuentemente, y aunque la inscripción del primer adquirente pueda ser objeto de rectificación, en tanto sea el titular registral, es la persona legitimada para transmitir el derecho —la sección 23 de la ley de 2002 atribuye tal facultad al titular registral— y, por este motivo, no puede decirse que la segunda transmisión sea nula porque lo fuera la primera. Es decir, no se aplica aquí la regla de los inmuebles no inscritos *nemo dat quod non habet*, sino que la cuestión se resuelve por el juego de las reglas establecidas en las secciones 23 y 58 de la ley (52). Y entenderlo así es fundamental, según indica Fox (53), porque dando validez también en este terreno a la regla *nemo dat* se destruiría el objetivo fundamental del modelo registral, que no es otro que atribuir a la inscripción la condición de título de una persona sobre el inmueble inmatriculado, y no a la cadena de transmisiones a través de la cual ha llegado el derecho a una determinada persona.

Por otra parte, con la ley de 1925 el subadquirente sólo quedaba protegido si se encontraba en posesión del inmueble (54). Este requisito no suponía un problema para la mayor parte de los subadquirentes, pues solían tener la posesión de la finca; sin embargo, dejaba indefensos a los acreedores hipo-

(50) Así lo advierte la generalidad de la doctrina, entre otros, COOKE, E., cit., pág. 57, O'CONNOR, P., «Registration of Invalid Dispositions: Who Gets the Property», en *Modern Studies in Property Law*, Vol. III, ed. by Cooke, E., Hart Publishing, Oregon, 2005, pág. 50.

(51) Cit., pág. 57.

(52) En este sentido, Fox, D., «Forgery and Alteration of the Register under the Land Registration Act 2002», en *Modern Studies in Property Law*, Vol. III, ed. by Cooke, E., Hart Publishing, Oregon, 2005, pág. 29.

(53) Cit., pág. 33.

(54) En *Malory Enterprises Ltd v. Cheshire Homes (UK) Ltd* [2002] Ch. 216, el subadquirente no quedó protegido porque no tenía la posesión del inmueble. El propietario inicial continuaba ocupando la finca, y esto fue considerado por el tribunal como un *overriding interest*. Sobre esta cuestión, cfr. Fox, D., cit., pág. 30 y sigs. Apunta también la existencia de un *overriding interest* en estos supuestos O'CONNOR, cit., pág. 51.

tecarios. El Land Registration Act de 2002 no se refiere de un modo explícito a esta cuestión, pero parece deducirse de la regulación vigente que el título del subadquirente queda protegido porque no hay ningún error en la transacción en la que él ha participado, puesto que ha adquirido de quien, según indica el registro, es el titular del derecho y, por tanto, de quien está legitimado para transmitir, de acuerdo con la sección 23 [1] y la sección 24 del Land Registration Act 2002. Aquí ya no se cualifica el carácter inatacable de la inscripción (55).

Con carácter general, respecto de todos los casos mencionados hasta ahora, cuando el sistema registral reconoce el derecho al titular inicial y se procede a la rectificación del Registro, nos encontramos ante una manifestación de la seguridad estática, por contraposición a la anteriormente mencionada seguridad dinámica, dirigida a la protección del adquirente. La seguridad estática, por el contrario, implica que en estas disputas entre propietarios anteriores y posteriores adquirentes, el sistema protege a los primeros (56). El sistema inglés, según indica O'CONNOR, combina ambos tipos de seguridad, pero concede un papel más preponderante a la seguridad dinámica (57), y el propietario que queda entonces privado de su derecho recibe una indemnización. Veamos a continuación el régimen jurídico de estas indemnizaciones.

d) LA INDEMNIZACIÓN POR PÉRDIDA DE DERECHOS

El mecanismo registral va dirigido a dar seguridad en las transacciones inmobiliarias mediante la protección de los titulares inscritos. En la generalidad de los casos, la adquisición del derecho del titular registral y la posterior inscripción por parte del adquirente se desarrolla en términos de normalidad, pero, en ocasiones, como hemos visto, el negocio jurídico que ha servido de base a la transmisión del derecho es nulo. El sistema registral establece una serie de reglas para determinar, en estos casos, a quién de los dos —transmisor o adquirente— se le ha de atribuir el derecho, y, en ocasiones, la salvaguarda de la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario aconseja reconocer como titular a quien aparece inscrito como consecuencia de una transmisión nula. El verdadero titular, entonces, se ve privado de su derecho, y para paliar las negativas consecuencias que ello le ocasiona, el propio sistema registral reconoce el derecho a una indemnización. No obstante, la indemnización no procede en todos los casos de pérdida de derechos (58), de ahí que, como ya se

(55) COOKE, E., cit., pág. 57.

(56) Sobre esta cuestión, cfr. O'CONNOR, P., cit., pág. 47 y sigs.

(57) Cit., pág. 50.

(58) Por este motivo, indican CLARKE & KOHLER, cit., pág. 544, que existen notables diferencias entre el enunciado inicial del principio del seguro y el modo en que se articula hoy en día la indemnización.

anunció al mencionar el principio del seguro, se viene entendiendo que en el Derecho de Inglaterra y Gales no hay un cumplimiento total de este principio.

Con los ingresos que se obtienen de las inscripciones registrales se crea un fondo público dirigido a indemnizar a quien pierde su derecho en dos casos (59): 1) si la pérdida se ha debido a una rectificación del Registrador o a un error cuya rectificación provoque la pérdida del derecho, y 2) por error en el proceso de inscripción.

Antes de desarrollar los supuestos que, conforme a estos criterios, dan derecho a la indemnización, y aquellos otros en los que tal resarcimiento no es posible, conviene puntualizar el alcance del concepto «rectificación». No toda alteración registral es una rectificación: alteración será cualquier cambio en el Registro, mientras que la rectificación alude a aquellos cambios realizados en base a un error que perjudica al derecho de un titular inscrito (60). Así, la actualización del Registro es una alteración, pero no una rectificación, y, por tanto, no da derecho a la indemnización.

Hay actualización, y, en consecuencia, no hay indemnización, cuando acceden al Registro derechos que han nacido después de la inscripción, o en el caso de derechos anteriores no inscritos que se imponen sobre lo que está inscrito (*overriding interest*). En este caso, se considera que, en realidad, con la rectificación, el titular registral no está sufriendo ninguna pérdida, porque su título ya estaba limitado por aquel derecho no inscrito. Aunque la Law Commission encargada de informar sobre la última modificación registral de 2002 sugirió modificar este extremo, no se ha adoptado ninguna medida al respecto.

Cuando la transmisión inscrita es anulable y, posteriormente, el legitimado para anularla ejercita la acción, dejándola sin efecto, la alteración que se lleve a cabo seguidamente en el Registro se considera también una actualización y no una rectificación (61). Por tanto, quien estaba inscrito como titular y pierde ahora su inscripción no tendrá derecho a una indemnización. Pero si después de la transmisión anulable e inscrita se realiza otra que se inscribe también en el Registro antes de que la persona legitimada impugne la primera transmisión anulable, esta segunda inscripción será inatacable, ya no podrá modificarse el Registro —ni como actualización ni como rectificación— porque no ha habido error registral, y además, en este caso el inicial titular registral no tendrá derecho a la indemnización a pesar de que se produce la pérdida de su derecho inscrito (62).

(59) Cfr. Schedule 8 Land Registration Act 2002.

(60) THOMSON, M. P., cit., pág. 150 y sigs.

(61) COOKE, E., cit., pág. 59.

(62) Así ocurrió en el caso *Norwich and Peterborough Building Society v. Steed* [1993] Ch 116, CA, donde una pareja consigue ser inscrita como titulares registrales de la finca de manera fraudulenta, y posteriormente constituyen una hipoteca que se inscribe.

El concepto de actualización también tiene su importancia con relación a las transmisiones fraudulentas. Si una persona, mediante una actuación fraudulenta, logra inscribirse como adquirente del titular inscrito, pero posteriormente el titular registral inicial consigue restablecer su inscripción, este cambio registral no se considera corrección de un error, sino actualización del Registro, y no da derecho a una indemnización a quien adquirió fraudulentamente y deja de ser ahora el titular registral. En este sentido, *Malory Enterprises Ltd v. Cheshire Homes (UK) Ltd* (63).

Otras veces, sin embargo, cuando el fraude de un tercero permite que éste sea inscrito como titular y, posteriormente, transmite el derecho a un subadquirente que queda, como sabemos, en una posición inatacable, el titular registral inicial que pierde su derecho sí que tiene derecho a una indemnización. Pero, según indica Fox (64), esta indemnización no se reconoce por el hecho de haber sido víctima de un fraude, sino porque, ante el conflicto de intereses, el sistema registral decide en estos casos reconocer el derecho al subadquirente en perjuicio de aquél. Aquí no habría actualización ni rectificación, sino error en la inscripción realizada a favor del primer adquirente. Este error ya no se podría rectificar materialmente, como consecuencia de la segunda adquisición inscrita, pero el titular inicial sí que conserva, al menos, el derecho a reclamar una indemnización.

Es, por ejemplo, un supuesto de rectificación de un error registral que da derecho a recibir una indemnización del Registro el caso en que el titular de una carga inscrita en el Registro de cargas pierda su derecho porque, al realizarse posteriormente la inscripción del título sobre ese inmueble, el registrador no incluye la carga (65).

Otro caso en el que se ha reconocido el derecho a la indemnización es *Re 139 High Street, Deptford* (66). En este caso, una persona obtuvo erróneamente la inmatriculación de su derecho como titular no sólo de la finca que adquiriría, sino también de un anexo que, en realidad, no pertenecía a su transmitente, aunque se incluyó en la venta. El propietario de tal anexo, que no estaba inscrito como tal, reclamó una rectificación registral que, una vez practicada, motivó la indemnización a favor de quien había sido inscrito como titular. Llama la atención este supuesto porque aquí el hecho de la inscripción se perfila como

El verdadero titular registral podía dirigirse contra la pareja, pero no contra el acreedor hipotecario. La transmisión fraudulenta no era nula de pleno derecho, sino anulable en el momento en que se constituyó la hipoteca y por este motivo se consideró que la inscripción de la hipoteca era válida y no un error. No era un supuesto de rectificación contra el titular del derecho de hipoteca (acreedor hipotecario) ni de un error que hubiera de corregirse, por lo que no hubo derecho a la indemnización.

(63) [2003] 3 WLR 1.

(64) Fox, D., cit., pág. 30.

(65) *Horrill v. Cooper* [1988] 78 P. & C.R. 293.

(66) [1951] Ch. 884.

un dato determinante para reconocer la indemnización. Si, en un caso idéntico, no se hubiera practicado la inscripción, el adquirente habría pagado un precio por el anexo sin recibir a cambio el título sobre el mismo. Con la inscripción, sin embargo, se considera que adquiere el título sobre el anexo, y después, con la rectificación registral, queda privado del mismo, por lo que se le indemniza por la pérdida que experimenta (67).

En sentido parecido, se ha reconocido derecho a la indemnización cuando el adquirente inscribe su derecho con un título absoluto, pese a que, en realidad, no lo había adquirido del verdadero titular, y posteriormente se lleva a cabo la rectificación registral. Esta modificación en el registro supone la pérdida del derecho para quien estaba inscrito como titular y se le indemniza por ello (68).

También tiene derecho a la indemnización el propietario inicialmente inscrito que pierde su derecho pese a que la transmisión fuera nula, porque el adquirente de buena fe ha inscrito su derecho y, de acuerdo con las circunstancias del caso, no puede acordarse una rectificación del Registro en perjuicio del actual titular registral —que es de buena fe y está en posesión del inmueble—. Asimismo, se reconoce el derecho a la indemnización al acreedor hipotecario inscrito en virtud de un negocio nulo, cuando pierde su derecho como consecuencia de la ulterior rectificación del registrador —recordemos que la falta de posesión en estos casos deja indefenso al titular del derecho de hipoteca— (69).

No obstante, nunca hay derecho a la indemnización cuando se produce la rectificación del registro que provoca la pérdida de un derecho inscrito, pero el titular registral ha actuado de forma fraudulenta, con falta de la diligencia debida. Si la pérdida del derecho se ha debido en parte, pero no exclusivamente, a la falta de diligencia, se reconoce el derecho a la indemnización, pero en una cuantía reducida (70).

Y hay casos, además, en que se produce un conflicto de intereses entre dos personas que han actuado de buena fe y se consideran ambas titulares del derecho. El sistema registral tiene sus propias reglas para determinar a quién se debe atribuir el derecho, y aquél que se vea privado del mismo tampoco tendrá derecho a una indemnización.

Por lo que se refiere al importe de la indemnización, de acuerdo con Schedule 8 del Land Registration Act de 2002, se atiende al valor que tuviera el derecho que se ha perdido justo antes de que se ordenara la rectificación registral. Tales indemnizaciones se satisfacen con los ingresos que obtiene el Registro por las solicitudes presentadas. Es importante, en este sentido, en-

(67) THOMSON, M. P., cit., pág. 156.

(68) Es el caso de *Re 139 High Street, Deptford* [1951] Ch. 884.

(69) En este sentido, COOKE, E., cit., pág. 57.

(70) THOMSON, M. P., cit., págs. 156 y 157.

contrar un adecuado equilibrio entre ingresos y gastos, es decir, que las indemnizaciones no sean muy numerosas en proporción al número de solicitudes que se presenten. El Registro publica un informe anual sobre ingresos y gastos en el que se pueden consultar estos datos (71).

e) EL PROBLEMA DE LA POSESIÓN ADVERSA

La posesión adversa (*adverse possession*), que es la expresión que utiliza el Derecho inglés para referirse a la usucapión, estaba reconocida no sólo para inmuebles no inmatriculados, sino que en el Land Registration Act de 1925 se admitía también frente al titular de un derecho inscrito. Pero la materia ha quedado modificada por la ley de 2002 en términos un tanto significativos, que justifican la formulación de ciertos comentarios.

El reconocimiento de la posesión adversa en el Derecho inglés ha venido ligado, tradicionalmente, a la idea de relatividad del título (72). Desde la Edad Media se consideraba que el título era relativo, porque nunca era posible una prueba absoluta del título; en una controversia entre dos personas en materia de derechos reales, podía acreditarse que uno de ellos tuviera mejor título que otro, pero no que su título fuera el mejor, frente a cualquiera. Una de las partes en conflicto podía acreditar la cadena de transmisiones durante, por ejemplo, cien años, pero su derecho cedería ante otra persona que acreditase una cadena de transmisiones durante ciento cincuenta años. Así, en la vía judicial sólo se realizaba una declaración sobre la titularidad en base a la información suministrada por las partes, y no con la totalidad de la información que pudiera existir con relación al bien objeto del litigio. Un modo de dotar de cierta seguridad a los títulos frente a esta idea de relatividad fue el reconocimiento del principio de limitación de acciones, equivalente a nuestra prescripción. La falta de posesión de los derechos durante un determinado período de tiempo daba lugar a su extinción, y, de este modo, quien quisiera probar su derecho bastaba con que acreditara la posesión durante un tiempo equivalente al necesario para que un eventual titular perdiera su derecho por falta de posesión. Tal plazo se ha venido entendiendo que era de doce años.

Bajo la regulación de 1925, y a pesar de que la inscripción registral se consideraba constitutiva, no se estimaba conveniente una identificación absoluta entre titularidad e inscripción que elevase a esta última a la categoría de inatacable, porque podía haber errores y debía permitirse entonces rectificar, cuando la realidad se impusiera sobre el contenido del Registro. Por este motivo, se

(71) *Annual Report and Accounts 2007/8* <http://www.landreg.gov.uk/assets/library/documents/ar0708.pdf> es el más reciente de los informes publicados hasta la fecha.

(72) Esta cuestión es abordada detenidamente por CLARKE & KOHLER, cit., pág. 387 y sigs.; COOKE, E., cit., pág. 203 y sigs.

continuó reconociendo un papel importante a la posesión para determinar cuál es el título que debe protegerse, y para ello se tomó en consideración la procedencia del título del actual poseedor y las normas sobre prescripción extintiva. De este modo, para inmuebles no inscritos, el plazo de prescripción permitía limitar la prueba del título en la cadena de transmisiones. Y en el caso de inmueble inmatriculado se admitía la usucapión *contra tabulas* si se acreditaba la posesión durante el tiempo señalado siendo otro el titular registral: se consideraba que éste ha perdido su derecho por prescripción extintiva, al no haber reclamado contra el actual poseedor durante el tiempo fijado por la ley. Lo cierto es que la posesión adversa era un fenómeno relativamente frecuente, pues se solían presentar anualmente alrededor de 20.000 solicitudes de inscripción basadas en la posesión adversa, de las que se estimaban en torno a 15.000 (73).

No obstante, la situación cambia con el Land Registration Act de 2002. Así, desaparece la posesión adversa frente a las inscripciones practicadas al amparo de esta ley, de manera que quien inscriba su derecho nunca podrá verse privado del mismo por la posesión de un tercero (sección 96, Land Registration Act de 2002) (74). Una privación de derechos de este tipo se considera un ataque a los derechos humanos, porque el titular se ve privado de su derecho sin su consentimiento y sin recibir compensación (75). La posesión adversa sólo tiene relevancia ya para inmuebles no inscritos y respecto de las inscripciones practicadas bajo la ley de 1925, siempre que la adquisición del derecho por posesión se haya producido antes de la entrada en vigor de la ley de 2002 (13 de octubre de 2003).

La supresión de la posesión adversa en el ámbito registral entronca con la idea, ya mencionada, que impulsó la reforma de 2002 y que persigue convertir el Registro en el referente esencial para las transacciones inmobiliarias, dando conocimiento de la titularidad de los derechos reales de manera inequívoca y segura. Según este planteamiento, el reconocimiento del hecho posesorio al margen del Registro debilitaría la posición de éste en el tráfico jurídico. Sin embargo, una medida tan radical como la negación total de efectos jurídicos para el hecho posesorio prolongado en el tiempo despierta ciertos celos por parte de la doctrina inglesa. Un Registro que permanezca

(73) HARPUM, C. y BIGNELL, J., *Registered Land. Law and Practice under the Land Registration Act 2002*, Ed. Jordans, Bristol, 2004, pág. 353.

(74) Pero, aunque no se admite la posesión adversa, la ley de 2002 articula un procedimiento que permite la inscripción cuando se haya venido poseyendo durante diez años, siempre que, además, se cumplan determinados requisitos adicionales, que son necesarios para que el poseedor llegue a ser inscrito como titular del derecho. Tales requisitos se contienen en el Schedule 6 del Land Registration Act de 2002, donde se alude a varios supuestos en los que el poseedor del inmueble es inscrito como propietario porque existe algún motivo más allá de la posesión que le legitima como tal.

(75) Cfr. COOKE, E., cit., pág. 212, que cita además dos casos concretos: *Pye v. Graham* [2002] UKHL 30, y *Beaulane Property Ltd v. Palmer* [2005] EWHC 1071 (Ch).

completamente al margen de los hechos que suceden fuera de él corre el peligro de quedar totalmente desvinculado de la realidad, deviniendo desfasado e inútil. Este riesgo de disociación entre propiedad y posesión podría alcanzar, como indica COOKE, niveles insostenibles (76). El reconocimiento de la posesión adversa, en definitiva, no deja de cumplir, en palabras de esta autora, una cierta utilidad social.

6. EL REGISTRO ELECTRÓNICO

Al igual que en otros muchos países, en Inglaterra y Gales el Registro de la Propiedad trata de evolucionar hacia la forma electrónica, aunque en la actualidad la mayor parte del proceso de inscripción de las transmisiones inmobiliarias se lleva a cabo en papel. Sólo los aspectos relativos a los servicios de información se desarrollan por vía electrónica (77). No obstante, el Land Registration Act de 2002 prevé que todo el sistema registral y el propio sistema de transmisión inmobiliaria se desarrollen, en un futuro, de forma electrónica, abandonando por completo el uso del papel. Se pretende establecer un sistema interactivo de transmisiones inmobiliarias en el que todas las personas implicadas en el proceso de transmisión, incluidos los profesionales y el propio Registro, estén contactados por la red, y que, de este modo, las transacciones y su reflejo registral se lleven a cabo de forma simultánea y sin necesidad de que intervenga el personal del Registro.

En este sentido, una de las preocupaciones actuales consiste en procurar que las inscripciones se lleven a cabo de manera inmediata desde el momento en que se celebra el contrato, porque en el ínterin que habitualmente media entre el contrato y la inscripción, pueden darse situaciones perjudiciales para el adquirente, ante la desprotección que experimenta su derecho en tanto no está inscrito. Bien es verdad que desde que se solicita información de un título en el Registro, hay una reserva de rango durante un mes, en el que se ha de solicitar la inscripción del derecho, pero en algunos casos esto no es bastante. Durante el proceso de inscripción pueden surgir problemas, retrasándose la culminación de este proceso durante varias semanas o incluso meses. En este plazo, puede aparecer un nuevo adquirente, surgiendo nuevos conflictos y alargando y complicando la situación (78). Recordemos, además, que en el sistema vigente, desde que se celebra el contrato hay un plazo de dos meses para solicitar la inscripción, y durante este período de tiempo también pueden producirse situaciones que perjudiquen al adquirente. Para

(76) Cit., págs. 219 y 220.

(77) RUOFF & ROPER, cit., 19/3.

(78) RUOFF & ROPER, cit., 19/5.

evitar todo esto, se persigue la simultaneidad en cuanto al momento en que se celebra el contrato y la práctica de la inscripción.

Para lograr esta simultaneidad, la idea que se defiende es que sean los propios *solicitors* y otros profesionales encargados de las transmisiones inmobiliarias (*conveyancers*) los que directamente operen la modificación en el Registro. Esto no significa que el control del Registro quede en manos de estos profesionales, pues siempre que vayan a proceder a esta modificación registral habrá existido un examen previo por parte del registrador, aunque ya no será éste quien propiamente efectúe el cambio en el Registro (79). La simultaneidad no significa inscripción automática de todo contrato que se pueda celebrar. Más bien, los autores apuntan a un retraso en la perfección del contrato respecto del modo actual en que se desarrolla el tráfico jurídico inmobiliario. Se trataría de celebrar un precontrato y presentarlo electrónicamente ante el Registro para que el registrador valore si sería posible la inscripción del derecho, identificando si la documentación es incorrecta o incompleta y depurando posibles errores. Una vez obtenido el visto bueno del registrador, el contrato se perfeccionaría de forma electrónica y, simultáneamente, los profesionales que asisten a las partes del contrato comunicarían al Registro por vía electrónica la transmisión, operándose inmediatamente la modificación registral y el pago de impuestos. En definitiva, se trataría de que todos los posibles problemas que se pueden plantear en el procedimiento de inscripción se resuelvan con carácter previo a la celebración del contrato, practicándose la inscripción de manera inmediata, frente a la situación actual, en la que los obstáculos registrales provocan en ocasiones que entre el contrato y la inscripción transcurran incluso meses.

La idea de inscripción simultánea se muestra acorde con los planteamientos de inscripción constitutiva que el Land Registration Act de 2002 trata de reforzar (80). El derecho sólo se adquiere con la inscripción, y por ello se pretende que el contrato y el registro coincidan en el tiempo. Al mismo tiempo, el registro electrónico permitiría que el sistema estuviera abierto al público en todo momento, cualquier día y a cualquier hora.

Resulta un tanto cuestionable, no obstante, el hecho de que los cambios en el Registro no se lleven a cabo directamente por el registrador, sino por los profesionales que intervienen en la contratación inmobiliaria. Aun cuando la modificación siempre quede supeditada al examen del registrador realizado con anterioridad, un sistema de las características descritas exige un complejo mecanismo electrónico que detecte que las inscripciones que se practican son correctas. Y, en cualquier caso, existiendo unos profesionales especializados en la llevanza del Registro, no se entiende por qué se quiere transferir

(79) HARPUM, C. y BIGNELL, J., cit., pág. 327.

(80) HARPUM, C. y BIGNELL, J., cit., pág. 328.

la práctica de la inscripción a los profesionales que operan fuera del Registro. La deseada simultaneidad no parece ser, en cualquier caso, motivo bastante para justificar esta medida, pues los sistemas electrónicos permiten conocer el instante en que se celebra el contrato y se comunica al registro, siendo posible que la inscripción practicada posteriormente por el registrador tenga eficacia desde el momento de aquella comunicación si ésta va acompañada de una reserva de rango.

Otro de los problemas que se plantea en el tráfico jurídico inmobiliario se vincula a las situaciones fraudulentas, particularmente los casos en que una persona actúa suplantando al verdadero titular registral y transmite su derecho. El sistema de firmas electrónicas certificadas permitiría atajar este tipo de problemas (81).

Se persigue, en definitiva, que a través del Registro electrónico el sistema registral mejore en términos de seguridad y rapidez en las transacciones, con una vocación universal por cuanto, además, se espera que en un futuro todas las transacciones inmobiliarias se lleven a cabo utilizando estos mecanismos, y, así, que no exista ninguna finca y ningún derecho sobre bienes inmuebles fuera del Registro.

7. VALORACIÓN FINAL

El Derecho Inmobiliario de Inglaterra y Gales parte de un sistema de inscripción constitutiva y apuesta por un modelo de registro en el que todos los títulos estén inscritos y las transacciones inmobiliarias se canalicen necesariamente y de manera exclusiva a través del propio registro, simultaneando la contratación y la inscripción, es decir, haciendo del acuerdo y el registro del derecho un acto único. De este modo, se lograría establecer un modelo de transacciones inmobiliarias rápido, barato y seguro. Todos los derechos reales inmobiliarios se encontrarían siempre inscritos en el Registro, que se convertiría así en el centro alrededor del cual giraría todo el tráfico jurídico inmobiliario. Sin embargo, estas ideas que inspiran el modelo registral aún no se pueden predicar de un modo generalizado para todo el Derecho inmobiliario de Inglaterra y Gales.

Para la total implantación del modelo registral así concebido, se están llevando a cabo algunas reformas, como la supresión de la posesión adversa, que persigue negar toda relevancia al hecho posesorio frente a las titularidades inscritas, y la propuesta de un registro electrónico. No obstante, respecto de este último, las propuestas que se están perfilando ofrecen ciertas dudas en cuanto a su idoneidad, por cuanto la práctica de las inscripciones parece

(81) RUOFF & ROPER, cit., 19/10; HARPUM, C. y BIGNELL, J., cit., págs. 331 y 332.

quedar fuera del control del registrador y se asume por los agentes que operan en la contratación inmobiliaria.

Por otra parte, el establecimiento de un registro que monopolice el tráfico jurídico inmobiliario encuentra otros obstáculos de carácter práctico y de derecho sustantivo. Entre las dificultades de orden práctico destaca fundamentalmente el hecho de que una parte importante de los inmuebles aún no han sido inmatriculados, y como no se estima viable la imposición generalizada del registro de todas las fincas, parece que el proceso de inmatriculación puede prolongarse aún en el tiempo. Y, en cuanto a los obstáculos de carácter sustantivo, destaca principalmente el hecho de que no todos los derechos que pueden existir sobre los inmuebles se inscriben, y, en ocasiones, se admite que el derecho no inscrito tenga efectos de oponibilidad frente al adquirente posterior. En tanto el derecho sustantivo continúe reconociendo ciertas categorías de derechos reales no inscribibles pero dotados de cierta eficacia jurídica, y, en especial, los *overriding interests*, el modelo registral ideado no podrá hacerse realidad en toda su dimensión.

BIBLIOGRAFÍA

- CLARKE, A. & KOHLER, P., *Property Law. Commentary and Materials*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.
- COOKE, E., *Land Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006.
- FOX, D., «Forgery and Alteration of the Register under the Land Registration Act 2002», en *Modern Studies in Property Law*, Vol. III, ed. by Cooke, E., Hart Publishing, Oregon, 2005, pág. 25 y sigs.
- HARPUM, C. y BIGNELL, J., *Registered Land. Law and Practice under the Land Registration Act 2002*, Ed. Jordans, Bristol, 2004.
- HOWELL, J., «Pinkerry v. Needs: A Conflict Between Law and Practice», en *Modern Law Review*, 1994, pág. 121 y sigs.
- MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., *De la publicidad contractual a la titularidad registral*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- O'CONNOR, P., «Registration of Invalid Dispositions: Who Gets the Property», en *Modern Studies in Property Law*, Vol. III, ed. by Cooke, E., Hart Publishing, Oregon, 2005, pág. 45 y sigs.
- SOLCHAGA LÓPEZ DE SILANES, A. M., «El Registro de la Propiedad en Inglaterra y Gales», en *Libro-Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, vol. II, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2006.
- THOMSON, M. P., *Modern Land Law*, 3.^a ed., Oxford University Press, Oxford, 2006.
- ROUFF & ROPER, *Rouff & Roper on the Law and Practice of Registered Conveyancing*, Sweet & Maxwell, London, 2003.

RESUMEN

REGISTRO DE LA PROPIEDAD
INGLATERRA Y GALES

El Derecho registral de Inglaterra y Gales se encuentra actualmente sumido en un proceso de cambio, desde la aprobación de la Land Registration Act de 2002. El objetivo de esta reforma ha sido reforzar el papel del Registro en las transacciones inmobiliarias hasta llegar a conseguir, en un futuro, que todas ellas se lleven a cabo a través del Registro, en detrimento del sistema extrarregistral que aún pervive para parte del territorio. El objeto de este estudio se centra fundamentalmente en el análisis de la nueva norma, la Land Registration Act de 2002, con el fin de determinar el rumbo que está tomando el Derecho registral inglés en la actualidad.

ABSTRACT

LAND REGISTRY
ENGLAND AND WALES

The registration law of England and Wales is engulfed in a process of change and has been ever since the approval of the Land Registration Act of 2002. The object of the reform is to strengthen the role of the Land Registry in real estate transactions, with the ultimate goal of having all such transactions carried out through the Registry in future, to the detriment of the system of unregistered transactions that still persists for part of the territory. The object of this paper is fundamentally to analyse the new law, the Land Registration Act of 2002, to determine the heading that English registration law is currently following.

*(Trabajo recibido el 11-10-2010 y aceptado
para su publicación el 8-2-2011)*

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

RESUMEN DE RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Coordinado por Juan José JURADO JURADO

Registro de la Propiedad

por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución de 28-10-2010

(BOE 10-1-2011)

Registro de San Sebastián, número 5

ANOTACIONES PREVENTIVAS DE EMBARGO: CADUCIDAD.

Es doctrina reiterada de esta Dirección General de los Registros y del Notariado (véase Resoluciones citadas en el «Vistos») que la caducidad de las anotaciones ordenadas judicialmente opera *ipso iure*, una vez agotado su plazo de vigencia (art. 86 de la Ley Hipotecaria), careciendo desde entonces de todo efecto jurídico, de modo que los asientos posteriores mejoran su rango en cuanto dejan de estar sujetos a la restricción o limitación que para ellos implicaba aquella anotación, y no pueden ya ser cancelados en virtud del mandamiento al que se refiere el artículo 175 del Reglamento Hipotecario, que sólo puede provocar la cancelación respecto de los asientos no preferentes al que se practicó en el propio procedimiento del que dimana.

Resolución de 8-11-2010

(BOE 1-1-2011)

Registro de Navacarnero, número 1

RECURSO CONTRA LA CALIFICACIÓN. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE SENTENCIA.

El recurso gubernativo debe limitarse a tener en cuenta los documentos aportados a la hora de realizar la calificación impugnada, y el hecho de que el Registrador rectifique su calificación a la vista de esos nuevos documentos no implica que el recurso no deba seguir tramitándose. Resulta admisible la posibilidad de anotar ejecutorias que contengan, como en este caso, condenas

no dinerarias cuando ordenan al titular registral cumplir una obligación de hacer o de no hacer que conlleve, una vez cumplida, una mutación jurídico-real susceptible de ser inscrita.

Resolución de 12-11-2010
(BOE 1-1-2011)
Registro de León, número 2

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO. PRINCIPIO DE PRIORIDAD REGISTRAL. CAPITULACIONES MATRIMONIALES: INDICACIÓN EN EL REGISTRO CIVIL.

Frente a la rotundidad del párrafo segundo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que prevé la denegación de la inscripción solicitada en caso de que el derecho resulte inscrito «a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o el gravamen», el artículo 105 del Reglamento Hipotecario modaliza la regla anterior al prescribir que: «No obstante lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 20 de la Ley, los Registradores podrán suspender la inscripción de los documentos en los que se declare, transfiera, grave, modifique o extinga el dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles en el caso de que la persona que otorgue el acto o contrato alegase en el documento presentado ser causahabiente del titular inscrito o resultare tal circunstancia del Registro y del referido documento, y a solicitud del presentante extenderá anotación preventiva por defecto subsanable» el documento presentado en el Diario en primer lugar, gana prioridad no sólo para sí, sino también para los documentos presentados con posterioridad cuando estos sean necesarios para su despacho a fin de subsanar el concreto defecto de falta de tracto sucesivo que impedía su inscripción, siempre que el disponente del primer documento presentado sea causahabiente del titular registral, y ello aunque tal atribución de prioridad suponga dotar al documento subsanatorio (reconstructor del tracto) de preferencia sobre el intermedio contradictorio que se presentó antes, pero después del subsanado. El Registrador habrá de dar efectividad, frente a cualquiera de los cónyuges, al embargo obtenido por un tercero en ejercicio de una de las facultades que le confiere el régimen de gananciales, en concreto el artículo 1.373 del Código Civil, en tanto no le conste que en el momento de practicarse el embargo y notificarse al cónyuge del deudor se había producido con eficacia contra terceros de buena fe el cambio del régimen de gananciales, circunstancia que sólo se producirá desde la indicación de las capitulaciones matrimoniales en el Registro Civil.

Resolución de 3-12-2010
(BOE 3-1-2011)
Registro de Valladolid, número 6

INCOMPATIBILIDAD DEL REGISTRADOR. PUBLICIDAD REGISTRAL: REQUISITOS.

La incompatibilidad de actuación del Registrador sólo le obliga a la abstención en los casos señalados en el artículo 102 del Reglamento Hipotecario. El Centro Directivo recuerda los requisitos a tener en cuenta al expedir una certi-

ficación literal, sobre la base de las siguientes premisas: *a)* que entre las finalidades institucionales del Registro de la Propiedad no figura la investigación privada de datos no patrimoniales contenidos en los asientos del Registro; *b)* que la publicidad del Registro no puede extenderse a los datos sin relevancia patrimonial ajenos a la finalidad institucional del Registro ni a los datos carentes de relevancia jurídica obrantes en los historiales registrales, los cuales sólo pueden ser cedidos con el consentimiento de su titular; *c)* que la solicitud a que se refiere este recurso no tiene por objeto fincas determinadas, sino todas las que hayan figurado a nombre de determinada persona; y *d)* que la finalidad invocada en la solicitud como justificativa del interés legítimo de la peticionaria —referida a una liquidación de su sociedad de gananciales— no guarda relación con los bienes a que se refiere la petición, pues en los respectivos historiales registrales no figura ni la solicitante ni su excónyuge; hay que concluir que no existe en el presente caso el interés legítimo exigido por la Ley para obtener la información registral con el contenido, extensión y forma solicitadas.

Resoluciones de 4 y 7-12-2010
(BOE 10-1-2011)
Registro de Tárrega

PACTO DE RESERVA DE DOMINIO: EFICACIA RESOLUTORIA.

Sin entrar en un análisis profundo de la figura de la reserva de dominio, se considera que origina una situación que equivale sustancialmente, en los efectos prácticos, a las que crea la denominada condición resolutoria explícita, en tanto en cuanto la falta de pago del precio comporta la resolución del contrato —título que sirve de base a dicha titularidad jurídico-real— y la extinción de esa titularidad del comprador. Por tanto es exigible el depósito o consignación de las cantidades que el vendedor ha de restituir al comprador, y, caso de existir cargas posteriores que deban ser canceladas, sus titulares registrales han de ser oportunamente notificados a los efectos de poder defender su posición en el proceso.

Resolución de 9-12-2010
(BOE 26-1-2011)
Registro de Madrid, número 27

ANOTACIONES DE EMBARGO: NATURALEZA Y REQUISITOS.

La anotación de embargo no es constitutiva ni supone la afección de un bien al pago de un determinado crédito, sino que publica frente a terceros la afección de la finca al resultado del procedimiento de ejecución. La exigencia de la determinación de cuotas que impone el artículo 54 del RH no es aplicable a las anotaciones de embargo, y menos tratándose de varios acreedores solidarios.

Resolución de 9-12-2010
(BOE 26-1-2011)
Registro de Madrid, número 31

PARTICIÓN DE HERENCIA: PARTICIÓN JUDICIAL.

La protocolización notarial de la partición judicial, siempre y cuando haya concluido sin oposición, viene impuesta como regla general por el artículo 787.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, siendo reiterada su exigencia en la reciente Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial, que da nueva redacción al apartado 2 del artículo 787. Este criterio, además, es compartido unánimemente por la doctrina, para quienes la referencia a la sentencia firme contenida en el artículo 14 de la Ley Hipotecaria se limita a las particiones judiciales concluidas con oposición. En efecto, el artículo 787.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil determina que la aprobación de las operaciones divisorias se realiza mediante Auto y con la entrada en vigor de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, mediante decreto del secretario judicial, pero en cualquier caso ordenando protocolizarlas.

Resolución de 9-12-2010

(BOE 26-1-2011)

Registro de Navacarnero, número 2

REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO INTERRUMPIDO: JUICIO DECLARATIVO.

Es posible conseguir la reanudación del tracto sucesivo interrumpido a través de un juicio declarativo, pero para ello es preciso, que de un lado sean demandados no sólo los titulares registrales, sino quienes de ellos adquirieron y todos los titulares intermedios hasta enlazar con la titularidad del demandante y de otro, que se pida la declaración de la realidad, validez y eficacia de todos esos títulos traslativos intermedios. Caso de que se lleve a efecto una segregación, es necesario aportar licencia o declaración de innecesariedad.

Resolución de 10-12-2010

(BOE 3-1-2011)

Registro de Huelva, número 2

PERMUTA DE SOLAR POR OBRA FUTURA: CONDICIÓN RESOLUTORIA.

Recuerda el Centro Directivo los requisitos exigibles para la reinscripción de las respectivas titularidades en caso de ejercicio de una condición resolutoria del artículo 1504 del Código Civil, perfectamente aplicable al caso de permuta de solar a cambio de obra: 1. Debe aportarse el título del vendedor (cfr. art. 59 del Reglamento Hipotecario), es decir, el título de la transmisión del que resulte que el transmitente retiene el derecho de reintegración sujeto a la condición resolutoria estipulada; 2. La notificación judicial o notarial hecha al adquirente por el transmitente de quedar resuelta la transmisión, siempre que no resulte que el adquirente requerido se oponga a la resolución invocando que falta algún presupuesto de la misma. Formulada oposición por el adquirente, deberá el transmitente acreditar en el correspondiente proceso judicial los presupuestos de la resolución, esto es, la existencia de un incumplimiento, grave (STS de 21 de septiembre de 1993), que frustre el fin del con-

trato por la conducta del adquirente, sin hallarse causa razonable que justifique esa conducta (STS de 18 de diciembre de 1991, 14 de febrero y 30 de marzo de 1992, 22 de marzo de 1993, 20 de febrero y 16 de marzo de 1995); y 3. El documento que acredite haberse consignado en un establecimiento bancario o Caja oficial el importe percibido que haya de ser devuelto al adquirente o corresponda, por subrogación real, a los titulares de derechos extinguidos por la resolución (art. 175.6 del Reglamento Hipotecario). Este requisito se justifica porque la resolución produce, respecto de una y otra parte, el deber de «restituirse lo que hubiera percibido», en los términos que resultan del artículo 1123 del Código Civil. Se trata de un deber que impone recíprocas prestaciones y que, como ocurre en la ineficacia por rescisión, uno de los contratantes sólo estará legitimado para exigir del otro la devolución cuando cumpla por su parte lo que le incumba (cfr. art. 175.6 del Reglamento Hipotecario). Respecto de la cláusula penal que se haya estipulado para el caso de resolución de la transmisión por incumplimiento, no cabe deducción alguna de la cantidad que deba ser consignada, basándose en la cláusula, por cuanto puede tener lugar la corrección judicial prescrita en el artículo 1154 del Código Civil (Resoluciones de 29 de diciembre de 1982, 16 y 17 de septiembre de 1987, 19 de enero y 4 de febrero de 1988 y 28 de marzo de 2000), sin que quepa pactar otra cosa en la escritura (Resolución de 19 de julio de 1994).

Resolución de 11-12-2010

(BOE 26-1-2011)

Registro de Talavera de la Reina, número 3

EXPEDIENTE DE DOMINIO: EXCESO DE CABIDA.

Escapa al ámbito de las facultades de calificación del Registrador el determinar que existen dudas sobre la identidad de la finca en un expediente de dominio para la inscripción de un exceso de cabida.

Resolución de 11-12-2010

(BOE 26-1-2011)

Registro de Torrijos

ANOTACIONES PREVENTIVAS: PRÓRROGA.

No es posible prorrogar una anotación preventiva si el mandamiento, ordenando dicha prórroga, se presenta después de haber transcurrido el plazo inicial de vigencia de la anotación.

Resolución de 11-12-2010

(BOE 16-2-2011)

Registro de Zafra

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

Por sentencia judicial firme emanada de procedimiento instado, precisamente, por el titular registral de la finca, el contrato resuelto ha sido calificado

de administrativo y el acuerdo municipal de resolución, cancelación y reversión ha sido ratificado judicialmente en sus términos. Por tanto, la compraventa, ahora objeto de resolución, constituía un contrato administrativo especial instrumentalizado a través de licitación pública y pliego de condiciones cuyo incumplimiento ha sido la causa de la resolución. Así, es suficiente para obtener la reinscripción, la certificación administrativa del acto firme no solo en vía administrativa sino, como en este caso, también judicial sin necesidad de obtener otra sentencia diferente o escritura pública.

Resolución de 13-12-2010
(BOE 26-1-2011)
Registro de Mijas, número 3

RECURSO GUBERNATIVO.

Habiendo el Registrador modificado en su informe el sentido de su calificación, cambiando un defecto por otro, no cabe sino estimar el recurso sin pronunciarse sobre el defecto recogido en el informe y no en la nota.

Resolución de 13-12-2010
(BOE 27-1-2011)
Registro de Escalona

PARTICIÓN DE HERENCIA: CONTADOR PARTIDOR.

No hay obstáculo en practicar la inscripción realizada por el contador partidor, aún sin que conste la aceptación de todos los herederos, si bien respecto a los que no hayan aceptado la inscripción se practicará en los mismos términos que las adquisiciones sujetas a condición suspensiva.

Resolución de 13-12-2010
(BOE 27-1-2011)
Registro de Torrox

NÚMERO DE IDENTIFICACIÓN FISCAL.

Puede practicarse la inscripción de un legado de una finca, aunque no conste el NIF o NIE de alguno de los otros legatarios de bienes muebles.

Resolución de 14-12-2010
(BOE 27-1-2011)
Registro de Navahermosa

RECURSO GUBERNATIVO: INFORME. SUSTITUCIÓN VULGAR. OBRA NUEVA ANTIGUA.

El informe del Registrador no puede añadir nuevos defectos a la nota de calificación, sino contestar al escrito de recurso y a las alegaciones formuladas

por el recurrente, siempre con base a los defectos contenidos en la repetida nota. Habiendo sido señalados en el testamento del causante los sustitutos vulgares, no cabe exigir ninguna acreditación respecto a la inexistencia de otros eventuales sustitutos. Siendo el año de construcción del inmueble anterior a la Ley 8/1990, e incorporada a la escritura calificada certificación catastral en la que figura la superficie construida de la edificación, se cumple con la aportación de uno de los medios señalados en el artículo 52 del Real Decreto 1093/1997 (cfr. D.T. 6.ª, apartado 1.º de la Ley 8/1990, de 25 de julio).

Resolución de 14-12-2010
(BOE 27-1-2011)
Registro de Parla, número 1

FINCA REGISTRAL: NÚMERO DE POLICÍA.

Para modificar el número de policía de una finca no es necesario más que la solicitud del titular interesado y la acreditación de dicho cambio con la documentación administrativa correspondiente.

Resolución de 14-12-2010
(BOE 7-2-2011)
Registro de El Rosario

PRINCIPIO DE ROGACIÓN: INSCRIPCIÓN PARCIAL. DERECHO DE OPCIÓN: CADUCIDAD.

Ya antes de la introducción en la Ley Hipotecaria del artículo 19 bis, este Centro Directivo había declarado que la inscripción parcial de un documento tenía como presupuesto que el pacto o estipulación rechazados no afectarían a la esencialidad del contrato. Si bien el transcurso del plazo fijado para el ejercicio de la opción (en este caso veinte días hábiles) supone la extinción del derecho, esto no implica que pueda ser cancelado el asiento si no es con la conformidad del interesado, en este caso el optante, o la pertinente resolución judicial que así lo ordene (cfr. art. 40 de la Ley Hipotecaria), pues dentro de los medios con que cuenta el Registrador a la hora de calificar, no se encuentra el de apreciar un hecho negativo, como es la falta de ejercicio extrarregistral de un derecho durante su plazo de vigencia. La caducidad del derecho no implica la del asiento. Tampoco cabe cancelar un asiento de presentación que afecta al derecho de opción, en tanto este se encuentra inscrito.

Resolución de 15-12-2010
(BOE 27-1-2011)
Registro de Madrid, número 20

INSCRIPCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES: TÍTULO INSCRIBIBLE.

El mandamiento no es más que un acto de comunicación procesal que para que permita la práctica del asiento registral requiere ir acompañado de la reso-

lución judicial correspondiente. Por tanto, no cabe la inscripción en virtud de un mandamiento si no se testimonia la sentencia que se está ejecutando.

Resolución de 16-12-2010
(BOE 10-1-2011)
Registro de Icod de los Vinos

RECTIFICACIÓN DE SUPERFICIE. SERVENTÍAS.

Partiendo de la concepción ya asentada en la doctrina de la Dirección General sobre los excesos de cabida como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de finca inmatriculada, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior que se acota con la global descripción registral, se confirma el defecto consistente en la apreciación de dudas fundadas sobre la identidad de la finca, considerando la magnitud del exceso y la simultánea modificación de linderos. La mera mención en el título inscribible de una «serventía» no permite su acceso al Registro. Para ello debe aportarse el título por el que dicho derecho se haya constituido.

Resolución de 16-12-2010
(BOE 10-1-2011)
Registro de Motilla del Palancar

INMATRICULACIÓN: CERTIFICACIÓN CATASTRAL.

Para poder inmatricular una finca en el Registro es indispensable que la descripción contenida en el título sea totalmente coincidente con la que resulta de la certificación catastral descriptiva y gráfica que ha de acompañarse con el mismo.

Resolución de 20-12-2010
(BOE 21-2-2011)
Registro de Las Rozas, número 1

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DIRECTA SOBRE BIENES HIPOTECADOS: REQUISITOS.

El carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca y el juego de los principios de inoponibilidad y fe pública a favor de los adquirentes en el remate (arts. 32 y 34 de la Ley Hipotecaria), aplicables como en cualquier otro derecho real inscrito, determina la necesidad de ajustarse claramente a los pronunciamientos registrales en el desenvolvimiento de la ejecución hipotecaria. La omisión del defecto de emplazamiento del titular registral está dentro del ámbito de la calificación registral determinado por el artículo 132 de la Ley Hipotecaria. La omisión de la certificación de cargas en el procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados constituye un defecto que impide la inscripción.

Resoluciones de 21-12-2010 y 11-1-2011
(BOE 14-2-2011)
Registro de Vera y Estepona, número 2

HIPOTECA INVERSA. CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LAS CLÁUSULAS DE UNA HIPOTECA. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD. CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO.

En primer término, el Centro Directivo hace una reinterpretación del artículo 12 de la LH, señalando que es posible alcanzar dos conclusiones básicas. La primera es que esas «cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras», a las que se refiere el párrafo segundo del citado artículo 12, han de inscribirse en el Registro de la Propiedad, siempre y cuando el Registrador haya calificado favorablemente aquellas otras que, por configurar el contenido del derecho de hipoteca, tienen trascendencia real. La segunda es que el reflejo registral de tales cláusulas necesariamente se efectuará en los términos que resulten de la escritura de formalización de la hipoteca, a menos que su nulidad hubiera sido declarada mediante sentencia o fueran contrarias a una norma imperativa o prohibitiva redactada en términos claros y concretos, sin que el Registrador pueda realizar cualquier tipo de actividad valorativa de las circunstancias en las que se desenvuelva el supuesto de hecho. De esta forma el Registrador podrá rechazar la inscripción de una cláusula, siempre que su nulidad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, pero también en aquellos otros casos en los que se pretenda el acceso al Registro de aquellas cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado por el Registrador sin realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto. Ello supone que la función calificadora se limitará exclusivamente a la mera subsunción automática del supuesto de hecho en una prohibición específicamente determinada en términos claros y concretos. Dicho de otro modo, el control sobre dichas cláusulas deberá limitarse a las que estén afectadas de una tacha apreciable objetivamente (porque así resulte claramente de una norma que exprese dicha tacha), sin que puedan entrar en el análisis de aquellas otras que, por tratarse de conceptos jurídicos indeterminados o que puedan ser incluidos en el ámbito de la incertidumbre sobre el carácter abusivo (por ejemplo, basado en el principio general de la buena fe o el desequilibrio de derechos y obligaciones), solo podrán ser declaradas abusivas en virtud de una decisión judicial.

El hecho de que la D.A. 1.^a de la Ley 41/2007 haga una remisión al pertinente desarrollo reglamentario en materia de hipoteca inversa, no supone que la Ley quede condicionada en su aplicación hasta que dicho desarrollo se produzca. Solo en las leyes de bases puede plantearse esta limitación, considerando la particularidad de la delegación recepticia.

Tratándose de una hipoteca constituida en garantía de un crédito en cuenta corriente, no cabe exigir en estos casos los mismos requisitos que en el supuesto de los préstamos, dado que esta última figura es un contrato de carácter real que exige la entrega del importe prestado. Teniendo en cuenta el peculiar régimen del crédito en cuenta corriente, es posible pactar que los intereses se vayan incorporando a la cuenta, perdiendo así su individualidad, y que, en consecuencia se capitalicen dentro del seno del saldo de la cuenta. En puridad en la figura del crédito en cuenta corriente no cabe hablar de anatocismo (figura que resulta admisible en el plano civil y mercantil, pero que provoca disfunciones que la

hacen incompatible con los principios hipotecarios), dado que lo único que existen son partidas de una cuenta, y lo que garantiza la hipoteca es el saldo final de la misma.

En el caso de las hipotecas inversas en que, la deuda garantizada, incluidos los intereses devengados, no resulta exigible, salvo los supuestos de vencimiento anticipado, hasta el fallecimiento del prestatario o acreditado —o del último beneficiario—, la extensión de los intereses más allá del límite de los dos años del artículo 114 de la Ley Hipotecaria debe entenderse como parte de su contenido natural, salvo que de los términos del propio contrato resulte lo contrario. Por ello, en el presente caso en que se pacta que la cantidad adeudada será el saldo que arroje la cuenta corriente del crédito a su vencimiento, que dicho saldo resultará del conjunto de partidas de cargo y abono, siendo partida de cargo los intereses que se vayan devengando durante la vigencia del crédito, y que este no vencerán ni será exigible hasta «el día en que se cumplan doce meses a contar desde el fallecimiento del acreditado», no cabe negar que existe el pacto contrario al límite legal de dos años de intereses y que, por tanto, este no es aplicable.

No resulta inscribible las cláusulas de vencimiento anticipado en caso de que el hipotecante realice actos de disposición o de arrendamiento de cualquier caso. El artículo 27 de la LH y la doctrina sentada por la sentencia del TS, de 16 de diciembre de 2009, así lo imponen.

Tampoco es posible inscribir la cláusula de vencimiento anticipado por cualquier incumplimiento del acreditado de sus obligaciones frente a la acreditante, dado que, de conformidad con el criterio de la sentencia del TS, de 16 de diciembre de 2009, solo cabe el vencimiento anticipado cuando haya una causa basada en el incumplimiento de obligaciones esenciales. Además no es legalmente posible en la hipoteca inversa de conformidad con la letra de la Disposición Adicional de la Ley 41/2007.

No es admisible la estipulación de comisiones por amortización anticipada superiores a los límites establecido en la Ley 41/2007.

No es necesario que la oferta vinculante esté traducida al español.

No son inscribibles las estipulaciones meramente obligacionales, como las que se refieren a poderes.

Resolución de 22-12-2010
(BOE 21-2-2011)
Registro de Palencia

CONVENIO REGULADOR: BIENES PRIVATIVOS.

No es inscribible directamente un convenio regulador de los efectos del divorcio, aprobado por sentencia, en el que se llevan a cabo adjudicaciones por parte de uno de los cónyuges, a favor del otro —hasta entonces casados en régimen de separación de bienes—, cuando tales bienes figuran en el Registro de la Propiedad como privativos de aquél, en tanto no existe liquidación de sociedad conyugal propiamente dicha, ni siquiera de un proindiviso producido durante el matrimonio en régimen de separación, dado que los bienes transmitidos se adquirieron en su totalidad como privativos en exclusiva del cónyuge transmitente.

Resolución de 23-12-2010

(BOE 22-2-2011)

Registro de Sanlúcar de Barrameda

CIRCUNSTANCIAS PERSONALES. INMATRICULACIÓN: CERTIFICACIÓN CATASTRAL DESCRIPTIVA Y GRÁFICA.

El artículo 51.9 del Reglamento Hipotecario exige para poder acceder al Registro cuando el adquirente sea persona física que se exprese si es soltero, casado, viudo, separado y divorciado; y de estar casado y el acto o contrato afecte a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal, la expresión del régimen económico-matrimonial de las personas casadas a cuyo favor se haga la inscripción. El artículo 53, apartado siete, de la Ley 30/1996, de 30 de diciembre, exige para toda inmatriculación que se aporte, junto al título inmatriculador, «certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en términos totalmente coincidentes con la descripción de ésta en dicho título».

Resolución de 27-12-2010

(BOE 22-2-2011)

Registro de Cáceres, número 2

PROPIEDAD HORIZONTAL: CONFIGURACIÓN.

Se presenta escritura en la que la dueña única de nueve locales o apartamentos de una propiedad horizontal, colindantes entre sí, los agrupa —con la oportuna autorización estatutaria— y forma un solo elemento privativo nuevo, al que se asigna como cuota la suma de los elementos agrupados. Si las operaciones de segregación y agrupación de departamentos no modifican la descripción registral del edificio no será necesario modificar la declaración de obra nueva. Es requisito necesario para configurar una parte del edificio como elemento privativo que dicha parte tenga salida independiente a un elemento común o a la vía pública, pero tal característica no quiere decir que toda aquella parte que tenga salida independiente haya de configurarse como elemento privativo.

Resolución de 4-1-2011

(BOE 22-2-2011)

Registro de Valladolid, número 5

TESTIMONIO NOTARIAL.

Se presenta un documento privado de distribución de hipoteca, junto con testimonios notariales de los poderes otorgados a favor de los representantes de la entidad prestamista. El requisito impuesto por el artículo 262 del Reglamento Notarial de que los testimonios vayan expedidos en papel para uso exclusivo notarial, debe ser valorado como un deber reglamentario cuyo incumplimiento genera responsabilidad disciplinaria, pero sin afectar a la eficacia del documento en sí ni constituir defecto que impida la inscripción.

Registro Mercantil

por Ana M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 24-11-2010
(BOE 10-1-2011)
Registro Mercantil. Madrid, número XII

RECURSO: PLAZO DE INTERPOSICIÓN. CONSEJO: ACUERDOS. ADMINISTRADORES: ACEPTACIÓN.

Cuando, tras subsanarse defectos, se emite nueva calificación aduciendo nuevos argumentos, el plazo para la interposición del recurso se computa desde la nueva notificación.

En una escritura de constitución de sociedad, al intervenir en el otorgamiento todos los consejeros designados expresando su voluntad clara sobre el nombramiento de cargos y delegación de facultades, resulta inequívoca la unanimidad, por ello no es necesario concretar expresamente el número de consejeros que votan a favor del acuerdo.

Por el mismo motivo también es demasiado formalista exigir que conste la aceptación expresa de dichos cargos.

Resolución de 25-11-2010
(BOE 1-1-2011)
Registro Mercantil Central

DENOMINACIÓN. IDENTIDAD.

La identidad de denominaciones se produce, no sólo cuando se da entre ellas absoluta coincidencia entre las palabras, sino también en los supuestos de lo que la doctrina llama cuasi identidad o identidad sustancial.

Entre las denominaciones Argostalia y Argosalia no se puede considerar que haya una semejanza fonética rayana en la identidad, ni la existencia de riesgo de confusión en el mercado, dada la improbable posibilidad de confusión entre ambas.

Se da la circunstancia de que el RMC concedió reserva de ambas denominaciones, que coexistieron durante un cierto periodo de tiempo, sin considerar, acertadamente, que existiera identidad entre ambas.

Resolución de 18-12-2010
(BOE 17-2-2011)
Registro Mercantil de Alicante, número III

SOCIEDAD PROFESIONAL. DENOMINACIÓN SOCIAL.

En una sociedad profesional no es admisible una denominación formada por el primer apellido del socio profesional y el del no profesional, mas un elemento objetivo descriptivo de la profesión (*lawyers*).

En sociedades profesionales la denominación puede ser objetiva o subjetiva, pero en este último caso, solo se puede incluir el nombre de socios profesionales, nunca de no profesionales. Ello se fundamenta en la enorme importancia que en estas sociedades tiene el prestigio de los socios profesionales. El añadir a la denominación una referencia a la actividad profesional de abogados (aunque sea en inglés) que constituye el objeto social, no implica que deje de tratarse de una denominación subjetiva.

Resolución de 18-12-2010

(BOE 17-2-2011)

Registro Mercantil de Las Palmas de Gran Canaria, número I

CALIFICACIÓN. NOTIFICACIÓN. ERRORES IRRELEVANTES.

Reitera resoluciones anteriores. El fax no es medio idóneo de notificación de la calificación. No obstante el artículo 322 de la LH debe ser interpretado atendiendo a la realidad de las comunicaciones entre Notarios y Registradores en un ámbito que impulsa el empleo de medios electrónicos, informáticos y telemáticos.

Se trata de un poder que expresa que tendrá vigencia hasta el «31 de junio de 2010». El Registrador tiene razón al exigir que se aclare la fecha, puesto que junio tiene 30 días. No se trata de un error irrelevante que pueda subsanar el Registrador por vía interpretativa, pues carece de elementos para conocer la verdadera voluntad del otorgante, ya que la fecha exacta podría ser tanto el 30 de junio, como alega el Notario, como el 31 de cualquier mes, como julio —cuya grafía difiere en una sola letra de junio—. Sobre todo teniendo en cuenta que el Notario podría subsanarlo con una simple diligencia (art. 153 RN) sin acudir a trámites lentos e innecesarios como la interposición del recurso.

Resolución de 18-12-2011

(BOE 7-2-2011)

Registro Mercantil de Madrid, número IV

AUMENTO DE CAPITAL. RESERVAS.

El aumento de capital con cargo a reservas no supone alteración patrimonial cuantitativa, pero sí cualitativa, pues los fondos transferidos pasan de ser disponibles a indisponibles. Por ello, para la capitalización de las reservas o beneficios se requiere, no solo que tengan consideración de recursos propios, sino también que sean de libre disposición, lo que no ocurre en tanto existan pérdidas que hayan de enjugarse previamente con las mismas. Incluso, señala la Dirección General, que debería incluirse junto al capital la reserva legal en el porcentaje legalmente exigido, a la hora de contemplar el posible excedente de patrimonio neto que queda de libre disposición.

Resolución de 21-12-2010

(BOE 16-2-2011)

Registro Mercantil de Madrid, números XII y VIII

CALIFICACIÓN. MOTIVACIÓN. ACUERDOS SOCIALES. ACUERDOS CONTRADICTORIOS.

Es insuficiente la motivación de la calificación al señalar que no se cumplen los requisitos de la reducción de capital con una simple remisión a los artículos 164-166 LSA y 170 RRM, dados los múltiples requisitos que establecen dichos preceptos.

En cuanto al fondo, se acumulan tres recursos relativos a tres escrituras que elevan a público acuerdos contradictorios entre sí y también respecto a otros inscritos recientemente o que resultan de títulos presentados con posterioridad que evidencian una situación de conflicto entre dos grupos de personas que se atribuyen la titularidad de las acciones.

Aunque como regla general ha de aplicarse el principio de prioridad permitiendo la inscripción sucesiva de acuerdos contradictorios —sin perjuicio de pedir anotación de demanda o inscripción de resolución judicial firme de suspensión de acuerdos—, ante situaciones de conflicto que no permitan comprobar si se ha logrado o no determinado acuerdo o cuál debe prevalecer, debe rechazarse la inscripción para evitar la desnaturalización del Registro Mercantil como institución encaminada a la publicidad de situaciones jurídicas ciertas y no a la resolución de conflictos respecto de la titularidad civil de las acciones que compete a los Tribunales de Justicia.

Resolución de 7-1-2011

(BOE 28-2-2011)

Registro Mercantil de Barcelona, número X

DEPÓSITO DE CUENTAS ANUALES POR UNA SUCURSAL EN ESPAÑA DE UNA SOCIEDAD MATRIZ EXTRANJERA.

Exigencia de que todos los documentos contables consten traducidos a idioma español.

Superado el control de equivalencia, es necesario cumplir con los requisitos de legalización de firma para su autenticidad en España respecto de la certificación expedida por el órgano donde se ha realizado el depósito de las cuentas de la sociedad matriz.

Resolución de 8-1-2011

(BOE 22-2-2011)

Registro Mercantil de Málaga, número III

ADMINISTRADORES. CESE. NOTIFICACIÓN.

Figura inscrita la renuncia de un consejero, que además es secretario, a su cargo de consejero, pero continúa inscrito como secretario. El consejero-secretario que dimite solo como secretario puede seguir siendo consejero, pero su dimisión como consejero no implica que se convierta en secretario no consejero. La nueva estructura de administración adoptada —dos administradores mancomunados— implica la desaparición del cargo de secretario, por lo que no es exigible la notificación del artículo 111 RRM a quien ya no aparece en el

registro con cargo de consejero vigente y sin que tampoco figure inscrito con cargo expreso de secretario no consejero.

Resolución de 26-1-2011
(BOE 22-2-2011)
Registro Mercantil de Córdoba

CONSTITUCIÓN. PROCEDIMIENTO TELEMÁTICO. REAL DECRETO-LEY 13/2010.

Este Real Decreto-ley tiene como propósito la agilización y reducción de costes del proceso constitutivo de las sociedades de capital, siempre que cumplan determinados presupuestos relativos al tipo societario, capital social y estructura del órgano de administración, estableciendo requisitos y obligaciones procedimentales. Dicho propósito debe ser tenido en cuenta para determinar las consecuencias de la inexistencia de alguno de los referidos presupuestos tipológicos o estructurales, así como del incumplimiento de los requisitos y obligaciones procedimentales impuestos a Notarios y Registradores.

La inexistencia de alguno de dichos presupuestos determina la inaplicabilidad de la reducción de costes y del sistema en general. Pero el incumplimiento por el notario de alguna de las obligaciones impuestas no permite que el Registrador se niegue a practicar la calificación e inscripción en el plazo abreviado, ni la paralización del proceso constitutivo ni la inaplicación del régimen previsto por el Real Decreto-ley, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria que pueda derivarse al notario por el retraso en la prestación de su función.

Si es el notario quien solicita el certificado de denominación ha de hacerlo telemáticamente y remitir la escritura al Registro Mercantil en un día hábil desde que la reciba (art. 5.1). Si la solicita el interesado el plazo comienza a contar desde que es aportado al notario y no desde la recepción por el interesado o su autorizado, que puede obtenerla en formato papel sin que esa solicitud no telemática exima al Registro Mercantil Central de emitirla y enviarla en el plazo de un día hábil previsto.

Por todo ello en el supuesto examinado, no es necesaria la provisión de fondos para la publicación en el BORME.

RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *DOGC*

por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución 4.177, de 26-11-2010
(*DOGC* 4-1-2011)
Registro de Barcelona, número 22

INSTITUCIÓN DE HEREDERO. SUSTITUCIÓN VULGAR.

En los casos de divorcio entre el testador y su cónyuge a quien éste ha instituido heredero, si el divorcio es posterior al otorgamiento del testamento, se produce la ineficacia de tal institución, pero no provoca la nulidad de las demás disposiciones testamentarias, incluyendo la sustitución vulgar.

Resolución 4.178, de 29-11-2010
(*DOGC* 4-1-2011)
Registro de Sort

HEREDAMIENTOS.

La preferencia del heredamiento sobre el testamento se puede considerar un principio general del Derecho Sucesorio catalán, ya expresado en la Compilación de Derecho Civil de Cataluña (art. 66) y ratificado hoy por el Código Civil de Cataluña en los artículos 411.3.3 y 431.23. En consecuencia, la institución de heredero contenida en el testamento otorgado por el causante sólo tendrá efectos si es compatible con el heredamiento anterior.

Resolución 4.282, de 10-2-2010
(*DOGC* 13-1-2011)
Registro de Lleida, número 1

DIVISIÓN HORIZONTAL: LICENCIA.

La división horizontal no necesita licencia si la misma se lleva a cabo ajustándose al número de viviendas y locales que la licencia de obra nueva autorizó a construir.

Resolución 4.283, de 25-11-2010
(*DOGC* 13-1-2011)
Registro de Lloret de Mar, número 1

RECURSO GUBERNATIVO: REGISTRADOR SUSTITUTO.

El recurso gubernativo, en caso de calificación de Registrador sustituto que haya confirmado los defectos inicialmente planteados por el Registrador sustituido, ha de interponerse frente a la calificación de éste.

Resolución 4.284, de 1-12-2010
(*DOGC* 13-1-2011)
Registro de Manresa, número 2

DERECHO DE VUELO.

La Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro quinto del Código Civil, configura el derecho de vuelo como derecho real sobre un edificio o un solar edificable que atribuye a alguien la facultad de construir una o más plantas sobre el inmueble gravado y hacer suya la propiedad de las nuevas construcciones. Sin embargo, una interpretación finalista nos lleva a admitir que se constituya un derecho de vuelo que consiste en reformar y transformar una planta ya existente de un edificio.

Resolución 207, de 24-11-2010
(*DOGC* 2-2-2011)
Registro de Roses, número 1

CALIFICACIÓN REGISTRAL: PLAZO. DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO-TERRESTRE: MARINAS INTERIORES.

El artículo 255 de la Ley Hipotecaria es claro al condicionar la calificación con el pago del impuesto, sin que haga distinción alguna en atención a la manera de presentación de la escritura en el Registro. Una marina interior está formada por tres espacios diferentes, cada uno de los cuales está sujeto a una regulación también diferente. En primer lugar, hay las parcelas de propiedad privada destinadas a ser edificadas; en segundo lugar, las obras e instalaciones portuarias, y, en último lugar, encontramos los canales. Pues bien, aunque los canales son de dominio público estatal y están sometidos a la Ley de Costas y a su Reglamento, las parcelas edificables contiguas a los canales son bienes de propiedad privada, sujetas a las limitaciones que impone la legislación catalana, y se les aplica la franja de servicio náutico que establece el artículo 26 del Reglamento de marinas interiores de Cataluña, no siendo de aplicación la zona de servidumbre de protección que regula el Título II de la Ley de Costas. Por lo tanto, se puede concluir que no hace falta la certificación administrativa para las inscripciones que afectan a las parcelas de las marinas interiores, donde la delimitación entre las parcelas privadas y el dominio público marítimo terrestre queda perfectamente fijada y donde no es aplicable la denominada servidumbre de protección de la legislación de costas, sino las limitaciones especiales de la legislación catalana, que no la exige.

Resolución 468, de 28-1-2011
(*DOGC* 24-2-2011)
Registro de Martorell, número 3

USUFRUCTO UNIVERSAL: EXTENSIÓN.

Tratándose de un testamento otorgado en 1994 y habiendo muerto el testador el año 2000, es evidente que tanto el testamento como la sucesión que

regula se regirán por el Código de Sucesiones de 1991. Extendiéndose el usufructo universal a «todos los bienes relictos», eso significa que recae sobre todos los que efectivamente lo sean, con independencia de a quien tenga que corresponder su propiedad, sea al heredero, sea a un legatario: el legado de usufructo universal afecta, pues, a los bienes legados a otros legatarios y, en consecuencia, también los que hayan sido objeto de prelegado. El causante puede modificar o limitar esa extensión del usufructo universal, pero mediante una voluntad inequívoca, que no puede presumirse del hecho de haber ordenado un legado o un prelegado. El usufructo universal dispuesto por el causante en favor de su esposa hace que ésta lo adquiera desde el momento de la muerte de aquel, sin que sea precisa la aceptación.

COMENTARIOS A RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

SOBRE LA CALIFICACIÓN REFACCIONARIA DE LOS CRÉDITOS
Y SU ANOTACIÓN. SU APLICACIÓN AL ÁMBITO DE LAS COOPERATIVAS
DE VIVIENDAS (*)

por

ENCARNA CORDERO LOBATO
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Castilla-La Mancha
Of Counsel de Pérez-Llorca

SUMARIO: I. TEXTO DE LA RESOLUCIÓN.—II. COMENTARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. UNA CUESTIÓN PREVIA: LA UTILIDAD REAL DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE CRÉDITOS REFACCIONARIOS. 3. LA INSUFICIENCIA DEL CONCEPTO JURISPRUDENCIAL DE CRÉDITO REFACCIONARIO. 4. LAS EXCEPCIONES A LA *PAR CONDITIO* Y LA FUNDAMENTACIÓN DEL PRIVILEGIO DE LOS CRÉDITOS REFACCIONARIOS. 5. CONSTRUCCIÓN, REPARACIÓN O MEJORA DE CUALQUIER CLASE DE BIENES. 6. CRÉDITOS CAUSALMENTE CONECTADOS CON LA CONSTRUCCIÓN, REPARACIÓN O MEJORA DE BIENES. 7. EL PROBLEMA DE LA CONEXIÓN CAUSAL CUANDO LA CONSTRUCCIÓN, REPARACIÓN O MEJORA, SI BIEN FORMA PARTE DE LA ESTRUCTURA CAUSAL DEL NEGOCIO, SÓLO AFECTA INDIRECTAMENTE A LAS FINCAS. 8. LA CONEXIÓN CAUSAL EN EL CASO DE CRÉDITOS EN LOS QUE LA CONSTRUCCIÓN, REPARACIÓN O MEJORA NO FORMA PARTE DE LA ESTRUCTURA CAUSAL DEL NEGOCIO. 9. EN CONCRETO, LA CALIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS ORIGINADOS POR LAS APORTACIONES REALIZADAS POR COOPERATIVISTAS DE VIVIENDAS: a) *El problema del nexo causal entre aportación y mejora: aportaciones que no se materializan sólo en la construcción, reparación o mejora de viviendas*; b) *El problema del contenido del derecho de reembolso*; c) *El juego circular de prelación: la responsabilidad del socio por las deudas de la cooperativa*; d) *Disponibilidad de otras garantías*. 10. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE CRÉDITOS REFACCIONARIOS Y CONSTANCIA REGISTRAL DE LA CONSTRUCCIÓN, REPARACIÓN O MEJORA.

(*) Realizado en el marco del proyecto de investigación «Hipoteca, prenda de créditos, garantías financieras y Derecho Foral sobre garantías mobiliarias: una reflexión sobre los pilares de las garantías reales y las incertidumbres de las últimas reformas DER 2008-01746», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y dirigido por el Doctor Ángel CARRASCO PERERA.

I. TEXTO DE LA RESOLUCIÓN

Resolución de 17 de mayo de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la Registradora de la Propiedad, número 39 de Madrid, a practicar una anotación preventiva de crédito refaccionario.

En el recurso interpuesto por don J. M. G. V., en nombre y representación de doña M. C. S. G., contra la negativa de la Registradora de la Propiedad de Madrid, número 39, doña María Josefa C. Pérez Martín, a practicar una anotación preventiva de crédito refaccionario.

HECHOS

I

Mediante escrito presentado en el citado Registro de la Propiedad el veintinueve de octubre de dos mil nueve, doña M. C. S. G. solicitó la práctica de una anotación preventiva de crédito refaccionario sobre determinadas fincas, sobre la base de que el veintitrés de abril de dos mil tres, dicha señora había ingresado en la Cooperativa «El Balcón de O'Donnell», con la finalidad de obtener una vivienda de protección pública de las que aquella promocionaba, siendo la empresa «Gespozuelo, S. L.», la que promovía esa Cooperativa. Manifestaba la solicitante que con el dinero que aportó en su día se compraron determinadas fincas registrales inscritas en dicho Registro a nombre de la citada Cooperativa, que detalla, aclarando que dichos terrenos se compraron con las aportaciones de los socios y no con el capital social en los años 2005 y 2006, por lo que solicitaba la «anotación preventiva del crédito refaccionario sobre el proyecto de construcción de la vivienda en su apartado de compra de terrenos por importe de 48.874,04 euros».

II

Dicho documento fue objeto de calificación negativa que a continuación se transcribe: «...Prevía calificación del precedente documento, no se practica la anotación del crédito refaccionario en él solicitada en base a los siguientes hechos y fundamentos de derecho: Hechos.—El veintinueve de octubre de dos mil nueve, a las 12,50 horas, se presenta, en el asiento 1.668 del diario 28, una solicitud de anotación preventiva de crédito refaccionario, a solicitud de doña M. C. S. G. Dicha solicitud se basa en que el veintitrés de abril de dos mil tres decidió ser parte de la Cooperativa «El Balcón de O'Donnell S. C. M. V.», para obtener una vivienda de protección pública, y que la empresa que promueve esa Cooperativa es Gespozuelo, S. L. Según la solicitante, con el dinero que aportó se compraron las fincas registrales ... (en realidad la ...) y 14.284 (aclarando que dichos terrenos se compraron con las aportaciones de los socios y no con el capital social en los años 2005 y 2006). A dicha instancia se acompañan los siguientes documentos: 1.º Un escrito de fecha 18 de febrero de 2009, del Consejo Rector de la Cooperativa «El Balcón de O'Donnell S. C. M. V.», en el que se comunica la cantidad aportada por doña M. C. S. G. a la Cooperativa; la fecha en la cual el Consejo aceptó y calificó su baja como voluntaria, acta de 15 de septiembre de

2008, el artículo 14 de los estatutos que prevén las consecuencias de la baja y los reembolsos que deben producirse. Dicho escrito no tiene las firmas legitimadas.

2.º Contrato de inscripción en el «Balcón de O'Donnell S. C. M. V.», con número de socio 169, promoción entrega del Sur-Este de Vicálvaro, Madrid (UZP 201, UZP 202; UZP 203; UZP 204), de fecha 23 de abril de 2003 (con el anexo donde constan las cantidades entregadas), suscrito entre la solicitante de la anotación y la Cooperativa representada por don L. E. C. V., doña M. I. G. H. y don J. G. M., en calidad de Presidente, Vicepresidente y Secretario de la Cooperativa. Así como la memoria de calidades. Dicho documento se encuentra compulsado con el original por el Secretario del Ayuntamiento de Navalcarnero el día 26 de octubre de 2009. Pero en el documento original las firmas no están legitimadas.

3.º Modificación al contrato de inscripción antes citado, de fecha 26 de marzo de 2008, suscrito por las mismas partes. Se modifica la vivienda a adquirir, que pasa a ser de 90 metros cuadrados y cuatro dormitorios y adquiere un número distinto de cooperativista, el número 250. Dicho documento se encuentra compulsado con el original por el Secretario del Ayuntamiento de Navalcarnero el día 26 de octubre de 2009. Pero en el documento original las firmas no están legitimadas. La situación de las fincas sobre las que se solicita la anotación, registrales ... y ... La ... figura inscrita a favor de la Cooperativa «El Balcón de O'Donnell, Sociedad Cooperativa Madrileña de Viviendas», en pleno dominio, en cuanto a una participación del cincuenta por ciento, y dicha participación además de las notas de afección al Impuesto de la inscripción 3.ª, y la de estar incluida en la Junta de Compensación del UZP 204 Desarrollo Este. Los Berrocales, quedando afecta al cumplimiento de las obligaciones inherentes al sistema de compensación o expropiación en caso de propietarios no adheridos, habiéndose expedido la certificación de dominio y cargas, aparece gravada con una hipoteca a favor de la Caja de Ahorros del Mediterráneo, que causó la inscripción 7.ª, respondiendo la citada participación de esta finca de un principal de doscientos mil euros, más responsabilidades accesorias; y la finca 14.284 aparece inscrita en su totalidad a favor de la Cooperativa «El Balcón de O'Donnell, Sociedad Cooperativa Madrileña de Viviendas», en pleno dominio, y además de las notas de afección al Impuesto de la inscripción 1.ª y 6.ª, y la de estar incluida en la Junta de Compensación del UZP 204 Desarrollo Este. Los Berrocales, quedando afecta al cumplimiento de las obligaciones inherentes al sistema de compensación o expropiación en caso de propietarios no adheridos, habiéndose expedido la certificación de dominio y cargas, aparece gravada con una hipoteca a favor de la Caja de Ahorros del Mediterráneo, que causó la inscripción 6.ª, respondiendo de un principal de dos millones novecientos setenta y nueve mil trescientos dieciocho euros, con cincuenta y cinco céntimos, más prestaciones accesorias. Fundamentos de Derecho: No se practica la anotación de crédito refaccionario solicitada habida cuenta de que dicha anotación debe practicarse cuando el crédito que garantiza tenga ese carácter de crédito refaccionario, carácter que no es a la legislación hipotecaria a la que corresponde definir (lo que debe entenderse por crédito refaccionario), sino a la legislación civil sustantiva, perteneciendo a la legislación hipotecaria solo el ámbito de la publicidad en materia inmobiliaria. Se trata, pues, de dilucidar «si los reembolsos» de las aportaciones hechas por un socio de una cooperativa de vivienda que ha causado baja justificada en la misma tienen o no el carácter de crédito refaccionario. La doctrina, ya que no hay un concepto establecido legalmente de refacción sino que el código se limita a establecer su preferencia en relación con otros créditos, ha ido perfilando junto con la jurisprudencia los contornos del concepto;

refacción quiere decir etimológicamente acción de hacer o reparar una cosa, pero hoy es mantenido casi unánimemente que debe ser interpretado en un sentido amplio y que podría abarcar desde la reconstrucción de un edificio, la rehabilitación, mejora, e incluso la construcción *ex novo*. También es cierto que es unánime la doctrina y la jurisprudencia al interpretar que el crédito refaccionario no nace necesariamente de un préstamo en el sentido técnico-jurídico que ha de darse a dicho contrato, sino también de aquellos otros que hayan contribuido de modo directo al resultado de una construcción, reparación, conservación o mejora de un inmueble, refiriéndolo a toda relación jurídica que implique un adelanto por el contratista al propietario. No parece estar restringido el privilegio exclusivamente a un contrato de préstamo ya fuere de dinero o de efectos, sino que privilegia al que tuviere un crédito, de cualquier tipo, derivado de haber invertido en la construcción o conservación de una cosa que sin su actividad no estaría en el patrimonio del deudor (así, la Ley Hipotecaria habla de cantidades «que de una vez o sucesivamente se anticiparen»). En definitiva, cualquier contrato por el que se pretenda financiar tiene por causa conceder crédito sin necesidad de fingir que se constituye un préstamo. Por último, es claro que el fundamento del privilegio refaccionario es el aumento de valor del bien refaccionado introducido por el acreedor en el patrimonio del deudor, pero también parece claro que siempre referido a una construcción, ya sea su realización, modificación, mejora, rehabilitación, etc. Según la sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de mayo de 1987, serán refaccionarios todos los créditos surgidos como consecuencia, directa o indirecta, de un contrato de obra, de modo que cualquier financiación de una obra consistente en construir, reparar, mejorar, o conservar, será refaccionario. No existen pronunciamientos jurisprudenciales, al menos que me consten, que traten sobre la adquisición de terrenos para construir (ni en el ámbito cooperativista) como créditos refaccionarios, y lo que sí remarca toda la jurisprudencia es que el concepto amplio de crédito refaccionario no autoriza su extensión indiscriminada a todo el que tenga origen en un suministro de bienes o servicios que guarden cualquier tipo de relación con bienes inmuebles. Ciñéndonos al caso que nos ocupa hay que apreciar: 1.º Que los bienes sobre los que se pide la refacción son fincas a nombre de la Cooperativa «El Balcón O'Donnell», una de ellas en cuanto a la participación del cincuenta por ciento, pero que se trata de fincas rústicas (aunque inmersas en una actuación urbanística por compensación). 2.º Que sobre dichas fincas no existe ninguna declaración de obra nueva, ni en construcción ni terminada. 3.º Que solamente existe una adquisición de los terrenos (en los que posiblemente se pretenda edificar). Que dicha adquisición no se puede determinar —es una cuestión de prueba— (que el registrador no está legitimado para apreciar de la documentación aportada) si se realizó o no con el capital social de la cooperativa, aunque el solicitante de la anotación asevera que fue con las aportaciones de los socios y no con el capital social. Cuestión difícil de entender si se tiene en cuenta que según el artículo 49 de la Ley de Cooperativas de Madrid (4/1999, de 30 de marzo) que el capital social está constituido por las aportaciones obligatorias y voluntarias de sus socios y en su caso asociados, y el artículo 45 de la Ley de Cooperativas (Ley 27/1999, de 16 de julio) que viene a establecer lo mismo, y que conforme a los artículos 7 de ambas Leyes: La Cooperativa desde el momento de su inscripción tiene personalidad jurídica. No parece que haya refacción, un aumento del valor de bien como consecuencia de las obras, (reparación, mejora, rehabilitación o construcción) en el patrimonio del deudor (hasta ahora solo ha habido la adquisición del terreno), ya que como antes decía

las fincas siguen calificadas como rústicas y no existe declaración de obra nueva. Por otro lado, los artículos 15.4 de la Ley Estatal y 55.5 de la Ley Autonómica fijan la responsabilidad del socio que causa baja en la cooperativa. «Responderá personalmente de las deudas sociales... durante cinco años desde la pérdida de su condición de socio de las obligaciones contraídas por la cooperativa con anterioridad a su baja hasta el importe... Parece el criterio establecido en estos preceptos contrario a la idea del privilegio que otorga la refacción. Puesto que hace responsable al cooperativista que causa baja de las deudas contraídas por la cooperativa. Parece colocar en situación más privilegiada a los acreedores de la cooperativa que al propio cooperativista. La resolución de la Dirección General de los Registros, de 6 de abril de 2006, ratifica los criterios mantenidos en esta nota. En materia estrictamente hipotecaria se aprecia también una serie de defectos conforme a los artículos 42.8, 55, 59 a 64, 68.2, 92 y 93, 95 de la Ley Hipotecaria, y antes 155 a 160, 166-7, 197.5 y 206.8 del Reglamento Hipotecario. El artículo 155 exige, para solicitar la anotación, la comparecencia de todos los interesados en la anotación, ya sea personalmente o debidamente representados. Salvo que las firmas estén legitimadas notarialmente (cuestión que no se da en el presente supuesto). Es decir, haría falta o bien la comparecencia de ambas partes de la forma determinada en el artículo 155, es decir, que haya acuerdo entre el deudor y el acreedor para solicitar la anotación (o que al menos el deudor titular registral tenga conocimiento de que se va a practicar la anotación, desde mi punto de vista, si admitiéramos que el crédito es refaccionario, véase artículo 55 del Reglamento Hipotecario, que exige al Juez la audiencia de todo el que tenga intereses en contradecir la anotación), o bien solicitarlo por vía judicial, recomendando al interesado que anote preventivamente la demanda que entable para conseguir anotación del artículo 42.8 de la Ley Hipotecaria. Existe, además, sobre las fincas una hipoteca inscrita, con lo cual el supuesto se desplazaría al artículo 61 del Reglamento Hipotecario, que exige convenio unánime en escritura pública o una providencia judicial. Conforme al artículo 63, faltaría determinar el valor de las fincas refaccionadas antes de empezar las obras. «Choca este precepto de nuevo con la calificación de este crédito como refaccionario», puesto que se habría incrementado el patrimonio del deudor como consecuencia de la adquisición de los terrenos, pero no se ha producido un incremento de valor de los terrenos como consecuencia de la refacción. Por los argumentos expuestos:

La dudosa clasificación del crédito como crédito refaccionario, ya que la prestación no parece haberse invertido inmediatamente en la refacción (mejora, construcción, rehabilitación, etc., de una obra); Preceptos de la Ley de Cooperativas que hacen responsable al socio que ha causado baja de las deudas de la cooperativa frente a otros acreedores (a los que sí parece atribuirles preferencia frente al socio); Calificación de terrenos como rústicos, inexistencia de declaración de obra nueva; Falta de fijación del valor inicial de las fincas objeto de refacción; y falta del convenio unánime en escritura pública o providencia judicial; el Registrador que suscribe deniega la anotación preventiva solicitada. Contra el acuerdo de calificación anterior, que se comunica al presentante, podrán los interesados reclamar potestativamente o ante la... Madrid, 16 de noviembre de 2009.—El Registrador [Firma ilegible y sello con el nombre y apellidos de la Registradora]».

III

El representante de la solicitante de la anotación preventiva interpuso recurso contra la anterior calificación, alegando, en síntesis:

1. Que es suficiente un contrato en el que figure el compromiso de financiar para que el mismo sea considerado crédito refaccionario, pues es evidente la voluntad de financiar la vivienda con el mismo, toda vez que la solicitante de la anotación aportó las cantidades que en el contrato se indican. Por ello, ha de entenderse que simplemente las aportaciones de cantidad a una promoción son causa directa para ser considerado aquel como préstamo refaccionario. Además, en este caso se compraron terrenos rústicos y se convirtieron en urbanos realizándose una mejora de los mismos.
2. Que en línea con la sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de mayo de 1987, son créditos refaccionarios todos los surgidos como consecuencia, directa o indirecta, de un contrato de obra, de modo que cualquier financiación de una obra consistente en construir, reparar, mejorar o conservar será refaccionario, y precisamente lo presentado al Registro es un contrato de obra concertado entre la solicitante y la Cooperativa, para realizar una vivienda, no para comprar una parcela, aunque esto último sea necesario para el resultado final perseguido.
En todo caso se muestra la conformidad con la nota, en el sentido que se exija por la Registradora la concurrencia de la solicitante y de la Cooperativa, toda vez que el crédito debe de ser inscrito con la aportación de legitimidad de las firmas de ambas partes (*sic*); estando también conforme con la aplicación del artículo 61 del Reglamento Hipotecario, «pero sobre las fincas que se compra con el dinero puesto para el proyecto con el Cam, es decir, a las posteriores al 2005» (*sic*).
3. Que sólo el hecho de la firma de un contrato de construcción es suficiente causa para ser considerado como crédito refaccionario, independientemente de que el promotor o la cooperativa «se lo gaste en tierras, licencias o lo que sea», pues la calificación jurídica se da con independencia de que la vivienda se realice o no.

IV

Mediante escritos de 30 de noviembre de 2009, la Registradora de la Propiedad elevó el expediente a este Centro Directivo (con registro de entrada el día 3 de diciembre de 2009).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 1923 del Código Civil; 15 y 51 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas; 23.1, 49 y 55 de la Ley 4/1999, de 30 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid; 42, 55, 59 a 64 y 92 a 95 de la Ley Hipotecaria; 18, 20 a 23, 26, 27 y 35 de la Ley de 21 de agosto de 1893, de Hipoteca Naval; 90.1.3.º y 90.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal; 155 a 160, 166, 197 y 206 del Reglamento Hipotecario; las sentencias del Tribunal Supremo, de 19 de abril de 1975, 21 de mayo de 1987, 30 de marzo de 1990,

5 de julio de 1990, 9 de julio de 1993, 22 de julio de 1994, 21 de julio de 2000 y 6 de febrero de 2006; y las Resoluciones de este Centro Directivo, de 14 de junio de 1899, 9 de junio de 1911, 29 de marzo de 1954, 10 de diciembre de 1999, 12 de marzo de 2004 y 6 de abril de 2006.

1. En el presente recurso debe decidirse si puede o no considerarse como crédito refaccionario, susceptible de anotación preventiva en el Registro de la Propiedad, el originado por la aportación que de una determinada cantidad de dinero ha realizado una persona al ingresar como cooperativista en una cooperativa de viviendas de la que posteriormente causa baja.

El solicitante de dicha anotación alega que con el dinero que aportó se compraron las fincas inscritas en dicho Registro a nombre de la citada cooperativa, para construir viviendas de protección pública, y que dichos terrenos se compraron con las aportaciones de los socios y no con el capital social de dicha entidad.

La Registradora de la Propiedad deniega la práctica de la anotación preventiva solicitada por entender, en esencia, que el eventual derecho de reembolso de la aportación, en su día realizada, no tiene la cualidad de crédito refaccionario. Considera que la adquisición de terrenos para construir no da lugar al nacimiento de créditos refaccionarios y que, además, en el Registro únicamente consta la mera adquisición de los terrenos, sin que figure ninguna declaración de obra nueva y sin que se pueda apreciar de la documentación aportada si se realizó o no con el capital social de la cooperativa.

2. En nuestro ordenamiento jurídico no existe norma alguna que defina el crédito refaccionario. El Código Civil se limita a establecer determinada preferencia legal en favor de los créditos refaccionarios sobre los inmuebles que hubiesen sido objeto de la refacción, distinguiendo según consten o no en el Registro de la Propiedad (cfr. art. 1923, núms. 3 y 5). La Ley Hipotecaria dispone que el acreedor refaccionario puede exigir anotación preventiva —con los efectos de la hipoteca— sobre la finca refaccionada (cfr. art. 59 en relación con los arts. 42.8.º, 60 a 65 y 92 a 95). Asimismo, se regula la preferencia del crédito refaccionario en la Ley de Hipoteca Naval (cfr. arts. 18, 20 a 23, 26, 27 y 35) y en la Ley Concursal (arts. 90.1.3.º y 90.2).

Para la Real Academia Española de la Lengua, el calificativo «refaccionario», referido a un crédito, viene a indicar que procede de dinero invertido en fabricar o reparar algo, con provecho no solamente para el sujeto a quien pertenece, sino también para otros acreedores o interesados en ello.

Puede afirmarse que se considera crédito refaccionario el contraído en la construcción, conservación, reparación o mejora de una cosa, generalmente un inmueble. Tradicionalmente se ha exigido a la figura del acreedor refaccionario una colaboración personal en las tareas vinculadas a la cosa refaccionada. Y, según la evolución jurisprudencial, el crédito deriva de la anticipación de dinero, material o trabajo con dicha finalidad.

En efecto, la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo (cfr. la sentencia de 21 de julio de 2000 y las demás citadas en los «Vistos» de la presente Resolución), a la hora de proporcionar rasgos definitorios de esta figura, ha puesto de manifiesto que el crédito refaccionario no nace necesariamente de un préstamo, en el sentido técnico-jurídico que ha de darse a dicho contrato, sino también de aquellos otros contratos que hayan contribuido, de modo directo, al resultado de una construcción, reparación, conservación o mejora de un inmueble, refiriéndolo a toda relación jurídica que implique un adelanto por el contratista al propietario. Se entiende igualmente que la palabra «anticipar», emplea-

da por el artículo 59 de la Ley Hipotecaria para anotar las cantidades entregadas de una vez o de modo sucesivo, ha de entenderse de modo amplio y comprensivo del adelanto que el contratista ha de hacer para ejecutar la obra, siendo el término «cantidad» una referencia a la valoración y determinabilidad a que alude el artículo 1273 del Código Civil, máxime cuando el artículo 60 de aquella Ley se refiere al «dinero o efectos en que consistan los mismos créditos». Todo ello, superando anteriores pronunciamientos del mismo Tribunal Supremo que habían aplicado el que se podría calificar como concepto estricto de crédito refaccionario, ciñéndolo al derivado de un contrato de préstamo de dinero destinado a la construcción o reparación de un edificio.

Ahora bien, en dicha jurisprudencia también se pone de relieve que tal «concepto amplio de crédito refaccionario no autoriza, empero, su extensión indiscriminada a todo el que tenga su origen en el suministro de bienes o servicios que guarden cualquier tipo de relación con bienes inmuebles». Y es que, en aquellos casos también calificados como supuestos de crédito refaccionario por el Alto Tribunal, se desprendía que el acreedor había ejecutado la propia obra del edificio o bien había suministrado elementos, integrados de forma fija en el inmueble en cuestión.

3. En el caso del presente recurso, y como acertadamente pone de relieve la Registradora en su calificación (que da perfecta cuenta de los antecedentes de hecho del caso y del contenido de los libros del Registro), a la vista de la pretensión de la solicitante de la anotación no puede afirmarse que estemos en presencia de una refacción, de un aumento de valor del bien como consecuencia de las obras, puesto que las fincas sobre las que pretende la anotación siguen calificadas como rústicas y no existe declaración de obra nueva sobre las mismas, debiendo recordarse, de nuevo, que es la incorporación del valor en el bien objeto de refacción —y no en el patrimonio del deudor— lo que tradicionalmente ha venido a justificar la preferencia reconocida en favor del crédito refaccionario y, por ende, la posibilidad de practicar la anotación preventiva del mismo.

Por lo demás, también deben compartirse los razonamientos que la Registradora expresa en su nota al interpretar el alcance de los artículos 15.4 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas Estatal, y 55.5 de la Ley 4/1999, de 30 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid, pues tales preceptos determinan la responsabilidad del socio que causa baja en la cooperativa, estableciendo que aquél responderá personalmente de las deudas sociales (obligaciones contraídas por la cooperativa con anterioridad a su baja y previa exclusión del haber social), durante cinco años desde la pérdida de su condición de socio y hasta el importe reembolsado, por lo que resulta evidente que al hacer responsable al cooperativista con esa extensión, coloca a los acreedores sociales en situación más privilegiada que a aquél, lo cual se opone al privilegio que otorga la refacción.

Pero es que, además, la expresión «reembolso» que emplea la legislación sobre cooperativas, no deja de ser en cierto sentido impropia, pues parece dar a entender devolución o recuperación exacta de lo que el cooperativista hubiera aportado, y lo que realmente ha de tener lugar, al causar aquél baja en la entidad, es una liquidación, puesto que el capital aportado es un capital de riesgo, sometido a pérdidas o incrementos, de modo que el socio que causa baja a lo que tiene derecho es a que le liquiden su aportación al capital, cuyo valor puede haber aumentado o disminuido. Esta idea es recogida por la legislación cuando alude a la «liquidación de estas aportaciones», que necesariamente conduce a

referenciar la «aportación por liquidar» no a «parte alícuota del patrimonio social» sino a «parte alícuota del capital social» (parte alícuota del patrimonio neto repartible reflejado en el pasivo del balance por el capital social, dentro de los fondos propios).

Añádase a lo anterior para concluir, y como refuerzo de la consideración de mera pretensión personal que tiene el derecho de reembolso del socio, que el Tribunal Supremo ha encuadrado la acción para reclamarlo en el ámbito del artículo 1964 del Código Civil (plazo de prescripción de las acciones personales que no tengan fijado un término especial).

4. Por último, tampoco cabe olvidar las objeciones formales que se contienen en la parte final de la nota de calificación y que el recurrente admite en su escrito, por lo cual queda reforzada, aun más, la negativa a la práctica de la anotación pretendida.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada.

Contra esta resolución, los legalmente legitimados, pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 20 de mayo de 2010

La Directora General,
M.^a Ángeles ALCALÁ DÍAZ

II. COMENTARIO

1. INTRODUCCIÓN

Resulta paradójico que sea precisamente en una materia de interpretación estricta como es la concurrencia y prelación de créditos donde dispongamos de un privilegio de una interpretación tan compleja como la que, a la vista de las dudas que periódicamente se plantean sobre su extensión, es predicable del privilegio de los créditos refaccionarios. Desde su creación por Marco Aurelio, inspirado en la idea de facilitar la reconstrucción de Roma tras el desbordamiento del río Tiber (D. 42, 3, 1; D. 42, 5, 24 y D. 20, 2, 1), el privilegio de los créditos refaccionarios se ha venido manteniendo en nuestro Derecho histórico (Leyes 26, 28, Título XIII, partida V; art. 596.8.º del CCo de 1829, arts. 1927 y 1874 del Proyecto de CC de 1851) y en nuestros repertorios legislativos (art. 1923.3.º y 5.º del CC, art. 42.8.º y concordantes de la LH y su Reglamento, art. 90.1.3.º de la Ley Concursal, etc.) con la mayor opacidad, pues sólo en alguna disposición aislada, donde se califica como refaccionario a determinadas clases de créditos, se especifica que tienen tal condición los créditos derivados de ciertos tipos contractuales (préstamos, aunque sólo para ciertas finalidades como, por ejemplo, la rehabilitación de viviendas: art. 11.3 del RD 2329/1983, de 28 de julio), o los créditos por concretos derechos de reembolso legalmente establecidos (art. 64 de la LAR derogada). Posiblemente la interpretación inicial del concepto, construida en torno a la idea de préstamo y que fue la tradicional hasta la STS de 21 de mayo de 1987 (cfr. SSTs de 12 de septiembre de 1862, 19

de abril de 1975), explique el discreto nivel de litigiosidad de este privilegio, pues precisamente los financiadores de la construcción no lo necesitan, ni siquiera en su versión registral, ya que tienen a su disposición la posibilidad real de exigir la constitución de una garantía hipotecaria. De hecho, a pesar de esta formulación tradicional del privilegio, en alguna ocasión el mismo fue negado a un prestamista con pacto de destinación a la construcción (STS de 5 de julio de 1975) y, sin embargo, fue concedido a los contratistas de obra (SSTS de 21 de noviembre de 1880, 30 de diciembre de 1896; RDGRN de 9 de junio de 1911) y a los suministradores de materiales de construcción (SSTS de 15 de noviembre de 1868 y 11 de octubre de 1894), por estimar que tales créditos entrañan un «anticipo» que estos acreedores hacen al deudor.

La situación no varió sustancialmente con la STS de 21 de mayo de 1987, pues si bien supimos entonces que el privilegio no es exclusivo de los financiadores de la construcción, sino que beneficia a todo crédito que haya contribuido «de modo directo» (sentencia citada) o que esté «causalmente conectado» con obras de reparación, construcción o mejora de bienes (SSTS de 9 de julio de 1993, 21 de julio de 2000, 12 de julio de 2004, 6 de febrero de 2006) o, más ampliamente, que es refaccionario el crédito que se contrae y emplea en la construcción, conservación o reparación de un bien (SSTS de 5 de julio de 1990 y 6 de febrero de 2006), no por ello el concepto perdió ambigüedad. Sobre todo porque también han estimado los tribunales que el concepto amplio de crédito refaccionario no autoriza su extensión indiscriminada a todo el que tenga su origen en el suministro de bienes o servicios que guarden cualquier tipo de relación con bienes inmuebles (STS de 21 de julio de 2000). En estos años hemos tenido que considerar si en una concepción tan extensa —aunque no indiscriminada (*sic*)— del privilegio refaccionario tienen cabida créditos distintos al del contratista de obras, por ejemplo, el crédito del tercer poseedor por el coste de las obras realizadas en la finca hipotecada (a lo que la STS de 5 de julio de 1990 respondió negativamente), el crédito de quien suministró maquinaria pesada para el desarrollo de la industria con respecto a la finca en la cual se ubica (la respuesta fue negativa en la STS de 21 de julio de 2000) o de quien financió la adquisición de esta maquinaria (SAP de Vizcaya, de 14 de enero de 1993), el crédito del proyectista (se hubiera declarado preferente en la SAP de Málaga, de 2 de junio de 2005, si el proyecto se hubiera referido a la finca cuestionada) o, también, si es posible la refacción de créditos (el problema se atisbó en la STS de 9 de julio de 1993, pero la posibilidad se niega en la STS de 4 de diciembre de 2006, con el argumento de que sólo cabe refacción de cosas corporales).

El último caso en el que se ha planteado la aplicación del privilegio refaccionario es en el ámbito de las cooperativas de viviendas. En concreto, en las resoluciones comentadas, la DGRN tiene que resolver si tiene tal naturaleza y es susceptible de anotación preventiva en el Registro de la Propiedad, el crédito «originado por la aportación que de una determinada cantidad de dinero ha realizado una persona al ingresar como cooperativista en una cooperativa de viviendas de la que posteriormente causa baja». Nosotros, que no estamos constreñidos por este objeto procedimental, aprovecharemos la ocasión que nos brindan estas resoluciones para reflexionar más ampliamente sobre cuáles deban ser las reglas que permitan determinar qué créditos están comprendidos en la regla de excepción.

Existen, además, algunas singularidades del caso sometido a la consideración de la DGRN que también serán objeto de estudio, significativamente, la

necesidad o no de que el incremento patrimonial haya tenido reflejo registral (sea mediante la conversión del terreno en urbano o a través de la declaración de la obra nueva).

2. UNA CUESTIÓN PREVIA: LA UTILIDAD REAL DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE CRÉDITOS REFACCIONARIOS

La crisis del sector de la construcción ha propiciado que la anotación preventiva de créditos refaccionarios esté viviendo un inusitado esplendor. No son pocas las demandas a comitentes en las que se solicita —incorrectamente, desde luego— su anotación preventiva en el Registro de la Propiedad conforme al artículo 42.1.º LH, con el argumento de que se está exigiendo el pago de un crédito refaccionario. Como es evidente, tal anotación sólo procede cuando la demanda tiene por objeto precisamente la extensión de la anotación preventiva de créditos refaccionarios del artículo 42.8.º LH. Y ésta es en la actualidad la única utilidad de la anotación preventiva del artículo 42.8.º LH: que el acreedor refaccionario que seguramente esté desprovisto de cualquier otra garantía de cobro puede conseguir un medio de aseguramiento tan eficaz como la hipoteca sin necesidad de que, una vez perfeccionado el contrato, el deudor preste su (improbable) consentimiento. Porque, ciertamente, si la anotación preventiva ha de practicarse con el consentimiento del deudor, será preferible constituir una hipoteca a solicitar la práctica de una anotación preventiva cuya conversión en inscripción de hipoteca puede requerir un procedimiento judicial dirigido a resolver la (eventual pero muy probable) controversia sobre las obras realmente realizadas y su precio (art. 94 LH). Por ello no dejará de ser preferible la hipoteca pese a que la misma tenga una carga fiscal mayor que la anotación [el tipo de gravamen de la hipoteca es del 1% mientras que la anotación sólo tributa por el 0,5%, cfr. arts. 11.1.c) y 44 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados].

3. LA INSUFICIENCIA DEL CONCEPTO JURISPRUDENCIAL DE CRÉDITO REFACCIONARIO

El modo de proceder de la jurisprudencia a la hora de definir qué sea el privilegio refaccionario ha resultado altamente insatisfactorio, pues, o bien era técnicamente incorrecto, o bien no sirvió para resolver los casos posteriores, en los que siempre fue necesario crear argumentos adicionales de decisión. En efecto:

En un primer momento, el tenor literal de los artículos 59 («cantidades que... anticipare») y 60 LH (cantidad de dinero o efectos en que consistan los mismos créditos») propició que el concepto girase en torno al del contrato de préstamo, de modo que el privilegio beneficiaría a quien hubiera entregado dinero o materiales necesarios para la construcción, conservación o reparación de una finca (SSTS de 20 de diciembre de 1896 y 19 de abril de 1975). Sin embargo, la impropia utilización de la figura del préstamo no impidió que los créditos del contratista de obra y de los suministradores de materiales para la construcción, reparación o mejora de inmuebles se consideraran comprendidos en la preferencia crediticia.

La mejora técnica de la formulación del privilegio iniciada por la STS de 21 de mayo de 1987 no solucionó el problema. Y es que ni la mayor amplitud con que se pueda definir el privilegio (es refaccionario «el crédito que se contrae y emplea en la construcción...», SSTs de 5 de julio de 1990 y 6 de febrero de 2006), ni tampoco la concreción que, en algunos pronunciamientos, impone la necesidad de que el crédito haya contribuido «de modo directo» (STS de 21 de mayo de 1987) o que el mismo esté «causalmente conectado» con obras de reparación, construcción o mejora de bienes (SSTs de 9 de julio de 1993, 21 de julio de 2000, 12 de julio de 2004 y 6 de febrero de 2006), responde por sí sola a la cuestión de si tiene esta naturaleza el crédito del tercer poseedor de finca hipotecada (que la STS de 5 de julio de 1990 negó con argumentos adicionales), o si lo es el crédito del que vendió maquinaria pesada para el desarrollo industrial con respecto a la finca en la que se ubica la industria (lo que la STS de 21 de julio de 2000 niega, aunque siembra la duda de si existiría tal privilegio frente al acreedor hipotecario con pacto de extensión convencional a esta maquinaria conforme al art. 111 LH). Por otra parte, esta concepción amplia del privilegio tampoco explica por qué no es posible la refacción de créditos (problema que no se llegó a tratar en la STS de 9 de julio de 1993, aunque sí en la STS de 4 de diciembre de 2006, donde esta posibilidad fue descartada con el argumento adicional de que el privilegio sólo admite ejercicio sobre cosas corporales). Finalmente, en el caso que ahora comentamos, tampoco la formulación actual del privilegio utilizada por la jurisprudencia permite concluir si el cooperativista que causa baja en la cooperativa de viviendas es o no un acreedor privilegiado, pues esta condición se niega con el argumento, también nuevo, consistente en el juego circular de prelación que esta cualidad comportaría, y sobre la que volveremos luego.

Es más, tampoco se nos ha explicado cuál es la frontera exacta en que deba situarse el límite que pone la STS de 21 de julio de 2000 cuando veda una extensión indiscriminada del privilegio refaccionario a todo el que tenga su origen en el suministro de bienes o servicios que guarden cualquier tipo de relación con bienes inmuebles. Tal vez como expresión de esta contención, en la STS de 7 de octubre de 2008 se niega que el acreedor directo del artículo 1597 del Código Civil sea un acreedor privilegiado en la concurrencia con otros acreedores del comitente (porque «nada tiene que ver [la acción directa] con la materia de privilegios crediticios»).

4. LAS EXCEPCIONES A LA *PAR CONDITIO* Y LA FUNDAMENTACIÓN DEL PRIVILEGIO DE LOS CRÉDITOS REFACCIONARIOS

En otro lugar (*El privilegio del crédito refaccionario*, Tecnos, 1995, *passim*) nos hemos ocupado ampliamente de la relevancia que los privilegios tienen en la distribución del riesgo de insolvencia patrimonial del deudor y, por tanto, de la precaución con que ha de operarse en la definición de un sistema eficaz de prelación de créditos. Es evidente que sólo puede ser correcta una interpretación del privilegio que sea conforme con la finalidad perseguida por el Legislador, pues es precisamente la causa concreta (*privilegia non ex tempora aestimatur; sed ex causa*) lo que en cada caso ha de servir para identificar el ámbito de créditos privilegiados. En el caso del privilegio refaccionario, pese a los esfuerzos doctrinales, hay que concluir que los restantes acreedores no experimentan ni un beneficio ni un enriquecimiento injustificado por obra del

acreedor refaccionario, ya que si tienen mayores expectativas de cobro, merced a la actividad edificatoria, ello sucede por disponerlo así la regla de responsabilidad patrimonial universal del deudor establecida en el artículo 1911 del Código Civil. Además, hay que tener en cuenta que ningún empobrecimiento sufre el acreedor que ingresa en su patrimonio un derecho de crédito por razón de la obra. Es más, similares incrementos patrimoniales pueden suponer para el deudor otras prestaciones que no están dotadas de privilegio crediticio alguno. Tampoco es generalizable el fundamento de política económica y social ofrecido por DE ÁNGEL YAGÜEZ (*Los créditos derivados del contrato de obra. Su protección legal en la legislación civil*, Madrid, 1969, pág. 148), no ya porque sea una explicación de índole política, sino porque este deseo legal de proteger y fomentar la actividad constructiva es incongruente con el riesgo y ventura que el contratista de obra soporta conforme a lo establecido en los artículos 1589, 1590 y 1593 del Código Civil.

En definitiva, si el privilegio refaccionario no tiene una fundamentación jurídica, hay que concluir con DE CASTRO (*El negocio jurídico*, ed. facsímil, 1971, Madrid, 1985, pág. 285 y sigs.) que es sólo la «causa concreta» tomada en cuenta por el legislador la que hace nacer el privilegio, en nuestro caso, el construir, el mejorar bienes, el repararlos. De este modo, si el privilegio no reposa en una particular razón que justifique la exención a la regla del dividendo, sólo estará justificado conceder esta excepcional forma de protección en que el privilegio consiste a aquellos acreedores que no puedan disponer de ninguna garantía que les permita evitar el riesgo de insolvencia de su deudor, bien porque no sea posible acudir al mercado de garantías (por carecer de poder de negociación o por el irrazonable coste de la misma), bien porque la concurrencia con otros acreedores no sea posible por estar facultado para detraer su crédito. En otro caso no estará justificado que el acreedor se beneficie gratuitamente de esta ventaja legal, cuando, como decía GARCÍA GOYENA al justificar la supresión en el Proyecto de Código Civil de 1851 del privilegio de quienes financiaron la construcción, éstos «fueron libres en no prestar sino con la hipoteca del mismo inmueble» (*Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852, ed. facsímil de 1973, tomo IV, pág. 288). Sobre todo ello, vid. CORDERO LOBATO, *El privilegio del crédito refaccionario*, cit., *passim*.

5. CONSTRUCCIÓN, REPARACIÓN O MEJORA DE CUALQUIER CLASE DE BIENES

El Código Civil establece privilegios refaccionarios inmobiliarios y mobiliarios sin exigir en cuanto a estos últimos que el bien refaccionado sea corporal. No compartimos las razones aducidas en la STS de 4 de diciembre de 2006 para restringir el privilegio del artículo 1922.1.º del Código Civil a los bienes corporales, pues es claro que ninguna restricción hace el Código. Es más, en aquellas actividades edificatorias que tienen por objeto la construcción, reparación o mejora de bienes demaniales, la concesión de un privilegio refaccionario sobre el crédito del contratista por razón de las obras es la única forma de posibilitar una protección del subcontratista y de los suministradores de material equivalente a la que tiene un acreedor refaccionario que sí puede cobrar con preferencia en el concurso con otros acreedores sobre el valor del bien refaccionado.

6. CRÉDITOS CAUSALMENTE CONECTADOS CON LA CONSTRUCCIÓN, REPARACIÓN O MEJORA DE BIENES

Como hemos indicado, el privilegio no se disfruta por el solo hecho de haber realizado una prestación que incrementa el patrimonio del deudor, sino sólo cuando esta prestación ha tenido como consecuencia la construcción, reparación o mejora de bienes. Esta conexión causal es indudable en aquellos casos en que la construcción, reparación o mejora forma parte de la estructura causal del negocio del que deriva el crédito, como sucede en el crédito que el contratista de obra o, en su caso, el subcontratista acreedor directo, tengan contra el comitente, ya que en ambos casos existe un nexo causal entre la prestación realizada y el resultado edificatorio. Lo mismo ocurre con el *facere* en que consiste la prestación del director del proyecto de edificación utilizado para la construcción, reparación o mejora de un inmueble.

Idéntica conexión causal existe en aquellos supuestos de naturaleza no contractual en los que el acreedor tiene reconocido un derecho de reembolso por razón de las obras, como sucede con los supuestos de reembolso por impensas en cosa ajena, casos en que únicamente habrán de excluirse aquellos créditos cuyo régimen específico conceda a su titular un derecho a detraer el importe del crédito, que evite la concurrencia con otros acreedores del deudor común (ampliamente, CORDERO LOBATO, *El privilegio del crédito refaccionario*, cit., págs. 141 y sigs.). En esta situación se encuentra el tercer poseedor de finca hipotecada, razones por las que consideramos correcto el fallo —que no la argumentación— de la STS de 5 de julio de 1990.

7. EL PROBLEMA DE LA CONEXIÓN CAUSAL CUANDO LA CONSTRUCCIÓN, REPARACIÓN O MEJORA, SI BIEN FORMA PARTE DE LA ESTRUCTURA CAUSAL DEL NEGOCIO, SÓLO AFECTA INDIRECTAMENTE A LAS FINCAS

Nos preguntamos ahora si es posible predicar la cualidad refaccionaria de aquellos créditos que derivan de prestaciones que si bien han tenido como consecuencia directa una construcción, reparación o mejora, sin embargo, las mismas no se han realizado sobre el bien cuestionado. Piénsese, por ejemplo, en las obras de urbanización que afecten a las fincas y que, como alegaban los recurrentes en la resolución cuestionada, permitan considerar que el suelo ha perdido su calificación de rural para ser suelo urbano, pues bastaría que tales actuaciones se hubieran materializado para que el suelo mereciera la calificación de urbano (cfr. CARRASCO PERERA/CORDERO LOBATO/GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la Construcción y la Vivienda*, 6.^a ed., Dilex, 2008, págs. 95 y sigs.). Existe aquí un indudable incremento de valor de los inmuebles que no se concreta en un bien específico, sino que beneficia por igual medida a todas las fincas comprendidas en el área de actuación. Cierto que, en este caso, el agente urbanizador (o la figura análoga regulada en la legislación urbanística autonómica) no necesitará valerse del privilegio refaccionario, ya que puede conseguir que las fincas de resultado en el procedimiento de equidistribución queden afectas al pago de los gastos de urbanización, con las limitaciones establecidas en el artículo 19 del Real Decreto 1093/1997, afección que en la legislación autonómica está condicionada a la extensión de la correspondiente nota marginal. Ahora bien, todavía habría que decidir si este privilegio puede favorecer a los acreedores del urbanizador que pretendan ejercitar la acción directa del artículo 1597 del Código Civil frente a los propietarios de las fincas afectadas.

En este orden de ideas, también hay que plantearse si el acreedor de los propietarios en una propiedad horizontal puede pretenderse acreedor con privilegio refaccionario cuando realiza una construcción, reparación o mejora de bienes comunes, pues si bien las propiedades privativas se encuentran afectas a la garantía de los créditos por gastos comunes, la misma sólo beneficia a la comunidad de propietarios y no a los acreedores por razón de las obras que provoquen la correspondiente derrama por gastos comunes. No obstante, a diferencia de lo que sucede en el caso de las obras de urbanización, los elementos comunes construidos, reparados o mejorados sí son parte inseparable de las fincas privativas que componen la edificación, por lo que puede afirmarse que la actividad edificatoria se materializa en el bien privativo. Lo único que resta por decidir en este caso es la medida en que cada propietario es responsable frente al tercero, lo que puede resolverse con las reglas generales (mancomunidad estructurada de acuerdo con el coeficiente de participación de cada finca, cfr. art. 1137 CC).

8. LA CONEXIÓN CAUSAL EN EL CASO DE CRÉDITOS EN LOS QUE LA CONSTRUCCIÓN, REPARACIÓN O MEJORA NO FORMA PARTE DE LA ESTRUCTURA CAUSAL DEL NEGOCIO

Todavía más complejo es establecer el nexo causal en aquellos créditos que derivan de prestaciones consistentes en un *dare*, pues en ellas el empleo de los bienes entregados (dinero, materiales de construcción, proyectos técnicos de edificación) excede la cobertura causal del negocio. De este modo, no bastará con probar la realización de la prestación (la entrega), sino que habrá de acreditarse la inversión efectiva del objeto de la prestación en el proceso constructivo. No obstante, a esta constatación también podrá llegarse mediante la prueba de presunciones (se utilizó en la STS de 1 de diciembre de 1868, porque «la sociedad del tranvía no podía dedicarse a otro tipo de negociaciones», cuales eran la construcción y mantenimiento de las instalaciones del ferrocarril). En algunos casos legalmente establecidos, el solo pacto de destinación en contratos de financiación permite al acreedor disfrutar de la condición de acreedor privilegiado (determinados préstamos para la rehabilitación de viviendas conforme al art. 11.3 del RD 2329/1983).

9. EN CONCRETO, LA CALIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS ORIGINADOS POR LAS APORTACIONES REALIZADAS POR COOPERATIVISTAS DE VIVIENDAS

a) *El problema del nexo causal entre aportación y mejora: aportaciones que no se materializan solo en la construcción, reparación o mejora de viviendas*

La estructura causal del crédito del socio por las aportaciones que ha realizado a la cooperativa de viviendas no comprende la construcción, reparación o mejora de viviendas. No es sólo que la prestación del socio consista en un *dare* cuyo empleo en las obras deba acreditarse por quedar fuera de la estructura causal. Es que, además, la cooperativa de vivienda puede destinar las aportaciones de los socios a operaciones que no consistan en la construcción, reparación y mejora de bienes, a saber la cooperativa tendrá que pagar la remuneración del gestor profesionalizado de la cooperativa (el director, el promotor de la cooperativa), coste este que no se materializa en ninguna

actividad edificatoria. Además, la cooperativa tendrá que adquirir los terrenos necesarios para la edificación, y lo cierto es que el privilegio refaccionario no comprende los créditos por razón de la venta o la financiación de la misma al deudor, de modo que el vendedor de inmuebles, el prestamista que financió la adquisición y el comprador que anticipó cantidades para la compra de viviendas terminadas carecen de privilegio alguno, sin perjuicio de otras eventuales garantías con que puedan contar (por ejemplo, las garantías por cantidades adelantadas en la venta de inmuebles, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 57/1968 y legislación complementaria). No sucede lo mismo con el vendedor de bienes muebles que dispone de un privilegio específico, distinto del refaccionario (art. 1922.1.º CC; sobre la distinción entre privilegio refaccionario y privilegio del vendedor a plazos, cfr. GULLÓN BALLESTEROS, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1991, tomo II, pág. 2067). En general, la cooperativa está facultada para realizar todas aquellas operaciones necesarias para el mejor cumplimiento del objeto social (en cuanto al Derecho estatal, art. 89.2 de la Ley 27/1999), que no siempre se concretarán en una construcción, reparación o mejora del inmueble. Sobre todo ello, cfr. CARRASCO/CORDERO/GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., pag. 915 y sigs.

De este modo, el primer obstáculo para admitir la cualidad refaccionaria del crédito de reembolso del cooperativista radica en la dificultad para establecer la relación causal entre la aportación del socio y la construcción, reparación o mejora de un inmueble.

b) *El problema del contenido del derecho de reembolso*

En la Resolución comentada, la DGRN estima que la expresión «reembolso» es impropia, y que no existe devolución o recuperación exacta de lo que el cooperativista hubiera aportado, sino que más propiamente procede una «liquidación» de su aportación al capital, cuyo valor puede haber aumentado o disminuido. En nuestra opinión, esta configuración del crédito del socio frente a la cooperativa no impide que el mismo pueda calificarse como refaccionario. Aunque es cierto que la interpretación conjunta de los preceptos reguladores del crédito del cooperativista que causa baja en las cooperativas de viviendas no permiten estimar que el socio tenga derecho a la misma cantidad que aportó, pues la misma estará expuesta a las fluctuaciones que procedan según el balance del cierre del ejercicio correspondiente (arts. 51 y 89.5 de la Ley 27/1999), lo cierto es que esta necesidad de liquidación final no impide de por sí apreciar que existe una relación causal entre la aportación y la edificación. Por la misma razón tampoco nos parece decisivo que el crédito del socio que causa baja sea una «mera pretensión personal» (FD 3.º de la resolución comentada), no sólo porque también ha de tener la misma naturaleza el crédito de un contratista de obra (que a estas alturas ya nadie discute que sea un crédito refaccionario) sino porque al cuestionar la naturaleza refaccionaria del crédito del socio que causa baja nadie está considerando que el mismo pueda transformarse en un derecho real sobre los bienes de la cooperativa, lo que sólo sucederá, en su caso, merced a la protección registral del crédito refaccionario anotado y a su conversión en inscripción de hipoteca. En nuestra opinión, la falta de correspondencia entre el importe del capital aportado y el importe del capital a reembolsar que proceda tras la liquidación que

ordena la legislación de cooperativas constituye únicamente un problema liquidatorio que, por lo demás, puede solucionarse conforme al régimen liquidatorio de los créditos refaccionarios anotados que se contiene en la legislación hipotecaria (cfr. art. 94 LH).

c) *El juego circular de prelaciones: la responsabilidad del socio por las deudas de la cooperativa*

El régimen de las sociedades cooperativas revela que los créditos de los acreedores de la cooperativa constituyen un interés que prevalece sobre el de los socios cooperativistas: así, el cooperativista que causa baja responde personalmente de las deudas sociales, previa excusión del haber social, durante cinco años desde la pérdida de la condición de socio, por las obligaciones contraídas por la cooperativa con anterioridad a su baja, hasta el importe reembolsado de sus aportaciones al capital social (art. 15.4 de la Ley 27/1999). Además, cuando la cooperativa es objeto de liquidación, antes de efectuar cualquier reintegro a los socios han de pagarse las deudas sociales, consignarse o asegurarse los créditos no vencidos (art. 75 de la Ley 27/1999). Es más, a todo ello el Tribunal Supremo ha añadido que el socio adjudicatario de los inmuebles responde personal e ilimitadamente de las deudas que la cooperativa tiene con suministradores de materiales o con constructores por razón del proceso edificatorio (cfr. referencias jurisprudenciales en CARRASCO/CORDERO/GONZÁLEZ CARRASCO, *De-recho de la construcción y la vivienda*, cit., págs. 1023-1025).

Vemos, pues, cómo o bien los acreedores terceros tienen una preferencia de cobro en el momento de la liquidación de la cooperativa, o bien tal preferencia ha de deducirse *a fortiori* del hecho de que el socio sea, junto a la cooperativa, deudor frente al tercero por razón de las obras de edificación. De este modo, hay que concluir que no sólo no cabría practicar la anotación preventiva de crédito refaccionario con respecto al crédito de reembolso que tiene el cooperativista que causó baja en la cooperativa, sino que, más en general, en ningún caso los socios cooperativistas tienen la condición de acreedores refaccionarios, pues, causen o no baja, su crédito de reembolso no prevalece sobre los créditos de los terceros que participaron en la edificación. En definitiva, la calificación refaccionaria del crédito de reembolso del socio por las aportaciones que haga a la cooperativa de viviendas es incongruente con las reglas que determinan la responsabilidad personal del socio por las deudas que la cooperativa ha contraído con terceros por razón de las obras de edificación.

d) *Disponibilidad de otras garantías*

Es más, no sólo el privilegio refaccionario es incongruente con el régimen aplicable a las cooperativas sino que, además, realmente el cooperativista no necesitará este privilegio legal en aquellos casos en que se hayan cumplido los deberes de aseguramiento de las cantidades reembolsables establecidos en la Ley 57/1986, de cantidades adelantadas en la construcción y venta de viviendas, cuyo régimen fue extendido a las construcciones en cooperativa primero por vía reglamentaria (el Decreto 3114/1968 y el Real Decreto 2028/1995, para las cooperativas de viviendas de protección oficial) y, con posterioridad, por la Disposición Adicional 1.^a de la LOE.

10. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE CRÉDITOS REFACCIONARIOS Y CONSTANCIA REGISTRAL DE LA CONSTRUCCIÓN, REPARACIÓN O MEJORA

Para terminar con este comentario, vamos a reflexionar sobre un requisito adicional al que la DGRN sujeta la práctica de la anotación preventiva de los créditos refaccionarios. El Centro Directivo confirma el criterio de la Registradora que, entre otras razones, había denegado la inscripción por no poder afirmarse que estuviéramos en presencia de una refacción, de un aumento de valor del bien como consecuencia de las obras, pues las fincas sobre las que se pretendía la anotación seguían calificadas como rústicas y no existía declaración de obra nueva sobre las mismas (FD 3.º de la Resolución comentada).

Se trata, pues, de determinar si la calificación del crédito como refaccionario o la práctica de la anotación preventiva del mismo como tal está supe-
ditada a que en el Registro de la Propiedad conste el plusvalor aportado por razón de la refacción, sea a través de la recalificación del suelo como urbano (lo que significa que se han realizado las correspondientes actuaciones urbanizadoras), sea a través de la práctica de la declaración de obra nueva.

En primer lugar, es claro que el privilegio refaccionario de los créditos no anotados se disfruta sin necesidad de la constancia registral del plusvalor aportado por las obras. De este modo, producida la concurrencia con otros acreedores sobre el bien refaccionado, será irrelevante que la edificación no haya sido declarada o que no se haya modificado la calificación registral del suelo, pues la ejecución para el cobro del crédito —con la preferencia que corresponda al crédito refaccionario no anotado— se efectuará sobre el inmueble en el estado en que se encuentre, comprendidas las edificaciones que no tuvieron acceso al Registro. Obsérvese que no estamos en un caso en que no consta la efectiva existencia de los bienes y derechos objeto de refacción (lo que daría lugar a la nulidad del embargo por indeterminado, art. 588 LEC), pues el derecho al cobro preferente en que el privilegio consiste no se ejercita sobre el plusvalor aportado (por ejemplo, la edificación con separación del suelo), sino sobre todo el inmueble objeto de refacción. Es más, en la ejecución ni siquiera importará la descripción registral del inmueble, pues el mismo habrá de ser tasado (art. 637 LEC), tasación —y eventuales tasaciones contradictorias— que se efectuarán atendiendo a su valor de mercado (art. 639 LEC), y donde o bien la falta de valoración de las edificaciones no declaradas ni valoradas habrá de ser corregida mediante una acción de enriquecimiento sin causa frente al adjudicatario (cfr. SSTs de 15 de noviembre de 1990 y 4 de junio de 1993), o bien habrá de estimarse que el adjudicatario no hace suya la edificación que no fue objeto de valoración en la ejecución (STS de 8 de noviembre de 2000).

Analizaremos ahora si la falta de constancia registral del plusvalor aportado al inmueble, si bien no impide la calificación refaccionaria de un crédito, sin embargo sí ha de entenderse que hace imposible la práctica de la correspondiente anotación preventiva. Nos parece dudoso, no sólo porque existan actividades edificatorias que no pueden tener reflejo registral (como sucede con las obras de conservación y mejora de los inmuebles) sino, sobre todo, por las reglas que disciplinan la práctica de la anotación preventiva. Y es que para que pueda procederse a la misma, ni la Ley Hipotecaria ni su Reglamento exigen que la prestación se haya empleado en la misma, ni, lógicamente, que tal aportación conste en el Registro. Es más, dado que la anotación ha de solicitarse necesariamente durante la realización de las obras (art. 42.8.º de la LH), es obvio que, en el caso de que la actividad edificatoria se haya llevado a cabo en

virtud de un contrato de obra, hasta que la misma no concluya, restarán prestaciones por ser empleadas. Es decir, que hasta la terminación de las obras tendremos solamente créditos refaccionarios en formación, momento en el cual procederá la liquidación del crédito y su conversión en inscripción de hipoteca (art. 94 LH). En definitiva, la anotación preventiva de créditos refaccionarios es una medida de aseguramiento del crédito que tiene por objeto la finca en el estado en que la misma se encuentre cuando la garantía deba hacerse efectiva (prelación sobre otros acreedores, ejecución de la hipoteca en que la anotación se haya convertido finalmente), regla que es, por lo demás, la que rige a la hora de determinar la extensión convencional de la hipoteca sobre los edificios que no han sido objeto de declaración (cfr. SSTs de 2 de enero de 1991, 10 de junio de 1995; RRDGRN de 6 de febrero de 1986, 21 de febrero de 1995, 21 de marzo de 1997; en contra STS de 8 de junio de 2004). Estimamos que no es misión del Registrador velar por que las edificaciones accedan al Registro de la Propiedad mediante la declaración de obra nueva que, por lo demás, ni siquiera es una declaración obligada a ningún otro efecto que no sea el de permitir la ulterior constitución de hipoteca sobre el edificio o sus unidades privativas (cfr. arts. 8.5.º LH y 51 RH) o la constitución del régimen de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles [art. 4.1.a) de la Ley 42/1998].

ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

EL DESCONOCIMIENTO DEL BENEFICIARIO DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA COMO PRESUPUESTO DE INEXISTENCIA DEL MISMO

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
*Profesora Contratada Doctora
Derecho Civil UCM*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO.—II. EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA EN LA JURISPRUDENCIA: 1. REQUISITOS. 2. EXAMEN JURISPRUDENCIAL DE SUS PRESUPUESTOS.—III. EL DESCONOCIMIENTO DEL BENEFICIARIO DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.—IV. ÍNDICE DE SENTENCIAS ANALIZADAS (por orden cronológico).

I. INTRODUCCIÓN: EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO

La doctrina científica (1) mantiene que toda atribución, todo desplazamiento patrimonial todo enriquecimiento deben fundarse en una justa causa ya que solo así es lícita. Cuando la atribución patrimonial no está fundada en una justa causa, el que ha recibido la atribución, el atributario debe restituir al atribuyente el valor del enriquecimiento. Nadie puede enriquecerse torticeramente en daño de otro.

II. EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA EN LA JURISPRUDENCIA

La doctrina del enriquecimiento injustificado o sin causa es en el Derecho español una construcción jurisprudencial y doctrinal, que modernamente ha

(1) ROGEL VIDE, Carlos, *Derecho de obligaciones y contratos*, Cálamo. ISBN. 84-95860-23-6. Barcelona, pág. 113 y sigs.

tenido reflejo en la Ley Cambiaria y del Cheque. De hecho así lo señala la STS de 25 de septiembre de 1997, diciendo que el enriquecimiento injusto, que aparece en dos textos del Digesto, es una figura jurídica de antigua raigambre en nuestro Derecho (Las Partidas VII-34-17 ya la recogía), con el concepto que se mantiene hoy: *ninguno non deve eriqueszer tortizeramente con daño de otro* y que sin embargo no aparece regulada directamente en nuestra legislación, salvo de una manera colateral en el artículo 10-9 del Código Civil, que prevé una norma de Derecho Internacional Privado relativa al enriquecimiento injusto, y en el artículo 508 de la Compilación Civil Foral de Navarra de 1 de marzo de 1973 (2).

1. REQUISITOS

Estamos ante un concepto que ha sido desarrollado por reiterada jurisprudencia, y que lo proclama como un *principio general del Derecho* (por ejemplo, en la sentencia de 8 de mayo de 2006) (3).

Principio que, a su vez, constituye una fuente de obligaciones, la de reparar el perjuicio ocasionado: el que se ha enriquecido, lo ha hecho sin causa y, por ello, debe restituir al empobrecido aquello en que se enriqueció [así se

(2) STS de 25 de septiembre de 1997 (rec. 967/1993. Ponente: Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA. Número de recurso: 967/1993. LA LEY 9775/1997). Pues bien, dicha teoría del enriquecimiento injusto *es una creación totalmente jurisprudencial, que a través de numerosas sentencias*, no solo las citadas por la parte recurrente, sino por muchas otras más, ha construido dicha figura como una atribución patrimonial sin causa.

(3) La STS de 8 de mayo de 2006 (rec. 2852/1999. Ponente: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. Número de sentencia: 450/2006. Número de recurso: 2852/1999. LA LEY 48399/2006) reconoció que *al apreciar la excepción de cosa juzgada, decae la subsidiaria de enriquecimiento injusto y, en segundo lugar, porque esta institución concebida en nuestro Derecho como principio general y, como tal informador de las normas legales (especialmente, el cobro de lo indebido y la gestión de negocios ajenos) se aplica directamente a un caso concreto subsidiariamente; es decir, si el supuesto se apoya en otra institución, no puede alegarse este principio: aquella tendrá sus respectivas acciones, ésta la tiene a falta de acciones específicas*.

La jurisprudencia ha sido muy reiterada en este sentido: sentencias de 18 de diciembre de 1996, 19 de febrero de 1989, 28 de febrero de 2003 y 4 de noviembre de 2004. La de 1999 es extraordinariamente elocuente y rotunda, con cita de numerosas sentencias anteriores y dice así: «la acción de enriquecimiento debe entenderse subsidiaria, en el sentido de que cuando la ley conceda acciones específicas en un supuesto regulado por ella para evitarlo, son tales acciones las que se deben ejercitar, y ni su fracaso ni su falta de ejercicio legitiman para el de la acción de enriquecimiento. Esta es la doctrina que se desprende de las sentencias de esta Sala de 25 de noviembre de 1985, 12 de marzo de 1987, 23 de noviembre de 1998 y 3 de marzo de 1990, que sostuvieron, como una de las *ratio decidendi* de sus fallos, la subsidiariedad de la acción. Ciertamente que otras han manifestado criterio contrario, así las de 19 y 20 de mayo de 1993 (citadas ambas por la sentencia recurrida), 14 de diciembre de 1994, 18 de diciembre de 1996 y 5 de mayo de 1997. Pero si se analizan con detenimiento, se verá inmediatamente que sus declaraciones sobre la no subsidiariedad nada tiene que ver con los litigios que resolvieron, no son *ratio decidendi* de sus fallos, sino meros *obiter dictum* que no crean ninguna jurisprudencia vinculante (art. 1.º 6 CC)».

En el presente caso, se parte de un contrato de compraventa que tiene sus propias acciones y no cabe el ejercicio de enriquecimiento injusto.

aprecia, por ejemplo, en las sentencias de 27 de septiembre 2004 (4), 27 de octubre de 2005 (5) y 18 de noviembre de 2005 (6)].

(4) La STS de 27 de octubre de 2004 (rec. 2930/1998. Ponente: Jesús CORBAL FERNÁNDEZ. Número de sentencia: 899/2004. Número de recurso: 2930/1998. LA LEY 14028/2004) estudia el caso de autos donde hay un enriquecimiento injusto porque se dan *todos los requisitos: aumento del patrimonio del demandado, empobrecimiento del actor e inexistencia de una justa causa*. En el caso, la ausencia de justa causa hay que referirla a la celebración de los contratos por los demandados, la cual se produjo por la *actuación torticera* de éstos que, habiendo sido socios de la cooperativa demandante, y con aprovechamiento de tal condición e incumplimiento de sus obligaciones contractuales, atrajeron a clientes consolidados de la actora a la nueva sociedad constituida por ellos.

En el caso *concurren los tres requisitos* porque, indiscutidos el aumento y disminución patrimoniales respectivos, la cuestión relativa a la «justa causa» no hay que referirla al cumplimiento de las obligaciones contractuales concertadas, sino a la propia celebración de los contratos, la cual se produjo por la actuación torticera de los que habiendo sido socios y representantes de la otra sociedad, y con aprovechamiento de tal condición e incumplimiento de sus obligaciones contractuales, atraen a los clientes a la nueva sociedad de la que también son socios y representantes. Como explica la doctrina, la ausencia de justificación no se refiere al resultado, sino al origen —causa eficiente—; en el caso, haber obtenido los contratos. En tal aspecto no cabe hablar de intervención ajena o de terceros, aunque de cualquier modo no cabe excluir un enriquecimiento indirecto cuando existe un vínculo de conexión suficiente entre los dos parámetros de aprovechamiento y empobrecimiento.

(5) La STS de 27 de octubre de 2005 (rec. 723/1999. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Número de sentencia: 821/2005. Número de recurso: 723/1999. LA LEY 210305/2005) reconoce la inexistencia de enriquecimiento injusto porque no se dan los tres requisitos señalados por la jurisprudencia, ya que estudió un supuesto de responsabilidad contractual en un arrendamiento de obra, donde la acción ejercitada por la actora lo es en la exigencia de la obligación de la constructora de recomprar las acciones de la actora que le fueron entregadas como pago del precio por los trabajos realizados por la demandada. No procede cuando la actora, que a ello se obligó, no entregó la obra en los términos convenidos, como presupuesto negocial para la recuperación de las acciones. Lo que realmente aconteció es la recuperación de las obras por la propiedad, que hubo de contratar los servicios de un tercero tras el abandono de la constructora.

La STS señaló que esta Sala de Casación Civil ha declarado que para apreciar enriquecimiento injusto se *exige ausencia de causa o justificación, desplazamiento patrimonial y consiguiente aumento del patrimonio de una parte y disminución en el de la contraria*, lo que no concurre en el caso presente, pues Bancolor, S. L. ajustó su actuar a las previsiones contractuales que amparaban la improcedencia de la recompra que se discute, lo que la aleja de haber obrado con iniquidad, injusticia o deslealtad (sentencias de 31-12-1991, 6-2-1992, 5-12-1992 y 17-2-1994), por lo que no se da la concurrencia de adjudicación alguna patrimonial antijurídica, desde el momento que existe un contrato válido y vinculante para las partes (sentencias de 4-5 y 4-11-1994 y 8-6-1995). Al no haberse demostrado los supuestos de empobrecimiento ni correlativo enriquecimiento, no es posible estimar el motivo.

(6) La STS de 18 de noviembre de 2005 (rec. 1151/1999. Ponente: Jesús CORBAL FERNÁNDEZ. Número de sentencia: 901/2005. Número de recurso: 1151/1999. LA LEY 10117/2006) analizó el siguiente supuesto: Se constituyó una hipoteca sobre una finca, construyéndose posteriormente sobre dicha finca un chalé al que no se extendía la hipoteca y adjudicación de la misma a un tercero en procedimiento sumario del artículo 131 LH. La STS estimó la existencia del enriquecimiento del demandado que se produjo por el incremento patrimonial derivado de entrar en su patrimonio, sin contraprestación alguna, el chalé existente en la finca hipotecada; el empobrecimiento de la

Los presupuestos del enriquecimiento injusto, como ha destacado numerosa doctrina y reiterada jurisprudencia (sentencias de 19 de diciembre de 1996, 5 de mayo de 1997, 25 de septiembre de 1997, 30 de octubre de 2001, 27 de octubre de 2005 y 18 de noviembre de 2005, entre otras) son:

- en primer lugar, el enriquecimiento de una persona, como incremento patrimonial;
- en segundo lugar, el correlativo empobrecimiento de la otra parte, como pérdida o perjuicio patrimonial (7);
- en tercer lugar, la inexistencia de causa que justifique la atribución patrimonial del enriquecido, supuesto que no se da cuando media una relación jurídica que la fundamente: carácter de subsidiariedad que se ha destacado jurisprudencialmente [así, sentencias de 4 de noviembre de 2004 y 24 de junio de 2010 (sobre las que luego volveré)].

actora se integra por un daño positivo consistente en la correlativa pérdida de dicho chalé, y la falta de justificación deriva de que dicha construcción no estaba hipotecada, ni comprendido su valor en el precio pagado como remate en el procedimiento sumario.

La doctrina del enriquecimiento injustificado o sin causa es plenamente aplicable al caso por concurrir los *requisitos* (sentencias de 7 y 15 de junio de 2004, 1 de junio de 2005, entre otras) *del enriquecimiento de una persona, ya sea por un aumento patrimonial o por la evitación de una pérdida, el correlativo empobrecimiento de otra persona y la ausencia de causa —justificación en su origen—, por no haber razón legal o negocial que explique la desarmonía producida.*

El enriquecimiento del demandado se produjo por el incremento patrimonial (*lucrum emergens*), derivado de entrar en su patrimonio, sin contraprestación alguna, el chalé existente en la finca hipotecada, y del que era titular la entidad actora; el empobrecimiento de ésta se integra por un daño positivo (*damnum emergens*) consistente en la correlativa pérdida de dicho chalé, y la falta de justificación deriva de que dicha construcción no estaba hipotecada, ni comprendido su valor en el precio pagado como remate en el procedimiento sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria.

Se decía anteriormente que la jurisprudencia de esta Sala aplicó la doctrina del enriquecimiento sin causa a supuestos similares al de autos, y en tal sentido cabe citar las sentencias de 15 de noviembre de 1990 y de 4 de julio de 1993. En los casos resueltos por las dos resoluciones se había embargado, tasado y sacado a subasta únicamente la parcela o solar, de modo que al incorporar el rematante, y en su caso el cesionario, a su patrimonio los respectivos chalés existentes, y que no estaban incluidos en el precio pagado, se dio lugar a un incremento patrimonial indebido en detrimento de los propietarios de los chalés, sin causa convencional o legal que justifique la desarmonía económica producida.

(7) La STS de 22 de mayo de 2009 (rec. 2193/2004. Ponente: FRANCISCO MARÍN CASTÁN. Número de sentencia: 349/2009. Número de recurso: 2193/2004. LA LEY 92035/2009) estudia el supuesto en que la demandada no sólo recuperó el buque vendido en su día con reserva de dominio e incorporó definitivamente a su patrimonio lo entregado por la compradora a cuenta del precio, sino que además recuperó el buque con la obra de su transformación ya ejecutada y se aprovechó de esta transformación, que autorizó antes de vender el buque, para su posterior explotación en la actividad pesquera, siendo indiscutible el *enriquecimiento sin causa que se produciría si la demandada tuviera que reintegrarle el precio de la obra de transformación del buque. La acción de repetición habría tenido fundamento si la obra no hubiera redundado en su provecho, pero no cuando se ejecutó mientras seguía siendo propietaria del buque durante su transformación, en virtud de la reserva de dominio.*

Además, la STS de 25 de septiembre de 1997 (8) relacionó el enriquecimiento injusto con el principio de equidad plasmado en el artículo 3-2 del Código Civil. Relación que es totalmente lógica, pues tanto que se entienda la equidad como un concepto de derecho natural, como una manifestación del principio de igualdad, o como moderación de la norma jurídica o como manera de solucionar contiendas judiciales; es el *substratum* o fundamento de la figura jurídica constituida por el enriquecimiento injusto.

2. EXAMEN JURISPRUDENCIAL DE SUS PRESUPUESTOS

El *enriquecimiento* se puede producir tanto por un aumento del patrimonio como por una no disminución del mismo (9).

El aumento del patrimonio puede deberse a un incremento del activo, por ejemplo, la adquisición de cosas corporales, o adquisición de derechos, reales, o de crédito, de posesión de las cosas; de cualquier otra ventaja como aumento del valor de las cosas o derechos ya existentes; edificaciones...

Pero también puede deberse a una disminución del pasivo: extinción de una deuda o de un gravamen... Es lo que la doctrina denomina enriquecimiento negativo, así un no gasto es equivalente a un ingreso. Aquí incluimos todos los casos de consumo de cosas pertenecientes a otros, o servicios recibidos o a expensas de un tercero: el enriquecimiento ha evitado de esta forma un gasto (10).

El segundo requisito se centra en el *empobrecimiento del actor*, lo que significa que el primer enriquecimiento se ha hecho a costa de otro. El empobrecimiento consiste en una pérdida pecuniariamente apreciable.

Por otro lado, la acción de enriquecimiento injusto está excluida en ciertos casos en que el empobrecimiento es imputable al demandante. Por ejemplo, en los casos de acto ilícito: la abuela que se niega a entregar a los niños al padre divorciado no puede reclamar los gastos de alimentación de los mismos.

(8) STS de 25 de septiembre de 1997 (rec. 967/1993. Ponente: Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA. Número de recurso: 967/1993. LA LEY 9775/1993).

(9) STS de 25 de septiembre de 1997 (rec. 967/1993. Ponente: Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA. Número de recurso: 967/1993. LA LEY 9775/1997). El enriquecimiento injusto ...es una creación totalmente jurisprudencial, que a través de numerosas sentencias, no solo las citadas por la parte recurrente, sino por muchas otras más, ha construido dicha figura como una atribución patrimonial sin causa y que debe reunir ineludiblemente los siguientes requisitos:

- a) un enriquecimiento por parte de una persona, representado por un aumento de su patrimonio o una no disminución del mismo;
- b) un empobrecimiento de otra persona, como consecuencia de lo anterior, constituido por un daño positivo o por un lucro cesante;
- c) la inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación de este principio del derecho (sentencias de 19 de mayo de 1993 y de 30 de septiembre de 1993, como compendio de lo antedicho).

En el supuesto de hecho al no haber existido ese enriquecimiento patrimonial, en la parte recurrida, tanto en su aspecto positivo como negativo, falta uno de los requisitos esenciales, el primero concretamente, para que pueda aplicarse a la presente *litis* las consecuencias de un enriquecimiento injusto, puesto que no hay nada que restituir.

(10) También es importante tener en cuenta la buena o mala fe del enriquecido —arts. 1896, 1897—, pues hay una agravación de responsabilidad del enriquecido de mala fe.

Debe existir una *relación entre enriquecimiento y empobrecimiento*. Hay una relación causal entre ambos (11).

Algunas veces puede que no haya un desplazamiento directo entre el patrimonio enriquecido y el empobrecido, por ejemplo, un contratista construye para un comitente que había comprado el terreno. La compraventa se resuelve, el vendedor recupera el terreno con el edificio, y el contratista ante la insolvencia del comprador, pretende que le pague el importe de las obras.

La doctrina del enriquecimiento injusto no permite que el Juez revise en términos de justicia o de equidad el resultado de las operaciones económicas o de tráfico realizadas por los particulares en el ámbito de la autonomía privada (12).

El enriquecimiento injusto consiste bien en una *pretensión de reembolso*, que verificada en este trámite resultaría intempestiva a todas luces, bien en la *invocación de un principio general del Derecho para justificar una pretensión de reembolso que carece de otro apoyo, y que tiene su base en que excepcional y subsidiariamente el ordenamiento consiente la revisión de determinadas atribuciones o incrementos patrimoniales que se producen ya por transferencias patrimoniales a título de prestación o como consecuencia de haber realizado inversiones en determinados bienes o de haber utilizado en provecho propio bienes ajenos*.

La doctrina del enriquecimiento injusto o sin causa permanece en nuestro Derecho como una secuela de las viejas *condiciones*, acciones personales recuperatorias que permiten obtener de quien ha resultado atributario de una prestación, o beneficiario de un incremento patrimonial por una inversión o por haber utilizado en provecho propio bienes ajenos sin un título que se lo permitiera, la medida del enriquecimiento que ha experimentado, generalmente, pero no siempre, correlativamente al empobrecimiento de la contraparte. Se trata, en todos los casos, de supuestos en los que la prestación, la inversión o la utilización carecían de justificación en una previa relación contractual o en una específica previsión legal [SSTS de 26 de junio (13) y 31 de julio de 2002 (14)]

(11) En la STS de 4 de febrero de 2010 (rec. 1345/2005. Ponente: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. Número de sentencia: 31/2010. Número de recurso: 1345/2005. LA LEY 865/2010) no cabe apreciar un enriquecimiento injusto en el caso de la obtención de un premio de lotería por quien había sido su pareja de hecho y ya no lo era al tiempo del premio y con el cual nunca había llegado a formar una comunidad de bienes.

(12) STS de 29 de enero de 2008 (rec. 5393/2000. Ponente: Vicente Luis MONTES PENADÉS. Número de sentencia: 57/2008. Número de recurso: 5393/2000. LA LEY 868/2008).

(13) STS de 26 de junio de 2002 (rec. 7/1997. Ponente: Jesús CORBAL FERNÁNDEZ. Número de sentencia: 651/2002. Número de recurso: 7/1997. LA LEY 7262/2002) no cabe el aplicar el enriquecimiento injusto cuando la situación patrimonial producida es consecuencia de pactos libremente asumidos. *El principio tiene como finalidad la reparación de un empobrecimiento y no modificar estipulaciones contractuales libremente convenidas*.

(14) STS de 31 de julio de 2002, rec. 430/1997. Ponente: MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel. Número de sentencia: 784/2002. Número de recurso: 430/1997. LA LEY 334/2003. No resulta por ello aplicable al supuesto enjuiciado la doctrina del enriquecimiento torticero o sin causa que presente como requisitos: *a) Un aumento patrimonial. b) Un empobrecimiento del actor representado por un daño positivo o por un lucro frustrado, y c) Inexistencia de una justa causa, o lo que es lo mismo, aquella situación jurídica que autorice al dueño de un bien a recibirle, bien porque existe una expresa disposición legal en este sentido, o porque se ha dado un negocio jurídico válido y eficaz*.

y 8 de julio de 2003 (15), etc.] o se han producido en su seno, pero trascendiendo la órbita de eficacia de lo convenido (16).

Estamos ante una acción de naturaleza personal no dirigida a la recuperación de las cosas salidas del patrimonio del actor, sino a la reintegración del equivalente. Es una *acción de reembolso* que busca una condena pecuniaria, siendo su plazo de prescripción el general de quince años (art. 1964 CC).

Así se ha puesto de manifiesto recientemente por Juan Antonio XIOL en sentencia de 28 de junio de 2010 (17), en la que declara la identidad objetiva entre las acciones de enriquecimiento injusto y de reembolso del artículo 1158

(15) Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, sentencia de 8 de julio de 2003, rec. 3479/1997. Ponente: Antonio ROMERO LORENZO. Número de sentencia: 681/2003. Número de recurso: 3479/1997. LA LEY 2655/2003.

Ha de recordarse, sin embargo, 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, no cabe aplicar dicha doctrina cuando el beneficio patrimonial de una de las partes es consecuencia de pactos libremente asumidos o existe una expresa disposición legal que lo autoriza 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 (sentencia de 18 de febrero de 2003. LA LEY 12124/2003). 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 adquiría, asumiendo libremente las condiciones establecidas con ocasión de la concesión de un préstamo hipotecario al 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, la demandada se aquietó a la oferta que en tercera subasta realizó el Banco 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. En definitiva, *los pactos libremente asumidos y los preceptos aplicables constituyen la justa causa que impide aplicar la doctrina del enriquecimiento injusto.*

(16) STS de 4 de febrero de 2009, rec. 72/2003. Ponente: Jesús CORBAL FERNÁNDEZ. Número de sentencia: 32/2009. Número de recurso: 72/2003. LA LEY 1157/2009. Debe indicarse que, en el ámbito de los principios, no es precisa una correspondencia económica entre los factores enriquecimiento y empobrecimiento, pues, aparte de que el primero se puede producir bien por un incremento patrimonial o por una no disminución o ahorro, y el segundo puede consistir en un daño positivo o en un lucro frustrado, sin que se excluya en el caso de haber habido una ganancia, cuando ésta no lo es en la medida adecuada según las circunstancias, esta Sala tiene declarado que «la doctrina del enriquecimiento injusto o sin causa permanece en nuestro Derecho como una secuela de las viejas *condiciones*, acciones personales recuperatorias que permiten obtener de quien ha resultado tributario de una prestación, o beneficiario de un incremento patrimonial por una inversión o por haber utilizado en provecho propio bienes ajenos sin un título que se lo permitiera [este último coincide con el caso de autos], la medida del enriquecimiento que ha experimentado, generalmente, pero no siempre, correlativamente al empobrecimiento de la contraparte».

(17) STS de 28 de junio de 2010, rec. 1146/2006. Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS. Número de sentencia: 411/2010. Número de recurso: 1146/2006. LA LEY 114033/2010.

del Código Civil, en base a que la alegación del artículo 1158 del Código Civil y de la doctrina del enriquecimiento injusto no supone una acumulación de acciones. Se trata de una acción única de reembolso basada en unos hechos que son origen de una pretensión única, la recuperación de la cantidad, cuyo último fundamento es la proscripción del enriquecimiento injusto (18).

En esa línea además, la STS de 4 de febrero de 2009 se ha pronunciado sobre el tema de la *cuantificación* de los factores de enriquecimiento y empobrecimiento, señalando que es función de los tribunales que conocen en instancia, y que no cabe cuestionar en casación, salvo desproporción arbitraria (19).

El último requisito necesario se basa en la *falta de causa del desplazamiento patrimonial*, ya que se exige por la Jurisprudencia que se demuestre, además del hecho del enriquecimiento, su falta de causa o justificación. Presupuesto que no se da cuando media una relación jurídica que la fundamente, de ahí el carácter de subsidiariedad que se ha destacado jurisprudencialmente de este principio (20).

(18) La identidad objetiva de la acción por enriquecimiento injusto con la acción de reembolso del artículo 1158 del Código Civil se basa en que: A) Por *causa petendi* se entiende el conjunto de hechos esenciales para el logro de la consecuencia jurídica pretendida por la parte actora, tal como aparecen formulados en la demanda (SSTS de 7 de noviembre de 2007, RC núm. 57/2000, de 14 de mayo de 2008, RC núm. 948/2001). La identidad objetiva de la acción queda determinada por la causa de pedir y el *petitum* aunque en ocasiones no basta para configurar aquella el componente fáctico y es preciso tener en cuenta la individualización jurídica (STS de 20 de octubre de 2005, RC núm. 1254/1999). La incongruencia de la sentencia se producirá cuando no se respeta la causa de pedir y lo pedido, incurriendo en desviación procesal.

B) En el caso, no debe entenderse que un examen en la sentencia del enriquecimiento injusto al margen del artículo 1158 del Código Civil invocado en la demanda infrinja el deber de congruencia, por las siguientes razones:

- como se ha visto, la acción del artículo 1158 del Código Civil tiene su fundamento último en el principio que prohíbe el enriquecimiento sin causa, por lo que la alegación de este principio no supone una individualización jurídica de los hechos distinta respecto a la invocación del artículo 1158 del Código Civil;
- estos títulos jurídicos no constituyen, alegados sobre los mismos hechos y para obtener idéntica pretensión, una causa de pedir distinta;
- en la medida en que no hay modificación de la *causa petendi* ni del *petitum*, la identidad objetiva de la acción permanece;
- y no existe extralimitación de los términos del debate ni indefensión para las partes, porque en la demanda se invocó la doctrina del enriquecimiento sin causa, que pudo ser contradicha por los demandados, como hizo uno de ellos.

(19) La STS de 4 de febrero de 2009 (rec. 72/2003. Ponente: Jesús CORBAL FERNÁNDEZ. Número de sentencia: 32/2009. Número de recurso: 72/2003. LA LEY 1157/2009) ha indicado que en el caso no concurre dicha desproporción arbitraria, porque no lo es tomar el importe de una renta contractual como índice o valor para calcular el alcance cuantitativo del uso de un bien, por cuyo concepto se pretende determinar una indemnización.

(20) STS de 29 de febrero de 2008 (rec. 78/2001. Ponente: Clemente AUGER LIÑÁN. Número de sentencia: 162/2008. Número de recurso: 78/2001. LA LEY 92675/2008). Al existir causa en el desplazamiento patrimonial hay una justificación lícita que excluye la aplicación de la doctrina del enriquecimiento sin causa, no habiéndose declarado la ineficacia del negocio jurídico que determina el desplazamiento patrimonial. Por ello no cabe apreciar enriquecimiento injusto cuando el beneficio patrimonial de una de las partes es consecuencia de *pactos libremente asumidos*.

La STS de 24 de junio de 2010 (21), que cita numerosas sentencias anteriores, se hace eco de la *naturaleza subsidiaria* de la acción de enriquecimiento injusto señalando que cuando la ley prevé expresamente una acción, como lo es la de nulidad (inexistencia por falta de objeto en este caso), no cabe la de enriquecimiento.

Previamente la STS de 4 de noviembre de 2004 (22) señaló que pertenece al concepto del principio estudiado la idea de que su aplicación es subsidiaria (sentencia de 18 de diciembre de 1996) (23) sin que quepa su aplicación en los casos en que la ley conceda acciones específicas para evitar el supuesto enriquecimiento. Corresponde a los presupuestos —es el esencial— la exigencia de que el enriquecimiento sea sin causa; no hay falta de causa cuando la atribución patrimonial corresponde a una relación jurídico-patrimonial, pues si de ésta deriva aquélla no puede decirse que falta la causa.

(21) STS de 24 de junio de 2010, rec. 1257/2006. Ponente: O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. Número de sentencia: 433/2010. Número de recurso: 1257/2006. LA LEY 93455/2010.

Los dos últimos motivos mantienen la infracción de la doctrina del enriquecimiento injusto, porque la parte vendedora, demandada, recibió un precio sin entregar la cosa y ello le ha producido un enriquecimiento sin causa. Lo cual se rechaza porque la parte compradora, demandante, asumió la compra de una cosa, de cuya dudosa existencia —situación física y jurídica— fue expresamente advertido y aceptado. Cuando la ley prevé expresamente una acción, como lo es la de nulidad (inexistencia por falta de objeto en este caso), no cabe la acción de enriquecimiento sin causa, que tiene naturaleza subsidiaria, como ha dicho de forma muy clara y detallada la sentencia de 19 de febrero de 1999, que ha sido reiterada por las de 28 de febrero de 2003, 4 de noviembre de 2004, 5 de diciembre de 2005, 8 de mayo de 2006 y 30 de abril de 2007. Por ello, no es aplicable a un caso de compraventa, como dijo la sentencia de 19 de abril de 1990 y reiteró la de 5 de noviembre de 2007, que es el caso presente, ni en caso de un contrato válido y eficaz, caso de la sentencia de 8 de junio de 1995, como el presente en que no se ha declarado la invalidez del contrato litigioso celebrado entre las partes.

(22) La STS de 4 de noviembre de 2004 (rec. 2903/1998. Ponente: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. Número de sentencia: 1076/2004. Número de recurso: 2903/1998. LA LEY 10088/2005) estableció que la imputación de la obligación de pagar, basada en el enriquecimiento injusto no puede admitirse, porque no concurren los presupuestos ni se da el concepto que procedente del Derecho romano se recoge en las Partidas (7.^a, 34, 17) con definición válida actualmente: ninguno non deve enriqueszer tortizeramente con daño de otro.

De lo que se desprende que en el presente caso no concurre el presupuesto de la falta de causa ni la subsidiariedad, pues hubo un subcontrato de obra, cuyo precio se reclamó al contratante ZYK y la acción directa al dueño de la obra ACSA, actual recurrente. Estas acciones acreditan la causa, una relación contractual, en virtud de la cual dicha codemandada y recurrente tan sólo debe ser condenada a la cifra que se ha indicado en el fundamento anterior.

(23) STS de 18 de diciembre de 1996, rec. 719/1993. Ponente: Jesús MARINA MARTÍNEZ-PARDO. Número de recurso: 719/1993. LA LEY 571/1997. No cabe la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto, pues tal infracción no se puede encontrar en una sentencia que decide con base en preceptos legales de aplicación al caso, sin tener que recurrir al principio que vede el enriquecimiento torticero. Discrepar de las normas aplicables y de la solución acordada no permite acudir a los principios invocados, como ponen de manifiesto de modo reiterado las sentencias de esta Sala, para la cual el enriquecimiento injusto sólo es aplicable subsidiariamente (STS de 19 de mayo de 1993, 19 de octubre de 1993 y 5 de marzo de 1991), nunca cuando la atribución patrimonial tiene causa jurídica (7 de marzo de 1991 y 5 de diciembre de 1992).

La STS de 19 de febrero de 1999 (24) indicó además que la acción de enriquecimiento sin causa *no es ninguna sanción civil que se imponga como consecuencia de una conducta culpable*, como reiteradamente tiene dicho esta Sala (25). Y expone el ponente, GULLÓN que la acción de enriquecimiento debe entenderse subsidiaria, en el sentido de que cuando la ley conceda acciones específicas en un supuesto regulado por ella para evitarlo, son tales acciones las que se deben ejercitar, y ni su fracaso ni su falta de ejercicio legitiman para el de la acción de enriquecimiento. Esta es la doctrina que se desprende de las sentencias de esta Sala de 25 de noviembre de 1985, 12 de marzo de 1987, 23 de noviembre de 1998 y 3 de marzo de 1990, que sostuvieron, como una de las *ratio decidendi* de sus fallos, la subsidiariedad de la acción.

Continúa el ponente señalando que es cierto que otras han manifestado criterio contrario, así las de 19 y 20 de mayo de 1993, 14 de diciembre de 1994, 18 de diciembre de 1996 y 5 de mayo de 1997, pero si se analizan con detenimiento, se verá inmediatamente que sus declaraciones sobre la no subsidiariedad nada tiene que ver con los litigios que resolvieron, no son *ratio decidendi* de sus fallos, sino meros *obiter dictum* que no crean ninguna jurisprudencia vinculante (art. 1.6 CC).

Insiste GULLÓN en la imposibilidad de aplicar la acción de enriquecimiento sin causa cuando es la propia ley la que otorga las acciones específicas que crea para regular la situación, pues de otra manera la acción de enriquecimiento sin causa se convertiría en un medio de destrucción de todo el sistema jurídico positivo. Y todo ello porque «es una pura contradicción pretender mantener junto a cada norma positiva que otorga acciones y fija plazos de ejercicio la vigencia coetánea de la doctrina del enriquecimiento sin causa, que deja aquella reducida a la nada»... (26).

Solo con toda claridad ha admitido esta Sala la confluencia ante un mismo supuesto fáctico de la acción de enriquecimiento y la aquiliana del artículo 1902 del Código Civil en sus sentencias de 12 de abril de 1955, 10 de marzo de 1958, 22 de diciembre de 1962 y 5 de mayo de 1964 (aunque la sentencia de 5 de oc-

(24) STS de 19 de febrero de 1999 (rec. 2710/1994. Ponente: Antonio GULLÓN BALLESTEROS. Número de recurso: 2710/1994. LA LEY 2845/1999).

(25) Los compradores no ejercitaron en su día las acciones que específicamente les atribuye el artículo 1483 del Código Civil, estando ya inscrita la hipoteca en el Registro de la Propiedad al otorgamiento de la escritura pública, pudiendo por tanto serles conocida al inscribir la adquisición que habían hecho «libre de cargas», por no manifestarse por los vendedores la carga de la hipoteca.

(26) El pretender tantos años después al amparo de la doctrina jurisprudencial que se le resarzan de los daños y perjuicios causados por la pérdida del local como consecuencia de la ejecución de la hipoteca supone una infracción del artículo 1483 del Código Civil, que limita a un tiempo determinado el ejercicio de la acción para reclamar esos daños, al amparo de aquella doctrina, que en modo alguno puede tener aplicación cuando la propia *ley otorga las acciones específicas que crea oportunas para regular la situación, pues de otra manera la acción de enriquecimiento sin causa se convertiría en un medio de destrucción de todo el sistema jurídico positivo*. Es por supuesto concebible en abstracto una aplicación del derecho que resida en la equidad y la buena fe del aplicador, sin sujetarse a ninguna norma positiva. Pero no es concebible en una ordenación jurídica presidida por la sumisión de juez a la ley (art. 117.1 CE).

Pero en este procedimiento no hay ningún motivo para aplicar la doctrina antedicha ni para modificarla, porque los daños y perjuicios no los pide la parte actora por vía de acción de responsabilidad extracontractual, sino por la acción de evicción, subsidiariamente por acción pauliana, y subsidiariamente por vía de enriquecimiento injusto.

tubre de 1985 estime cuestionable la acumulación de la acción de indemnización y la de enriquecimiento) (27).

No es necesaria la mala fe del enriquecido. No es necesario que exista mala fe ni conducta ilícita por parte del enriquecido, frente a criterios anteriores donde se exigía que el enriquecimiento fuera torticero.

III. EL DESCONOCIMIENTO DEL BENEFICIARIO DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

Pero a los tres requisitos analizados y estudiados por la jurisprudencia durante más de un siglo debe añadirse algo que se ha planteado por primera vez en la STS de 23 de julio de 2010 (28): la *necesidad de conocimiento del beneficiario del enriquecimiento* para poder alegar la falta de causa de la atribución patrimonial obtenida sin su aceptación por desconocimiento.

En el supuesto de esta sentencia la empresa demandante inició una tramitación respecto a una serie de fincas y consiguió una calificación urbanística beneficiosa, prescindiendo u olvidando que una de estas fincas pertenecía a un tercero, la demandada, que no aceptó, ni consintió, ni conoció aquella tramitación.

(27) La STS de 5 de octubre de 1985 (Ponente: Cecilio SERENA VELLOSO. LA LEY 65108-NS/0000) señala que la parte demandante y recurrente dedujo en la demanda la acción de enriquecimiento injusto y no la aquiliana que ahora quiere se juzgue, existiendo entre ambas acciones notables diferencias que la Jurisprudencia ha señalado con ocasión de perfilar el enriquecimiento injusto o sin causa derivándolo del Derecho Natural según la tradición romana y la doctrina científica, en copiosas sentencias que afirman que la acción de restitución por enriquecimiento torticero:

- 1.º Tiene sustantividad propia frente a la originada por la culpa aquiliana, la cual, sobre requerir (lo que ahora no importa) la ilicitud de la conducta del agente del daño contrariamente al enriquecimiento para el que se basta el desplazamiento patrimonial indebido que puede producirse con ignorancia y hasta con buena fe, por otra parte.
- 2.º Supone siempre en el demandado un incremento de patrimonio que no es indispensable en el supuesto de la aquiliana; rigiéndose la indemnización por diferentes patrones, pues, si la acción de enriquecimiento tiene por ámbito el efectivamente obtenido por el deudor, sin que pueda excederlo.
- 3.º Tiene también otro límite infranqueable igualmente y que recuerda acertadamente la Audiencia para fundamentar su fallo, que es el constituido por el correlativo empobrecimiento del actor, de suerte que, aun cuando el demandado se haya enriquecido sin causa, no podrá aquél reclamar, sino hasta el límite de su propio empobrecimiento.
- 4.º Hallándose además sujetas a diferentes plazos de prescripción por estarlo la aquiliana al anual del artículo 1968...
...aparte ser al menos cuestionable que las dos acciones de indemnización y de enriquecimiento injusto sean acumulables, ya que la última es subsidiaria de las expresamente conferidas por el ordenamiento jurídico, figurando entre éstas la aquiliana que acaso no quiso utilizarse en el caso para evitar el efecto de la prescripción corta a que se halla sujeta.

(28) STS de 23 de julio de 2010, rec. 1926/2006. Ponente: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. Número de sentencia: 529/2010. Número de recurso: 1926/2006. Diario La Ley, número 7530, Sección Jurisprudencia, de 17 de diciembre de 2010, año XXXI, Editorial LA LEY. LA LEY 114041/2010.

Ahora, la demandante reclama el incremento del valor que ha experimentado la parcela por razón del aprovechamiento urbanístico obtenido por su actuación, aunque *sin conocimiento ni consentimiento de la demandada*, basándose en la doctrina del enriquecimiento injusto (29).

La persona que realiza la atribución patrimonial no puede hacerlo por su propia voluntad, a plena conciencia y sin conocimiento ni consentimiento de la otra. Es decir, *los supuestos de enriquecimiento sin causa no comprenden el que se haga el desplazamiento patrimonial, sin causa, de un patrimonio a otro con plena voluntad del que lo hace y sin aceptación, ni siquiera conocimiento, de la persona que se beneficia.*

El enriquecimiento sin causa supone una subsidiariedad que implica la falta de causa que justifique la atribución patrimonial y si ésta se ha hecho a plena voluntad y a sabiendas por el autor, no puede luego ampararse en una falta de causa. Esta ha sido la voluntad del autor. Podría darse una gestión de negocios ajenos, lo cual no ha sido planteado en la instancia ni alegado en casación, *pero un enriquecimiento producido por la voluntad unilateral de una parte, no puede ampararse sino en su propia voluntad, no en una falta de causa que luego le permita dirigirse contra el que se ha beneficiado que nunca prestó su consentimiento y ni siquiera hubo un conocimiento.* Admitir lo contrario sería tanto como permitir a los sujetos hacer obras en supuesto beneficio de terceros que ni lo conocen y luego exigirles los beneficios.

En el presente caso, se da la situación insólita de que la empresa demandante inicia una tramitación respecto a una serie de fincas y consigue una calificación urbanística beneficiosa y prescinde u olvida que una de estas fincas pertenece a un tercero, la actual demandada y parte recurrida en casación, que no aceptó, ni consintió, ni conoció aquella tramitación.

El móvil subjetivo que tuvo aquella sociedad demandante pudo ser su pretensión de resolución de la compraventa que, a su vez, dio origen a la compraventa a la actual demandada, pero el móvil subjetivo puede explicar, pero no justificar, la acción que se ha ejercitado.

IV. ÍNDICE DE SENTENCIAS ANALIZADAS (por orden cronológico)

STS de 5 de octubre de 1985. Ponente: Cecilio SERENA VELLOSO. LA LEY 65108-NS/0000.

STS de 18 de diciembre de 1996, rec. 719/1993. Ponente: Jesús MARINA MARTÍNEZ-PARDO. Número de recurso: 719/1993. LA LEY 571/1997.

STS de 25 de septiembre de 1997, rec. 967/1993. Ponente: Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA. Número de recurso: 967/1993. LA LEY 9775/1997.

STS de 19 de febrero de 1999, rec. 2710/1994. Ponente: Antonio GULLÓN BALLESTEROS. Número de recurso: 2710/1994. LA LEY 2845/1999.

STS de 26 de junio de 2002, rec. 7/1997. Ponente: Jesús CORBAL FERNÁNDEZ. Número de sentencia: 651/2002. Número de recurso: 7/1997. LA LEY 7262/2002.

(29) El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda de reclamación de cantidad basada en el enriquecimiento injusto de la demandada. La AP de Sevilla revocó la sentencia anterior y desestimó la demanda. El Tribunal Supremo declara no haber lugar a los recursos por infracción procesal y de casación interpuestos por la demandante.

STS de 31 de julio de 2002, rec. 430/1997. Ponente: MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel. Número de sentencia: 784/2002. Número de recurso: 430/1997. LA LEY 334/2003.

STS de 18 de febrero de 2003 (LA LEY 12124/2003).

STS de 8 de julio de 2003, rec. 3479/1997. Ponente: Antonio ROMERO LORENZO. Número de sentencia: 681/2003. Número de recurso: 3479/1997. LA LEY 2655/2003.

STS de 27 de octubre de 2004, rec. 2930/1998. Ponente: Jesús CORBAL FERNÁNDEZ. Número de sentencia: 899/2004. Número de recurso: 2930/1998. LA LEY 14028/2004.

STS de 4 de noviembre de 2004, rec. 2903/1998. Ponente: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. Número de sentencia: 1076/2004. Número de recurso: 2903/1998. LA LEY 10088/2005.

STS de 27 de octubre de 2005, rec. 723/1999. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Número de sentencia: 821/2005. Número de recurso: 723/1999. LA LEY 210305/2005.

STS de 18 de noviembre de 2005, rec. 1151/1999. Ponente: Jesús CORBAL FERNÁNDEZ. Número de sentencia: 901/2005. Número de recurso: 1151/1999. LA LEY 10117/2006.

STS de 8 de mayo de 2006, rec. 2852/1999. Ponente: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. Número de sentencia: 450/2006. Número de recurso: 2852/1999. LA LEY 48399/2006.

STS de 7 de noviembre de 2007, rec. número 57/2000, de 14 de mayo de 2008, recurso número 948/2001.

STS de 29 de enero de 2008, rec. 5393/2000. Ponente: Vicente Luis MONTÉS PENADÉS. Número de sentencia: 57/2008. Número de recurso: 5393/2000. LA LEY 868/2008.

STS de 29 de febrero de 2008, rec. 78/2001. Ponente: Clemente AUGER LIÑÁN. Número de sentencia: 162/2008. Número de recurso: 78/2001. LA LEY 92675/2008.

STS de 4 de febrero de 2009, rec. 72/2003. Ponente: Jesús CORBAL FERNÁNDEZ. Número de sentencia: 32/2009. Número de recurso: 72/2003. LA LEY 1157/2009.

STS de 22 de mayo de 2009, rec. 2193/2004. Ponente: Francisco MARÍN CASTÁN. Número de sentencia: 349/2009. Número de recurso: 2193/2004. LA LEY 92035/2009.

STS de 4 de febrero de 2010, rec. 1345/2005. Ponente: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. Número de sentencia: 31/2010. Número de recurso: 1345/2005. LA LEY 865/2010.

STS de 24 de junio de 2010, rec. 1257/2006. Ponente: O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. Número de sentencia: 433/2010. Número de recurso: 1257/2006. LA LEY 93455/2010.

STS de 28 de junio de 2010, rec. 1146/2006. Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS. Número de sentencia: 411/2010. Número de recurso: 1146/2006. LA LEY 114033/2010.

STS de 23 de julio de 2010, rec. 1926/2006. Ponente: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. Número de sentencia: 529/2010. Número de recurso: 1926/2006. Diario La Ley, número 7530, Sección Jurisprudencia, 17 de diciembre de 2010, Año XXXI, Editorial LA LEY. LA LEY 114041/2010.

RESUMEN

ENRIQUECIMIENTO INJUSTO.
INEXISTENCIA

No se produce un enriquecimiento injusto cuando el desplazamiento patrimonial sin causa se produce con plena voluntad del que lo hace y sin aceptación, ni siquiera conocimiento, del que se beneficia. Para que se produzca el enriquecimiento sin causa deben darse siempre tres requisitos: el enriquecimiento de una persona, como incremento o sin disminución patrimonial; el correlativo empobrecimiento de la otra parte, como pérdida o perjuicio patrimonial; y sobre todo la inexistencia de causa que justifique la atribución patrimonial del enriquecido, supuesto que no se da cuando media una relación jurídica que la fundamente de ahí el carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento.

ABSTRACT

UNJUST ENRICHMENT
NON-EXISTENCE

There is no unjust enrichment when the groundless change in ownership occurs with the full desire of the person losing ownership and without the acceptance or even the knowledge of the recipient. In order for unjust enrichment to take place, three requirements must always be met: the enrichment of one person through an increase of or without any reduction of ownership; the correlative impoverishment of the other party through a loss of or damage to ownership; and above all the non-existence of any cause to justify the change of ownership to the enriched party. This latter is not the case when there is a legal relationship providing grounds for the change of ownership; thus, the action of enrichment is of a subsidiary nature.

1.2. Familia

EL DEFENSOR JUDICIAL: SUPUESTOS CONCRETOS DE ACTUACIÓN

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
*Profesora Contratada Doctora
Derecho Civil UCM*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. CONCEPTO, CARACTERES, NOMBRAMIENTO Y CONTENIDO DEL CARGO DE DEFENSOR JUDICIAL.—III. SUPUESTOS CONCRETOS DE ACTUACIÓN: 1. CONFLICTOS DE INTERESES: CONCEPTO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN. 2. NO DESEMPEÑO DE LAS FUNCIONES TUTELARES. 3. OTROS SUPUESTOS.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Con la Ley 13/1983, de 24 de octubre, se modifica profundamente la redacción originaria del Código Civil en materia de tutela. Los principios sobre los

que se sustenta la reforma son: 1) Las causas de incapacitación no son objeto de enumeración taxativa, sino que, genéricamente se identifican con «las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma» (art. 200 del CC); 2) Se asume un sistema de pluralidad de guarda legal, que junto a la tutela y la figura del defensor judicial, se introduce un nuevo órgano tuitivo de la persona: la curatela; 3) Se abandona el modelo de tutela de familia (tutor, protutor y Consejo de Familia) y se instaura un sistema de tutela judicial o de autoridad que conlleva poner las instituciones tutelares bajo la salvaguarda de la autoridad judicial que, entre otras cosas, las constituye y controla; 4) Se permite incapacitar a los menores de edad, cuando se prevea razonablemente que la causa de incapacitación persistirá después de la mayoría de edad (art. 201 del CC). En tal caso, una vez llegada la mayoría de edad por el incapacitado, tiene lugar la patria potestad prorrogada, y cuando ella resulte imposible, la tutela (art. 171 del CC).

De forma que, en la nueva configuración de las instituciones de guarda legal el Código Civil regula con carácter independiente la tutela —Capítulo III—; la curatela —Capítulo IV—; el defensor judicial —Capítulo IV—; y también contempla la guarda de hecho en el Capítulo V. 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 virtud de lo dispuesto en tales normas, el régimen jurídico de las instituciones tutelares está integrado por 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, sólo 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); 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 al 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 (1).

Con posterioridad a la reforma de 1983, y sin perjuicio de otras modificaciones derivadas principalmente de la regulación de la tutela administrativa y de la derogación expresa del apartado 3 del artículo 163 del Código Civil en sede de patria potestad —en relación con la figura del defensor judicial— por 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, el régimen jurídico del Código Civil relativo a las instituciones tutelares resul-

(1) 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.

ta ampliado con 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» al 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 incapacitación; lo que puede ser especialmente importante en el caso de enfermedades degenerativas» (arts. 223.2 y 234.1.º del CC).

En este contexto, el presente estudio se va a centrar sólo en una de las instituciones de guarda como es el defensor judicial, y más en concreto, en los diversos supuestos de actuación del cargo, ante la existencia de un conflicto de intereses entre los menores e incapacitados y sus representantes legales o curador; o cuando por cualquier causa, el tutor o curador no desempeñare adecuadamente sus funciones, hasta que cese la causa determinante, o se designe otra persona para desempeñar el cargo, tal como se regula en el Código Civil —arts. 163 y 299 a 302—, sin perjuicio de hacer una puntual referencia a cómo se sustancia en otros ordenamientos autonómicos. Ahora bien, la escasa regulación del Código Civil determina el obligado complemento de la misma con el tratamiento que a tal fin ofrece tanto la doctrina como la jurisprudencia. No obstante, conviene señalar que, la reforma de 1983 supuso una nueva redimensión del cargo de defensor judicial, ampliando los supuestos y ámbito de su intervención, y al mismo tiempo el otorgamiento de una regulación legal de la que carecía. Ciertamente, la actuación originaria del defensor judicial sólo tenía lugar en el ámbito de las relaciones paterno-filiales a la que dedicaba un solo precepto (el antiguo art. 165) (2), que fue objeto de reforma por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, concretando su actuación en la existencia de un interés opuesto de los padres con sus hijos menores de edad no emancipados (art. 163); que, posteriormente, se amplía con la citada refor-

(2) El artículo 165 del Código Civil fue uno de los preceptos reformados por la segunda edición del Código Civil, en el que se establecía: «*Siempre que en algún asunto el padre o la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él.*»

El Juez, a petición del padre o de la madre, del mismo menor, del Ministerio Fiscal o de cualquiera persona capaz de comparecer en juicio, conferirá el nombramiento de defensor al pariente del menor a quien en su caso correspondería la tutela legítima, y a falta de éste, a otro pariente o a un extraño». Con esta segunda redacción se introduce en el primer párrafo a la madre, omitida en la redacción original; y se amplía la legitimación para solicitar el nombramiento de defensor judicial al propio menor y al Ministerio Fiscal.

Por su parte, señalaba JERÓNIMO GONZÁLEZ, «El defensor judicial», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año VI, núm. 63, marzo de 1930, pág. 196, que la razón por la que aparece la figura del defensor judicial en la redacción originaria del artículo 165 del Código Civil, era porque la Ley confería expresamente la patria potestad al padre, y en su defecto, a la madre, y para evitar que la determinación del representante, en un punto concreto, pudiera ser influida por el interés propio, el citado precepto ordenaba que en tales supuestos se nombrara a aquéllos un defensor judicial que los representase en juicio o fuera de él.

DE CASTRO F., «El autocontrato en el Derecho Privado español», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. 151, 1927, pág. 417, manifestaba, asimismo, que «el peligro de lucro ha sido sin duda el que originó la creación del defensor judicial. Evitar que abusare el padre de su situación privilegiada cuando sus intereses se encontrasen en oposición con los del hijo».

ma de 1983, también al ámbito de las relaciones tutelares (3), regulándose, de esta forma, por primera vez unitariamente el cargo, acabándose con las dudas que, existían anteriormente ante la ausencia de una normativa específica.

Si bien, aunque nos vamos a centrar únicamente en definir los supuestos de actuación del defensor judicial, nos parece oportuno dedicar un apartado a delimitar con carácter general los criterios que conforman y definen la figura del defensor judicial, y determinan su existencia.

II. CONCEPTO, CARACTERES, NOMBRAMIENTO Y CONTENIDO DEL CARGO DE DEFENSOR JUDICIAL

No se conoce antecedente directo de la figura de defensor judicial; sin embargo, alguna parte de la doctrina señala como posible precedente legal el artículo 159 del Proyecto del Código isabelino de 1851, que establecía que en todos los casos en que el padre tenga un interés opuesto al de sus hijos menores, serían estos representados en juicio y fuera de él por su procurador que, se les nombraría judicialmente para cada uno de los casos. Se trataba de un representante en juicio nombrado por el juez y cuando existiese «conflicto de intereses» (4). El propio GARCÍA GOYENA señalaba que el origen del artículo 159 se encontraba en el artículo 365 del Código Civil holandés, haciendo constar la irrelevancia de la denominación que, se adoptase —procurador, curador *ad hoc*—, etc., pues, en definitiva «el nombrado haría las veces del protutor en la tutela», y, remitiéndose al artículo 188.1 en que se establecía como obligación del protutor: «1. A sustentar los derechos del menor en juicio y fuera de él, siempre que estén en oposición con los del tutor» (5).

No faltan, por otra parte, quienes yendo más atrás, hacen referencia a la regulación que sobre la curaduría especial se contenía en los artículos 533 a 540 dentro del Capítulo XIII, del Título XIII dedicado a la tutela y a la curaduría del Proyecto de Código Civil de 1836, en cuyo artículo 533 se establecía que, curador especial es el que se da para uno o varios negocios determinados. Si bien, cuando se trata de pleitos, la persona encargada se llama curador *ad*

(3) Si bien, ya antes la jurisprudencia había ampliado el ámbito de la figura a la tutela poco tiempo después de publicarse el Código Civil. Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de diciembre de 1895 («Jurisprudencia Civil», publicada en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. 78, núm. 108, Madrid, 1896, pág. 493), en la que se disponía que el defensor judicial debía nombrarse ante un conflicto de intereses entre el protutor y el pupilo menor de edad, o cuando fuere removido todo el organismo tutelar.

(4) En este sentido, FLORENSA I TOMÁS, C. E., «El defensor judicial», en *Cuadernos Civitas*, Madrid, 1999, pág. 43, que ve como antecedente directo del defensor judicial *ex* antiguo artículo 165 del Código Civil al «procurador» por las siguientes razones: «a) La organización de la guarda legal, en el Proyecto de 1851, se identificaba con el sistema de tutela de familia, de clara inspiración francesa, al igual que en el Código Civil de 1889; b) El término para identificarlo —«procurador»— no es argumento digno de ser tenido en cuenta, a pesar de evocar, según el léxico actual, un ámbito procesal, máxime cuando sus funciones eran idénticas a las del defensor del antiguo artículo 165 del Código Civil; c) Su existencia y función quedaban enmarcadas en el ámbito de la patria potestad; d) El presupuesto de su actuación —interés opuesto entre padres e hijos— es el mismo que el del defensor judicial del antiguo artículo 165 del Código Civil; e) El procurador representaba al hijo menor tanto en juicio como fuera de él».

(5) GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, T. I, Madrid, 1852, pág. 98.

litem (6). Como señala COUTO GÁLVEZ, el criterio que sigue el Proyecto de 1836 sobre esta materia, es idéntico al trabajo de CAMBRONERO (7).

No obstante, tales posiciones, de forma mayoritaria, la doctrina parece decantarse por considerar como antecedente remoto del actual defensor judicial, la regulación del curador *ad litem* contenida en los artículos 1057 y 1852 a 1860 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (8); y anteriormente en las Leyes de las Partidas (P. 6, 16, 13) (9), que lo tomaron, a su vez, del Derecho romano (10).

(6) MONTÉS PENADÉS, V. L., «Comentario al artículo 163 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de Derecho de Familia*, vol. II, AA.VV., Tecnos, Madrid, 1984, pág. 1090, y añade el autor, en la nota 3 que: «preferimos hablar de curador especial o *ad hoc* más que de curador *ad litem* porque el defensor se crea para todos los casos de conflicto de intereses, mientras que el curador *ad litem*, como su propio nombre indica, tenía un fin esencialmente judicial o procesal».

(7) Precisa COUTO GÁLVEZ, R. M.^a, «Comentario al artículo 299 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, T. II, vol. 2.º, coordinador: Joaquín RAMS ALBESA y Rosa María MORENO FLÓREZ, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 2060, que en los trabajos de CAMBRONERO se regula una curaduría especial para uno o varios negocios determinados, y si se trata de pleitos, la persona encargada se llamará curador *ad litem* (art. 108).

(8) La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 respetó el esquema básico de las Leyes de las Partidas para el curador para pleitos en los artículos 1253 a 1260.

De interés resulta el artículo 1853 al establecer que: «*En el caso de que los padres del menor sujeto a patria potestad, o sus tutores o curadores no puedan representarlos en juicio con arreglo a las leyes, se procederá a nombrarles un curador para pleitos*»; y añade: «*lo mismo se hará si el menor o incapacitado no tuviera nombrado tutor o curador*».

(9) HERNÁNDEZ GIL, F., «Sobre la figura del defensor judicial de menores», en *Revista de Derecho Privado*, marzo de 1961, págs. 202-203, quien, después de afirmar que «carece esta institución de antecedentes directos en nuestro Derecho», señala que: «el curador *ad litem* o para pleitos es la figura que guarda más analogía con el defensor judicial de menores», para, a continuación, llevar a cabo un estudio de semejanzas y diferencias entre el defensor judicial del artículo 165 del Código Civil, y el curador para pleitos o *ad litem*, concluyendo que «las diferencias son puramente accesorias, no fundamentales»; MANRESA Y NAVARRO, J. M.^a, «Comentario al artículo 165 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil español*, T. II, 7.ª ed., revisada por Francisco BONET RAMÓN, Reus, Madrid, 1957, págs. 74-75; CASTÁN TOBEÑAS, J. M.^a, «Comentario al artículo 163 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 CORDECH, T. I, 2.ª ed., Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, pág. 560; COUTO GÁLVEZ, R. M.^a, «Comentario al artículo 299 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 2061. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 17 de mayo de 2004 (La Ley 1393/2004), señala como precedente defensor judicial, el curador *ad hoc*; la Resolución de la DGRN, de 27 de junio de 1924, que declara que el defensor judicial es un representante especial de los hijos no emancipados y «se halla dotado de facultades en el orden judicial y extrajudicial que ya el aproximan al antiguo curador *ad litem* por su actuación procesal, ya parecen más propias de un tutor *ad hoc*, atendida la supresión del cargo de curador en nuestra legislación, ya se caracterizan como funciones administrativas independientes o de fiscalización, a modo de protutor...»; el Auto de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1.ª, de 23 de noviembre de 2005 (*JUR* 2006/57804); y el Auto de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 3.ª, de 22 de abril de 2008 (La Ley 95137/2008); MORENO MARTÍNEZ, J. A., *El defensor judicial*, Montecorvo, Madrid, 1989, págs. 52-54.

Aunque se muestran algo reticentes a la hora de afirmar de forma taxativa que el curador para pleitos o *ad litem* sea el antecedente directo del defensor judicial contemplado en el artículo 165 del Código Civil; no dejan de resaltar, sin embargo, las analogías que pueden existir entre ambas figuras. Así, VALVERDE VALVERDE, C., *Tratado de Derecho Civil español*, T. IV, Valladolid, 1938, pág. 478.

(10) Dentro de las figuras de la curatela, en Roma existía el denominado curador *ad litem* o «curador que puede ser dado para cierta causa» (Ley 8, Título VI, Libro XLVI del Digesto).

Junto al curador *ad litem*, merece ser mencionada, en cuanto posible antecedente de alguno de los caracteres del defensor judicial, la figura del «padre de menores», a la que se refiere MORENO QUESADA en un conocido trabajo, sirviéndose de una valiosa investigación paleográfica realizada por la profesora MORENO TRUJILLO. Este antecedente lo extrae el autor del Protocolo notarial de Santa Fe, en la provincia granadina, correspondiente a la mitad del siglo XVI, en el que se encuentran algunas escrituras en las que se alude a un cargo con tal denominación, con competencia para todo el territorio de Santa Fe. Como precisa el autor, no consta quien les nombraba, pero sí algunas de sus funciones, para ello, expone el caso de una viuda que, al tiempo que pide se le cite para hacer una partición hereditaria en la que concurrían ella y sus hijos menores, solicita la intervención del padre de menores en defensa de sus hijos (11).

Finalmente, para JIMÉNEZ ASENJO: «lo más probable de las opiniones que se han emitido sobre los orígenes del defensor judicial es aquella que la cree como una institución *sui generis*, creada pura y simplemente por efecto de las circunstancias que los confeccionadores del Código tuvieron en cuenta al diseñar el nuevo cuadro de las instituciones tutelares que la articulaban» (12).

De todas formas, una parecida regulación del artículo 159 del Proyecto de 1851, se encontraba en el Proyecto de Ley del Libro Primero del Código Civil de 1869 en sus artículos 198 y 335. En cambio, en el Anteproyecto del Código Civil de los Libros I y II de 1882, se hablaba de defensor y no de procurador. El artículo 132 establecía, al respecto, que cuando en algún asunto el padre tenga un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrara a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él en ese asunto determinado. El nombramiento era judicial y recaía en el pariente a quien correspondía en su caso la tutela legítima.

Fuera del ámbito estrictamente legal, en el año 1977 se publicó por la Fundación General Mediterránea y la Dirección General de Servicios Sociales —SEREM—, un Anteproyecto para la reforma de los preceptos relativos a la tutela redactado por los profesores Díez-PICAZO, BERCOVITZ, ROGEL VIDE, CABANILLAS y CAFFARENA, en cuyo artículo 222 se enumeraba como instituciones tutelares: 1) La patria potestad prorrogada; 2) La tutela; 3) La curatela; 4) El defensor judicial; 5) La guarda de hecho, y, se dedicaba el Capítulo V, artículos 301-306, a regular la institución del defensor judicial. Este trabajo sirvió de base para la elaboración de los sucesivos Proyectos de Ley de reforma en materia de tutela, que culminaron finalmente en la citada Ley 13/1983 (13).

(11) MORENO QUESADA, B., «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», en *Revista de Derecho Privado*, abril de 1985, págs. 322-323.

Por su parte, BLANCO GONZÁLEZ, A., *El defensor judicial*, Tórculo ediciones, Madrid, 2004, pág. 13, ve, igualmente, en el padre de menores un antecedente del antiguo artículo 165 del Código Civil, y de los actuales 163 y 299, pues tienen funciones semejantes.

(12) JIMÉNEZ ASENJO, E., Voz: «Defensor judicial», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. VI, Seix, Barcelona, 1954, pág. 343.

(13) Los autores de este trabajo manifiestan sobre el defensor judicial: «El capítulo quinto “Del defensor judicial” introduce otra vez una nueva figura dentro de las instituciones tutelares, que no en nuestro ordenamiento, donde viene contemplada con perfiles semejantes, en sede de patria potestad y ausencia. No se trata de los defensores a que hacen referencia los artículos 215, 219 y 223 del Código vigente..., sino de personas que, nombradas por el Juez, en los supuestos de incapacidad, excusa o remoción de tutor o curador, hasta que no se instaure una nueva persona para desempeñar el cargo; por el tiempo que medie entre el momento en que haya tenido dicha Autoridad Judicial

Sobre tales posibles precedentes, el defensor judicial, en palabras de LETE DEL RÍO, se puede definir como «un cargo mediante el cual la persona que lo ejerce suple temporal y provisionalmente a los padres, tutor o curador, para la representación y amparo, o asistencia del menor, incapacitado o pródigo» (14). Por su parte, PÉREZ ÁLVAREZ señala que «el defensor judicial es la persona que, en virtud de resolución judicial, asume temporalmente la representación y amparo de los menores de edad o incapacitados en los casos previstos en la Ley —STS de 17 de enero de 2003—, y con las atribuciones que le hubiera conferido el juez al designarlo —arts. 299 y 302 del Código Civil—» (15). En la misma línea, FLORENSA I TOMÁS entiende que el cargo de defensor judicial «es un oficio de Derecho Privado, supletorio, subsidiario y provisional, cuyo titular es nombrado por el Juez en los casos determinados por la Ley, para la representación y amparo de menores, incapacitados, declarados pródigos, o desaparecidos, mediante los poderes y facultades que le son atribuidas por aquellas autoridad judicial» (16).

(conocimiento) de la existencia de una persona que deba ser sometida a tutela y el de la resolución judicial que ponga fin al procedimiento; cuando haya conflicto de intereses entre tutor o curador y pupilo, o entre padre o madre, e hijos no emancipados, amparen a la persona incapacitada o en vías de incapacitación, y cuiden de la administración de sus bienes o se limiten a defender los intereses del pupilo contrarios a los de las personas que, en cada caso, sean titulares del poder tuitivo sobre el mismo». DIEZ-PICAZO, L.; BERCOVITZ, R.; ROGEL, C.; CABANILLAS, A., y CAFARENA, J., *Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela*, bajo del patrocinio del Servicio de recuperación y rehabilitación de minusválidos (SEREM), de la Dirección General de Asistencia y Servicios Sociales y del Patronato para Ayuda a subnormales de la Fundación General Mediterránea, octubre de 1977, pág. 28.

(14) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 299 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. IV, 2.ª ed., Edersa, Madrid, 1985, pág. 469.

(15) PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á., «La tutela, la curatela y la guarda de los menores e incapacitados», en *Curso de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia*, coordinado por Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 2.ª ed., Colex, Madrid, 2008, pág. 393.

(16) FLORENSA I TOMÁS, C., «El defensor judicial», *op. cit.*, pág. 145.

Para COUTO GÁLVEZ, R. M.ª, «Comentario al artículo 299 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 2062, es «un cargo tutelar por el cual una persona ejerce unas funciones provisionales, supliendo a los padres, tutores o curadores, para la representación o asistencia del menor, incapacitado y pródigo»; para LACRUZ BERDEJO, J. L., y cols., «Elementos de Derecho Civil», T. IV, *Familia*, 3.ª ed. revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, Dykinson, Madrid, 2008, pág. 444, el defensor judicial es «un órgano eventual e intermitente de representación y amparo de los menores, incapacitados o declarados pródigos»; asimismo, ALBALADEJO GARCÍA, M., «Curso de Derecho Civil», T. IV, *Derecho de Familia*, 10.ª ed., Edisofer, Madrid, 2006, señala que el defensor judicial, es *defensor* porque *defiende* al guardado, *judicial* porque lo nombra el Juez, y, además, es un cargo *transitorio* de amparo y representación de los menores e incapacitados en ciertos casos.

Por su parte, MONTÉS PENADÉS, V. L., «Comentario al artículo 163 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1092, centrando la definición del defensor en su actuación en sede de patria potestad, define el defensor judicial como «una institución de Derecho de Familia ordenada a la protección de los intereses del menor cuando en un asunto tenga un interés opuesto al de sus padres».

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de marzo de 1994 (*RJ* 1994/1731), en el *Fundamento de Derecho* 4.º, manifiesta que: «el defensor judicial es un cargo de nombramiento judicial para un determinado asunto, con las atribuciones que le haya conferido el Juez al designarlo, no es un representante legal del menor para la defensa y administración de su patrimonio, y por ello, cuando actúa, debe obrar

Se caracteriza básicamente por ser un cargo tuitivo ocasional o esporádico, frente a la relativa continuidad temporal de la tutela y de la curatela; y al propio tiempo, compatible con la existencia de los restantes mecanismos tutelares, e incluso con el ejercicio de la patria potestad por los progenitores del menor incapacitado (17). Lo cierto es que, como destaca LETE DEL RÍO, el cargo de defensor judicial será *temporal*, porque su nombramiento obedece a la singularidad de circunstancias que se producen en un momento determinado, y al desaparecer éstas se extingue y desaparece la figura; tendrá carácter *subsidiario*, porque actúa en lugar de los padres, tutor o curador; y su designación será *judicial*, porque su nombramiento lo efectúa siempre la autoridad judicial (18). A estos caracteres de temporalidad, subsidiariedad y origen judicial,

dentro de las facultades precisas y concretas que le han atribuido, y cuando actúa judicialmente debe probar que lo hace así, no exhibir sólo el auto judicial de nombramiento; la sentencia de este mismo Tribunal y Sala, de 4 de marzo de 2003 (RJ 2003/2538), en su *Fundamento de Derecho* 2.º señala que: «El defensor judicial es la persona que asume temporalmente la representación y defensa de los intereses de los menores de edad, o de los incapacitados cuando la persona que legalmente debe hacerlo, padres, tutores o curadores, no lo hacen: se trata de un cargo judicial porque es necesaria una resolución judicial que acuerde su nombramiento, cuando actúa debe obrar dentro de las facultades precisas y concretas que se le han atribuido y cuando actúa judicialmente debe probar que lo hace así [SSTS de 10 de marzo de 1994 (RJ 1994/1731), y de 7 de noviembre de 2002 (RJ 2002/9484)]». En el mismo sentido, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 7 de noviembre de 2002 (RJ 2002/9484); de 17 de enero de 2003 (RJ 2003/433), y de 4 de marzo de 2003 (La Ley 12132/2003).

(17) LASARTE ÁLVAREZ, C., «Principios de Derecho Civil», T. VI, *Derecho de Familia*, 7.ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, pág. 383; SERRANO GIL, A., «El defensor judicial», en *Protección Jurídica del Menor*, coordinadoras: M.ª Paz PONS DE LA FLOR y Lourdes TEJEDOR MUÑOZ, 2.ª ed., Colex, Madrid, 2009, pág. 170.

(18) LETE DEL RÍO, J. M., «El defensor judicial», *op. cit.*, págs. 469-470. Vid., asimismo, el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.ª, de 5 de junio de 2000 (AC 2000/1275), señala que: «el defensor judicial es una de las instituciones de protección de menores e incapacitados, cuya vigencia es fundamentalmente temporal, siendo un órgano supletorio y subsidiario nombrado por la autoridad judicial con el fin de proteger excepcionalmente a menores, incapacitados o pródigos representándoles y asistiéndoles, ya sea con carácter específico, ya con carácter más general, cuando en algún asunto concreto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador; cuando por cualquier causa, el tutor, curador no desempeñasen sus funciones; y, en todos los demás supuestos previstos en el Código Civil —art. 299—» (*Fundamento de Derecho* 2.º). Por su parte, el Auto de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1.ª, de 20 de septiembre de 2006 (JUR 2006/239550), señala como características del defensor judicial su temporalidad, subsidiariedad y coexistencia con la patria potestad; y, asimismo, el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7.ª, de 24 de junio de 2004 (La Ley 149710/2004), manifiesta que el defensor judicial es una de las instituciones de protección de menores e incapacitado, con vigencia fundamentalmente temporal, siendo un órgano supletorio y subsidiario nombrado por la autoridad judicial.

Respecto a la *subsidiariedad*, ya JERÓNIMO GONZÁLEZ, «El defensor judicial», *op. cit.*, págs. 199 y 200, refiriéndose al defensor judicial en sede de patria potestad, había advertido que «los supuestos de privación o suspensión de la patria potestad se aplicarán de preferencia, aunque presenten cierto aspecto patrimonial». En la actualidad, FLORENSA I TOMÁS, C. E., «El defensor judicial», *op. cit.*, págs. 179-180, señala que «hay que tener en cuenta que precisamente en estas circunstancias el defensor judicial también está llamado a intervenir y cumplir su función en defecto de la de los padres o tutores o curadores (*ex art. 299.2 del CC*)». Por tanto, precisa el autor, que «la subsidiariedad hay

GETE-ALONSO y CALERA añaden la posible coexistencia del defensor judicial con la patria potestad, con la tutela y la curatela (19); y FLORENSA I TOMÀS la supletoriedad, porque exige la previa existencia de un sistema de protección de un cargo principal al que está sometido el protegido; y la transitoriedad, que se manifiesta en que el defensor, se nombra para resolver una cuestión puntual respecto de la que existen intereses contrapuestos (la expresión utilizada por la disposición legal es «algún asunto»); o se nombre a un nuevo tutor o curador. Una vez solventado el asunto conflictivo, y con ello desaparecida la contradicción de intereses, o cesada la causa que ha motivado el no desempeño adecuado de las funciones, o designada, en su caso, otra persona para ocupar el cargo de tutor o curador, la función del defensor judicial habrá concluido (20). De forma que, atendiendo a tales caracteres, no es posible considerar que, el defensor judicial sea un representante originario y permanente

que entenderla en el sentido de excepcionalidad, como viene contemplado por el actual artículo 162 del Código Civil, al disponer que la representación solamente se suspenderá excepcionalmente en los casos previstos, uno de los cuales —contraposición de intereses— dará lugar al nombramiento de defensor». De forma que, junto con la supletoriedad, «ambas características coinciden en el fundamento mismo de la función del defensor judicial, es decir, representar y amparar excepcionalmente al menor o incapacitado en defecto del régimen de guarda y protección al que está sometido, ya sea por existir contraposición de intereses entre el representante legal originario y el menor o incapacitado, ya sea porque el representante legal no cumple con el desempeño del cargo».

Con relación a la *temporalidad*, se manifiesta claramente en el artículo 299.2 del Código Civil, al decir que: «se nombrará un defensor judicial... hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo». De forma que, la temporalidad puede ser traducida en provisionalidad del cargo, pues su nombramiento obedece a la singularidad de circunstancias que se producen en un momento determinado, y al desaparecer éstas se extingue y desaparece la figura del defensor judicial. El defensor judicial es, por tanto, un cargo que suple temporal y provisionalmente a los padres, tutor y curador, para la representación y amparo o asistencia del menor, incapacitado o pródigo. Vid., FLORENSA I TOMÀS, C. E., «El defensor judicial», *op. cit.*, págs. 185-186.

(19) GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del C., «Comentario al artículo 299 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, T. I, dirigidos por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Rodrigo BERCOVITZ, Luis Díez-PICAZO y PONCE DE LEON, y Pablo SALVADOR CODERCH, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 853.

Precisa FLORENSA I TOMÀS, C. E., «El defensor judicial», *op. cit.*, pág. 179, que «tanto los artículos 163 y 299 del Código Civil refieren su intervención para suplir las funciones propias del originariamente legitimado. Dicha suplencia, además, no tiene por qué implicar sustitución alguna del cargo principal. En el caso paradigmático del conflicto de intereses, la simultaneidad y compatibilidad en el ejercicio de la función, tanto del defensor como del cargo principal, es la regla, ya que la legitimación legal de éste sólo se suspende en el ámbito del asunto que ha originado el conflicto, quedando intacta su legitimación en todo lo demás».

(20) FLORENSA I TOMÀS, C. E., «El defensor judicial», *op. cit.*, págs. 178 y 185. En similares términos, ÁLVAREZ LATA, N., «Comentario al artículo 299 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coordinador: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2.^a ed., Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 473-474, señala que no se configura *strictu sensu* como la cuarta institución de guarda de nuestro ordenamiento jurídico, sino como una figura presidida por la transitoriedad y la subsidiariedad. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de junio de 1985 (*RJ* 1985/3109), en la que se señala que se trata de una figura presidida por la idea de la transitoriedad y de concreta designación para un específico caso en que surge el conflicto de intereses justificativo de la suspensión del poder paterno en el asunto determinado de que se trata (*Considerando Jurídico* 3.º).

del menor o incapacitado, sino que su intervención va a exigir siempre la existencia de un previo representante o legitimado legal al que sustituir durante un tiempo determinado. Esto no quiere decir que el cargo de defensor judicial carezca de autonomía, debido precisamente a su naturaleza supletoria y subsidiaria. El defensor judicial es un cargo autónomo no sólo porque así lo configura el artículo 215 del Código Civil, sino porque cuando en determinados supuestos sustituye en sus funciones a los representantes legales (patria potestad y tutela), o al que asiste al incapacitado o pródigo, actúa como tal (21). Se trata, por tanto, de un cargo autónomo, al que la propia autoridad judicial concreta su contenido, teniendo en cuenta siempre el cargo principal sustituido y el supuesto concreto de intervención (art. 302 del CC). En todo caso, el nombramiento del defensor judicial afecta al ejercicio del cargo tutelar o patria potestad, pero nunca por sí mismo al cargo protector, pues, coexistirá con los padres, tutor o curador, con independencia del supuesto que haya dado lugar al nombramiento de defensor (art. 299.1 y 2 del CC) (22). La titularidad del cargo sólo será suprimida mediante la privación o suspensión de la patria potestad, o la remoción en el cargo del tutor o curador.

Por otra parte, el cargo de defensor judicial, como todos los cargos tutelares, es obligatorio e irrenunciable sin justa causa. Ello deriva del artículo 216 del Código Civil y lo confirma el artículo 217 del Código Civil. Ya antes de la reforma de 1983, JERÓNIMO GONZÁLEZ decía que «estamos en presencia de un *munus publicum*, oficio irrenunciable sin justa causa (art. 202 del CC)» (23). En la actual regulación, el citado artículo 216 dispone que «*las funciones tutelares constituyen un deber, que se ejercerá en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial*»; y, el, asimismo, citado artículo 217, hace referencia a la irrenunciabilidad de este deber sin justa causa al disponer que «*sólo se admitirá la excusa de los cargos tutelares en los supuestos legalmente previstos*». Por esa obligatoriedad del cargo es justificable la aplicación de las causas de excusa que establece la ley para el tutor y curador, como así se deduce de la remisión expresa que efectúa el artículo 301 del Código Civil. Debe por ello desempeñar las funciones conforme el citado artículo 216, siempre que no se alegue causa de excusa legalmente prevista (24).

A estos caracteres, la doctrina añade la necesidad que el defensor reúna determinadas condiciones personales tales como: *independencia* que, significa ausencia de influencias posibles por parte de los titulares de la representación legal suspendida en todo o en parte; *honorabilidad*, como ausencia de reproche social en su comportamiento; e *imparcialidad*, entendida como objetividad en las determinaciones o decisiones (25).

(21) FLORENSA I TOMÁS, C. E., «El defensor judicial», *op. cit.*, pág. 181.

(22) MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMES, E., «Representación paterna y oposición de intereses», en *Revista Jurídica de Derecho Notarial*, T. CXXIV, 1984, pág. 226; FLORENSA I TOMÁS, C. E., «El defensor judicial», *op. cit.*, pág. 183.

(23) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., «El defensor judicial», *op. cit.*, pág. 259.

(24) COUTO GÁLVEZ, R. M.^a, «Comentario al artículo 299 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 2063.

(25) FLORENSA I TOMÁS, C. E., «El defensor judicial», *op. cit.*, págs. 174-175; HERNÁNDEZ GIL, F., «Sobre la figura del defensor judicial de menores», *op. cit.*, pág. 213; LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 299 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 468; GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., «El defensor judicial», *op. cit.*, pág. 259. Vid., asimismo, el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 6.^a, de 30 de marzo de 2006 (La Ley 251460/2006).

En este contexto, ESPÍN CÁNOVAS destaca como dos funciones de la institución del defensor judicial: la función *sustitutiva* de los representantes legales del menor o incapacitado en caso de conflictos de intereses entre éstos y sus representantes o curador, y la función *supletiva* del tutor o curador cuando éstos no desempeñen sus funciones por cualquier causa (26). Sin embargo, MORENO QUESADA afirma que no le parece que con esos conceptos pueda reflejarse la diferencia que, trata de apreciarse entre los supuestos de los números 1.º y 2.º del artículo 299, porque, a su juicio, tan sustitutiva es la figura del defensor en un caso como en el otro; en ambos se sustituye, es decir, «se pone a una persona en lugar de otra»; lo que sucede, como precisa el citado autor, que la finalidad de la sustitución es diferente en cada uno de los supuestos que, de manera expresa, contempla el artículo 299; uno, de actuación compensatoria o equilibradora de las respectivas situaciones e intereses, que se da para los casos de conflicto de éstos, contemplado en el número 1.º; otro, de actuación subsidiaria o supletoria para cuando, por cualquier causa, el tutor o curador no desempeñaren sus funciones. Y, concluye, si se trata o no de dos funciones de las que se puede deducir una distinta naturaleza del cargo en uno y otro caso, será cosa que, en cada supuesto, decidirá el Juez al realizar las atribuciones concretas, según establece el artículo 302 del Código Civil (27).

En efecto, será el Juez el encargado de especificar las funciones que debe cumplir el defensor judicial, y, por tanto, delimitará el alcance de la sustitución (art. 302) (28), pero siempre teniendo presente, como apunta COUTO GÁLVEZ, que si se trata de conflicto de intereses lo será para unos efectos concretos y determinados (así, también, por ejemplo, en el art. 320.6 del CC italiano); o si se trata de una sustitución por falta de desempeño de las funciones, el defensor judicial cumplirá todas las funciones que, en un principio, correspondan al tutor o curador sustituidos. El contenido del cargo será más o menos amplio dependiendo del supuesto al que se ha de atender (29). Así, en caso de conflicto de intereses, las atribuciones del defensor judicial se limitan al contenido del «asunto» —acto o contrato específico de que se trate— (arts. 163.1 y 299.1 del CC hablan de «algún asunto»); de forma que la sustitución de los padres o del tutor o curador por el defensor judicial quedará limitada a ese asunto o asuntos concretos donde haya contraposición de intereses, siendo compatible con tales cargos en los restantes asuntos en los que éstos no han sido suspendidos de sus funciones; mientras que en el supuesto de no desempeño de las funciones por parte de los padres, tutor, o curador contenido en el artículo 299.2 del Código Civil, el defen-

(26) ESPÍN CÁNOVAS, M., «Manual de Derecho Civil español», vol. IV, *Familia*, Madrid, 1984, pág. 609.

(27) MORENO QUESADA, B., «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», *op. cit.*, pág. 321.

(28) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 13 de mayo de 2003 (La Ley 85888/2003), entre las atribuciones que les puede conferir el Juez al defensor judicial, se encuentra la de administrar los bienes; la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7.ª, de 11 de diciembre de 2006 (La Ley 284708/2006), el defensor tiene como facultad atribuida la administración de la comunidad de bienes; el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 14 de diciembre de 2006 (La Ley 249132/2006), se designa el defensor judicial con facultades de administrador patrimonial de los bienes de la incapacitada; y el Auto de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 2.ª, de 15 de abril de 2008 (*JUR* 2008/225781).

(29) COUTO GÁLVEZ, R. M.ª, «Comentario al artículo 299 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 2064.

sor sustituye en el cargo a tales representantes o legitimados para actuar en la toma de decisiones que, afectan al menor o incapacitado o, declarado pródigo, como si de titular de la patria potestad, tutela o curatela se tratara, sin que pueda extralimitarse en las funciones asignadas por el Juez, y, sin que, asimismo, pueda tener un ámbito de actuación más amplio que el que corresponde precisamente a los representantes legales (padres o tutor) o al curador a los que sustituye temporalmente, alcanzándole, igualmente, las limitaciones inherentes a tales cargos. En consecuencia, cuando el defensor se extralimite en sus funciones o no habiéndose concretado, su actuación excede de lo que representa el contenido atribuible a la legitimación legal suspendida (patria potestad, tutela o curatela), el acto realizado será nulo y tendrá la misma consideración que con arreglo al artículo 1259 merece el acto realizado en nombre de otro sin autorización, es decir, lo que se ha venido considerando como un supuesto de «ineficacia relativa» e «irrelevancia» del acto o negocio, con la consiguiente posibilidad de ratificación (30).

Con todo y como cargo de guarda, le corresponderá como dispone el artículo 299.1: «representar y amparar» los intereses del menor, incapacitado o pródigo en los supuestos regulados y anteriormente mencionados (31) y en juicio o fuera de él (32). Como indica LETE DEL RÍO, tal expresión legal habrá de entenderse en un sentido general y amplio, no técnico (33). Si bien, conviene precisar que la referencia a la representación sólo puede aplicarse cuando el defensor judicial interviene supliendo al tutor o titulares de la patria potestad, más no cuando suple la función del curador. Por ello, sólo cuando sustituya a los padres o tutor, el defensor judicial representará al menor o incapacitado, teniendo en cuenta que también tendremos que excluir de este ámbito de actuación el supuesto de conflicto de intereses entre los padres y el menor emancipado, por la misma razón que asiste al curador, pues, en este caso asistirá complementando en su capacidad al pródigo o incapacitado sometido a curatela. En todo caso, la representación y amparo de la que habla el citado artículo 299 alcanza tanto a los intereses patrimoniales como a los personales y familiares o morales. Yendo más lejos en la concreción de los términos «representación y amparo», FLORENSA I TOMÁS pone de manifiesto la existencia de dos interpretaciones doctrinales. Una primera, en la que se señala que la representación hace referencia a los supuestos en que el defensor judicial sustituye —independientemente de la causa que haya dado lugar a su nombramiento— a los padres o al tutor, que son los únicos

(30) FLORENSA I TOMÁS, C. E., «El defensor judicial», *op. cit.*, pág. 207; MONTÉS PENADÉS, V. L., «Comentario al artículo 163 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1100. El artículo 224-4 del Código Civil catalán considera anulables los actos realizados sin la intervención de defensor judicial, cuando resulta necesaria.

(31) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 6.ª, de 29 de noviembre de 1999 (AC 1999/2460). Por su parte, el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.ª, de 12 de enero de 2000 (La Ley 13548/2000), pone de manifiesto que, el defensor judicial dispone de legitimación activa para oponerse al nombramiento de tutor, cuando estime que éste es perjudicial para los intereses del incapaz.

(32) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de junio de 1997 (RJ 1997/4605); de 7 de noviembre de 2002 (RJ 2002/9484); y de 9 de julio de 2004 (RJ 2004/5246); y el Auto de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 2.ª, de 11 de enero de 2005 (La Ley 4449/2005), en que se nombra defensor del presunto incapaz para que le asista y defienda en el procedimiento de incapacitación.

(33) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 299 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 471; ÁLVAREZ LATA, N., «Comentario al artículo 299 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 474.

que ostentan la representación legal del menor o incapacitado; mientras que amparo, por exclusión, designaría la función tutela del defensor cuando éste sustituyera al curador o a los padres del menor emancipado, es decir, la de asistencia o complementación de capacidad de obrar. Esta es la opinión de PUIG FERRIOL (34); y, una segunda, a la que se adhiere el citado autor, representación indicaría que, la actuación tutelar del defensor versa sobre actos jurídicos, mientras que amparo, se utilizará para aquella misma actuación, aunque respecto a actos extrajurídicos o materiales, es decir, aquellos actos íntimamente vinculado con la idea de beneficio económico. Por consiguiente, tanto si el defensor judicial sustituye a cargos protectores que conllevan representación legal, como si no, su actuación puede contener actos de los dos tipos; pues, como termina precisando FLORENSA I TOMÁS, tanto los padres como el tutor y el curador pueden intervenir en actos jurídicos y extrajurídicos, aquéllos representando a la persona, y éste complementando la capacidad (35).

Ahora bien, la naturaleza supletoria y subsidiaria del defensor judicial —pese a ser un cargo tutelar autónomo— le impide tener un contenido funcional propio, como sucede con los demás órganos de protección. Se puede decir que su función tutelar goza de cierta versatilidad, pues, unas veces intervendrá, sustituyendo completamente a los padres, tutor o curador, representando a los menores, incapacitados, o asistiendo a éstos o a los declarados pródigos; y otras veces, esa representación o asistencia se concretará en un asunto con el que exista conflicto o contraposición de intereses. Por eso, como dice PUIG FERRIOL, «el defensor judicial tendrá las mismas atribuciones que la ley confiere al tutor o curador, a los cuales sustituye provisionalmente, a menos que el Juez acuerde otra cosa al hacer cada concreto nombramiento» (36). De forma que, el contenido funcional del cargo de defensor judicial es determinado normalmente *per remissionem* (37); y estará sometido no sólo a las prohibiciones establecidas en el artículo 221 del Código Civil, como cargo tutelar que es, sino también al mismo régimen de prohibiciones y limitaciones del cargo principal sustituido. Así, si éste necesita intervención o autorización judicial para un acto determinado, igual exigencia tendrá la actuación del defensor judicial en cuanto sustituye a los representantes legales en sus funciones. En esta línea se ha planteado en la doctrina la cuestión de si la partición hereditaria en la que interviene un defensor judicial en representación de los menores de edad no emancipados o incapacitados ante un conflicto de intereses existente con los padres o tutor, necesita o no de la aprobación judicial, o está implícita ya esta en el propio contenido de su actuación determinado judicialmente. En este punto, se ha optado mayoritariamente por un tratamiento homogéneo con independencia del cargo protector al que sustituye el defensor judicial; de manera que, este no necesitará de la aprobación judicial de la partición en la que interviene representando a los menores e incapacitados, tanto si en tal acto sustituye a los padres o al tutor; siendo, en consecuencia, aplicable en ambos casos la norma contenida en el artículo 1060 del Código Civil, y no el artículo 271.4.º de este mismo cuerpo legal al tutor (38).

(34) PUIG FERRIOL, L., «Comentario al artículo 299 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Madrid, 1986, pág. 773.

(35) FLORENSA I TOMÁS, C. E., «El defensor judicial», *op. cit.*, págs. 212-215.

(36) PUIG FERRIOL, L., «Comentario al artículo 302 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 782.

(37) FLORENSA I TOMÁS, C. E., «El defensor judicial», *op. cit.*, pág. 195.

(38) FLORENSA I TOMÁS, C. E., «El defensor judicial», *op. cit.*, págs. 200-201, argumenta en un doble sentido: «en primer lugar, porque la misma *ratio legis* del artículo 271

Una vez concretado por el Juez el ámbito de actuación del defensor, esto es, el contenido funcional que legitima su intervención, ante cualquier duda que, pueda surgir relativa a su alcance, sobre todo en los casos del artículo 299.2.º, si el Juez no precisara nada en particular —pues, en estos supuestos no hay delimitación material de sus funciones, al no haber concretos asuntos conflictivos, aunque sí la hay temporal—; la doctrina se muestra vacilante, así algunos autores optan por una de interpretación restrictiva, considerando que, no se puede actuar más allá del mandato que se le ha conferido, sin que, por tanto, pueda entenderse que, asume siempre las mismas funciones que, la ley asigna al titular/es de la patria potestad, tutor y curador, pues, la representación del defensor es una excepción a la representación legal de aquéllos o del curador, puesto que se trata de una figura distinta de éstas y necesariamente provisional (39); frente a esta tesis, la contraria es defendida, por otro sector de la doctrina, sosteniendo al respecto que, el defensor judicial podrá intervenir también en aquellos asuntos, que aparezcan necesariamente enlazados con el que ha determinado su nombramiento, esto es, que la actuación del defensor se puede desplegar en todo el ámbito propio de los padres, tutor o curador a los que sustituye provisionalmente (40).

del Código Civil así lo indica: puesto que la Ley, en origen, atribuye al tutor unas facultades amplísimas, análogas a las otorgadas a los padres, resulta lógico que algunas, cuando deban ser ejercidas y por su trascendencia, estén sometidas a la intervención y aprobación del Juez, y a esto responde la norma del artículo 271.4 del Código Civil; además, la misma antinomia obliga a una interpretación restrictiva del caso: el artículo 271.4.º del Código Civil habrá que entenderlo como norma específica aplicable únicamente al tutor frente a la norma general del artículo 1060 del Código Civil, aplicable a los demás cargos protectores que conlleven representación legal y, concretamente, al defensor judicial»; CASASÚS HOMET, E., «¿Requiere aprobación judicial la partición hereditaria en que interviene defensor judicial?, en *Revista de Derecho Notarial*, julio-diciembre de 1984, pág. 377; CASTÁN TOBEÑAS, J. M.ª, «Comentario al artículo 163 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 562; MONTES PENADES, V. L., «Comentario al artículo 163 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1100. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de marzo de 1996 (*RJ* 1996/2175); el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 17 de octubre de 2003 (*JUR* 2003/271424); el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 8.ª, de 17 de noviembre de 2003 (*JUR* 2004/8385); y las RDGRN de 4 de abril de 1986 (*RJ* 1986/2127) y de 23 de julio de 1990 (*RJ* 1990/6666). En contra, SERRANO GIL, A., «El defensor judicial», *op. cit.*, pág. 181; y la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 15 de octubre de 2008 (La Ley 148013/2008), en la que se indica que, una vez realizada la partición, es cuando ha de recaer la aprobación judicial solicitada por el defensor judicial del incapaz, si el Juez no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento (*Fundamento de Derecho* 1.º), y la RDGRN de 14 de julio de 2005 (*RJ* 2005/7016).

El artículo 224-3 del Código Civil catalán la entiende implícita en el nombramiento. Al igual que el artículo 141.2 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona de Aragón.

(39) MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMES, E., «Representación paterna y oposición de intereses», *op. cit.*, pág. 238; GETE-ALONSO y CALERA, M.ª del C., «Comentario al artículo 303 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 860; LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 302 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 483. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, de 12 de junio de 1985 (*RJ* 1985/3109), y de 10 de marzo de 1994 (*RJ* 1994/1731); y la RDGRN, de 23 de julio de 1990 (*RJ* 1990/6666), y de 8 de mayo de 1994 (*RJ* 1995/4093).

(40) MONTES PENADES, V. L., «Comentario al artículo 163 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1099; FLORENSA I TOMÁS, C. E., «El defensor judicial», *op. cit.*, pág. 205; JIMÉNEZ ASEÑO, E., Voz: «Defensor judicial», *op. cit.*, pág. 348; MORENO MARTÍNEZ, J. A., «Comen-

Corresponde al Juez, en consecuencia, especificar necesariamente cuáles son las «atribuciones» (funciones) del mismo y su extensión y límites (41).

En cuanto al nombramiento del defensor judicial, tanto la designación de la persona como la delación de cargo es atribución exclusiva y excluyente del Juez, así lo dispone el artículo 300 del Código Civil. Por tanto, la designación y delación del defensor es siempre dativa; de ahí su consideración de cargo judicial y su denominación como defensor judicial. Además de la designación de oficio (42) o a instancia del Ministerio Fiscal —que resulta de la función que se le atribuye, en general, en la regulación de las instituciones de guarda (arts. 228 y 232.1 del CC)—, están legitimados para solicitar su nombramiento el propio menor (43) o cualquier persona capaz de comparecer en juicio (44). Aunque no se nombra a los padres, como lo hacía el derogado apartado 3 del artículo 163 del Código Civil, ni al tutor y curador, se entiende que todos ellos se incluyen también como legitimados en la propia mención genérica de personas capaces de comparecer en juicio que, se contiene en el citado artículo 300 (45). No obstante, el que uno de los padres esté excluido del ejercicio de la patria potestad, no le quita legitimación para solicitar el nombramiento de defensor judicial, pues, tal legitimación forma parte de la titularidad de la patria potestad —que ostenta—, y no de su ejercicio. Tampoco se hace referencia al incapacitado, quizá por carecer, en principio, de capacidad procesal (art. 7.1 de la LEC); no obstante, podrá también considerarse incluido en tal genérica expresión, siempre que lo posibilite la sentencia de incapacitación (art. 199 del CC y art. 761.2 de la LEC) (46). Asimismo, atendiendo

tario a la sentencia de 10 de marzo de 1994», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 35, abril/agosto de 1994, pág. 733.

(41) Vid., el artículo 224.3 del Código Civil catalán, y el artículo 141.1 de la Ley 13/2006, de Derecho de la Persona de Aragón.

(42) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, de 17 de diciembre de 1999 (La Ley 186022/1999).

(43) La posible legitimación del menor para el nombramiento de defensor judicial planteaba ciertas dudas a la doctrina bajo la legislación anterior a las reformas, salvo para el menor emancipado que tenía capacidad procesal. Así, en sede de relaciones paterno-filiales, el artículo 163.3 del Código Civil otorgaba legitimación al menor y se optaba por aplicar analógicamente tal precepto, y por ende, tal legitimación en sede de tutela. La reforma de 1983, puso, sin embargo, en duda, tras la modificación de los artículos 299 a 302, la vigencia de tal precepto. De ahí que, por la mayoría de la doctrina no se admitiera legitimación al menor no emancipado para solicitar del órgano judicial el nombramiento del defensor judicial. Vid., por todos, MORENO MARTÍNEZ, J. A., «El defensor judicial», *op. cit.*, pág. 323. Cuestión que queda fuera de lugar tras la Ley Orgánica 1/1996, al quedar derogado el apartado 3 del artículo 163 (Disposición Final 18.^a, apartado 2, párrafo 4.2.^o).

(44) Vid., el artículo 224.2.1 del Código Civil catalán que también alude expresamente al tutor y curador; y el artículo 140 de la Ley 13/2006 de Derecho de la Persona de Aragón.

(45) Para COUTO GÁLVEZ, R. M.^a, «El defensor judicial», *op. cit.*, pág. 2069, en cambio, «quedan excluidos del grupo de legitimados el tutor y el curador, a quienes por lo mismo no se podrán exigir responsabilidad cuando, dándose los supuestos previstos en el artículo 299 del Código Civil, se haya producido algún daño al menor, incapacitado o pródigo por no haberse instado el nombramiento de defensor judicial».

(46) SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 300 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, coordinador: Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA, T. II, 2.^a ed., Bosch, Barcelona, 2006, pág. 692. De opinión contraria, y sobre la base de la regulación contenida en el artículo 163.3 del Código Civil en su relación con el artículo 300 del citado

a tal expresión, podrán considerarse como legitimadas las personas jurídicas, pues, el artículo 2 de la LEC prevé que las corporaciones, sociedades y demás entidades jurídicas puedan comparecer en juicio; a lo que hay que añadir además que, nuestro Código Civil posibilita que la tutela sea ejercida por persona jurídica (art. 242 del CC). Ha de tratarse de personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y estén dedicadas a la protección de menores e incapaces (47).

En todo caso, conviene manifestar que, el nombramiento de defensor judicial en sede de relaciones paterno-filiales resulta operativo cuando la oposición de intereses de los padres con sus hijos menores de edad no emancipados alcanza a ambos progenitores; pues, si tal conflicto u oposición es con uno sólo corresponderá al otro, actuar como defensor judicial, en una suerte de atribución *ex lege* y automática de la representación, al no necesitar especial nombramiento para representar al hijo o completar su capacidad (48) —suesto que acoge, asimismo, a los patria potestad prorrogada o rehabilitada o curatela ejercidas también por ambos padres—. Siendo intrascendente que los padres del menor se encuentren o no casados, pues, en cualquier caso la patria potestad, la titularidad y el ejercicio es conjunto. No obstante, si la filiación esté determinada respecto de uno de los progenitores, o, estándolo respecto a ambos, uno de ellos ha fallecido, el conflicto de intereses que tengan lugar entre los hijos menores de edad y el único progenitor reconocido o *supérstite*, exige el nombramiento de defensor judicial.

Por otra parte, aunque el artículo 223 del Código Civil posibilita que los padres puedan ordenar en testamento o documento público cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados —incluso el establecimiento de órganos de fiscalización de la tutela—, entre las que se podría incluir la designación de defensor judicial —si se dieran las circunstancias para su nombramiento—; lo cierto es que tal designación no vinculará al Juez, que simplemente podrá tenerla en cuenta; y, en todo caso, podrá nombrarlo, si lo considera adecuado para el cargo (49).

cuerpo legal, FLORENSA I TOMÁS, C. E., «El defensor judicial», *op. cit.*, pág. 149, al considerar no legitimado al menor ni al incapacitado. No obstante, señala que ambos podrán poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las circunstancias que puedan dar origen al nombramiento de defensor judicial.

(47) En este sentido, GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del C., «Comentario al artículo 300 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 858; MORENO MARTÍNEZ, J. A., «El defensor judicial», *op. cit.*, pág. 222; ÁLVAREZ LATA, N., «Comentario al artículo 301 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 476; LASARTE ÁLVAREZ, C., «Principios de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 384.

(48) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 1.^a, de 13 de julio de 2004 (La Ley 166326/2004). Asimismo, vid., en este mismo sentido, el artículo 236-20 del Código Civil catalán.

(49) FLORENSA I TOMÁS, C. E., «El defensor judicial», *op. cit.*, pág. 157; PUIG FERRIOL, L., «Comentario al artículo 300 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 778, aboga, igualmente, «por la inoperancia de las mismas, por cuanto el artículo 300 del Código Civil claramente resulta que sólo el Juez está legitimado para nombrar defensor judicial o —en último término— que el Juez puede hacer caso omiso de este nombramiento mediante decisión motivada, a tenor de lo prevenido en el artículo 224»; GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del C., «Comentario del artículo 300 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 858, señala que no hace falta motivar la designación, si el Juez opta por no nombrar a quienes los padres han designado; LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 300 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 479, por su parte, precisa que nada se opone a que el Juez elija y nombre a dicha persona, si bien no vendrá obligado a motivar su preterición». No obstante, LACRUZ BER-

Efectivamente, el Juez sólo nombrará como defensor a quien considera más idóneo para el cargo, ya sea un pariente o un extraño, sin que proceda aplicar la preferencia legal contenida en el artículo 234 del Código Civil —tutela legítima— (50), dado el amplio margen de discrecionalidad que el artículo 300 confiere al Juez para que decida quien es la persona más adecuada para los intereses del menor o incapacitado (51); siendo la capacidad exigible para su desempeño, la misma que se exige a los titulares que vaya a sustituir, o la requerida para el acto o negocio sobre el que va a actuar representando o asistiendo al menor, incapacitado o pródigo (pudiéndose aplicar las reglas que el Código Civil establece respecto a los tutores: que esté en pleno ejercicio de sus derechos civiles y no esté incurso en ninguna causa de inhabilidad) (52). En esta línea, cabe preguntarse, si puede el menor emancipado ser nombrado defensor judicial. A favor de la tesis afirmativa se argumenta que: 1.º El menor emancipado puede ejercer la patria potestad sobre sus hijos —que incluye la facultad de representación y administración de bienes (art. 154.2.2.º del CC)— sin asistencia de ningún tipo (art. 157 del CC interpretado a *sensu contrario*); de forma que, no parece que pueda existir inconveniente en que sea defensor, sobre todo teniendo en cuenta que la actuación como tal puede estar limitada a un asunto concreto; 2.º El menor emancipado puede ser mandatario (art. 1716 del CC), por lo que tiene capacidad para actuar sobre un patrimonio ajeno (facultad de representar o poder para ello); 3. La actuación del menor emancipado como defensor puede ser modulada en atención a su capacidad, de manera que habrá que estar al supuesto que haya dado lugar a su nombramiento y a las funciones atribuidas por el Juez. De ahí que se considere que podrá desempeñar las funciones del cargo de defensor en la medida que sea designado para actos concretos que pueda realizar por sí solo (53). Sin embar-

DEJO, J. L., y cols., «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 445, manifiesta que no ve razón diferenciadora en los casos de tutor testamentario, que si lo hubiere, fuese distinta persona, y no tuviere interés opuesto. Posiblemente, sobre tales bases, se confía en que, en tan improbable hipótesis, lo nombrara el Juez.

(50) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 6 de abril de 2000 (La Ley 76639/2000); el Auto de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1.ª, de 20 de septiembre de 2006 (*JUR* 2006/239550); el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 5 de junio de 2007 (*JUR* 2007/312525); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4.ª, de 26 de enero de 2009 (La Ley 7343/2009). Por su parte, en el Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4.ª, de 26 de abril de 2004 (La Ley 96447/2004), señala que en situaciones de normalidad, siempre será preferible que sea un pariente o persona allegada al incapaz quien asuma las funciones tuitivas respecto del mismo. Asimismo, vid., en este mismo sentido, el artículo 224-2.2 del Código Civil catalán, y el artículo 140 de la Ley 13/2006, de Derecho de la Persona de Aragón.

(51) Señala el Auto del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 13 de enero de 2009 (La Ley 727/2009), la designación del defensor judicial no lo será tanto para integrar la capacidad del menor, como para paliar las posibles decisiones de la madre que ostenta la patria potestad. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1.ª, de 22 de octubre de 1998 (*AC* 1998/2263), manifiesta que el defensor judicial nombrado tiene una específica función, defender al presunto incapaz.

(52) FLORENSA I TOMÁS, C. E., «El defensor judicial», *op. cit.*, págs. 164-165.

(53) FLORENSA I TOMÁS, C. E., «El defensor judicial», *op. cit.*, págs. 169-170; GÓMEZ-OLIVEROS, J. M., «Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, mayo-junio, 1984, págs. 668-669; COUTO GÁLVEZ, R. M.ª, «El defensor judicial», *op. cit.*, pág. 2070; GETE-ALONSO y CALERA, M.ª del C., «Comentario al

go, en contra de esta posibilidad se muestra mayoritariamente la doctrina, manifestando al respecto que: 1.º El menor emancipado carece de autonomía patrimonial extrajudicial y de independencia en el orden judicial; 2.º Si el menor emancipado precisa el nombramiento de defensor judicial cuando exista conflicto de intereses con sus padres (art. 163.1 del CC) o con el curador (art. 299.1.º del CC), no puede aceptarse que dicho menor emancipado pueda ser nombrado defensor judicial de un menor o, incluso, de un menor emancipado como él; 3.º Como señala HERNÁNDEZ GIL atendiendo al tenor literal del artículo 317 del Código Civil (actual art. 323 del CC), la emancipación sólo habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, y no para regir la persona o bienes de otro (54).

Por otra parte, no parece que pueda existir inconveniente en que el Juez, si lo estima oportuno, pueda nombrar a una misma persona defensor judicial de varios hermanos, especialmente cuando se trate de supuestos comprendidos en el artículo 299.2 del Código Civil, o cuando sean varios hermanos —sometidos a un mismo tutor o curador (y, por descontado en la patria potestad)— los que mantengan el mismo conflicto de intereses con su representante legal o curador (55).

En todo caso, el nombramiento del defensor judicial tendrá lugar mediante auto en procedimiento de jurisdicción voluntaria (arts. 1811 a 1824 de la LEC) (56), siendo competente los Juzgados de Primera Instancia (art. 85 de la LOPJ). Una vez que sea firme la resolución en la que se le designa, deberá aceptar el cargo y prestar juramento o promesa de desempeñarlo bien, fielmente y en beneficio exclusivo del menor, incapacitado o pródigo. Y tal cargo será eficaz, mientras el nombramiento no se anule o se deje sin efecto. La resolución judicial que decide sobre el defensor judicial (tanto si es estimatoria como desestimatoria), es apelable, y no es necesario que se inscriba en el Registro Civil.

Finalmente, le son aplicables al defensor judicial las causas de inhabilidad (arts. 243 a 246) —para determinar qué personas no pueden actuar como defensores judiciales—; de excusa (arts. 251 a 258), y remoción (arts. 247 a 250), de tutores y curadores (art. 301 del Código Civil) (57). Con todo, esta traspo-

artículo 301 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 859; SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 163 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, coordinador: Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA, T. II, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 456.

(54) MORENO MARTÍNEZ, J. A., «El defensor judicial», *op. cit.*, págs. 221-222; MARTÍNEZ PIÑEIRO CARAMÉS, E., «Representación paterna y oposición de intereses», *op. cit.*, pág. 235; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, T. IV, Bosch, Barcelona, 1985, pág. 265; HERNÁNDEZ-GIL, F., «Sobre la figura del defensor judicial de menores», *op. cit.*, pág. 217.

(55) GETE-ALONSO y CALERA, M.ª del C., «Comentario al artículo 300 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 858.

(56) La sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 3.ª, de 10 de mayo de 1999 (La Ley 75522/1999), señala que en el procedimiento de nombramiento de defensor judicial no es preceptiva la intervención de procurador, pero sí la de letrado. Por su parte, el Auto de la Audiencia Provincial de Guadalajara, Sección 1.ª, de 31 de enero de 2007 (*JUR* 2007/133217), dispone que la simple oposición de cualquier interesado no empece para que deba tramitarse por la vía de jurisdicción voluntaria; y el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 16 de julio de 2009 (*JUR* 2010/72736), se opta por la nulidad del nombramiento del defensor judicial por no haber sido previamente oída la persona que va a ser declarada defensor judicial.

(57) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 1.ª, de 2 de junio de 1998 (*AC* 1998/8005); el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 8.ª, de

sición en bloque de tales normas en sede de tutela exige una adaptación al cargo del defensor judicial, pues: 1. En cuanto a la causa de inhabilidad del artículo 243.2.º del Código Civil, debe entenderse que no sólo se refiere a haber sido removidos de una tutela anterior, sino también de una anterior curatela y de otro cargo de defensor judicial; 2.º La causa de inhabilidad contemplada en el artículo 243.4.º (haber sido condenado por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la tutela), implica de por sí un impedimento para el desempeño de las funciones del cargo de defensor judicial; 3.º El artículo 244.2.º y 4.º determina que habrá que incluir, junto a los términos menores e incapacitados, al pródigo como posible sujeto protegido por el defensor judicial; 4.º La persona que se encuentre en situación de concurso de acreedores (art. 244.5.º), sólo puede ser nombrada para actuar en la esfera personal y no patrimonial, ni en sustitución del curador; y 5.º Al ser la designación del defensor siempre judicial, las previsiones de los artículos 245 y 246 resultan inaplicables, por lo que la remisión no opera sobre tales preceptos (58). Una vez concluida su gestión, deberá rendir cuentas de la misma al Juez (art. 302 del CC) (59). A esta rendición de cuentas le son aplicables, en principio, las reglas que se contienen en los artículos 279 a 285 del Código Civil respecto de la tutela, con excepción de aquellas que se refieren a los plazos, dado que estamos en un cargo excepcional y temporal, con un mandato específico para un asunto o acto concreto o determinado (60). Al no establecerse nada sobre la obligación o no, de hacer inventario y/o prestar fianza en el Código Civil, corresponderá, en todo caso, al Juez determinar si el defensor judicial debe o no cumplir con tal obligación, sin que quepa aplicar por analogía, las reglas de la tutela (61). Asimismo, si lo considera oportuno, podrá fijar una retribución para el defensor judicial (62). Todo ello, sin perjuicio del derecho que tiene al resarcimiento a cargo de los bienes del defen-

16 de mayo de 2002 (*JUR* 2002/189058); el Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 3.ª, de 8 de julio de 2002 (*JUR* 2002/243697); el Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1.ª, de 24 de enero de 2005 (La Ley 18192/2005); el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 6.ª, de 30 de marzo de 2006 (La Ley 251460/2006), y el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 26 de mayo de 2009 (La Ley 180390/2009). Sin embargo, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 5 de junio de 2007 (*JUR* 2007/312525) señala que no podrán darse en la persona del defensor las causas de inhabilidad contempladas para la tutela. Asimismo, vid., el artículo 224-5.1 del Código Civil catalán, añadiendo en el apartado 2 que: «si el defensor judicial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 224-1, ejercer funciones tutelares, se le aplican las normas de la tutela o de la curatela, según proceda».

(58) GETE-ALONSO y CALERA, M.ª del C., «Comentario al artículo 301 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 859, y COUTO GÁLVEZ, R. M.ª, «El defensor judicial», *op. cit.*, págs. 2070-2071.

(59) En el mismo sentido, vid., el artículo 224-5.1 del Código Civil catalán, y artículo 141.1 de la Ley 13/2006, de Derecho de la persona de Aragón.

(60) Señala LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 302 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 483, que no obstante, la autoridad judicial puede señalar un plazo prudencial, atendidas las circunstancias del caso.

(61) MORENO MARTÍNEZ, J. A., «El defensor judicial», *op. cit.*, págs. 295-296; COUTO GÁLVEZ, R. M.ª, «El defensor judicial», *op. cit.*, pág. 2071. Para JIMÉNEZ ASEÑO, E., voz: «Defensor judicial», *op. cit.*, pág. 349, sí que debe prestar fianza.

(62) GETE-ALONSO y CALERA, M.ª del C., «Comentario al artículo 302 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 860, exige que la retribución del defensor la motive el Juez en el auto de nombramiento.

dido por los daños que sufra sin su culpa en el ejercicio de su cargo de los que no pueda obtener resarcimiento por otro medio (art. 220 del CC) (63).

III. SUPUESTOS CONCRETOS DE ACTUACIÓN

El artículo 299 del Código Civil enumera tres supuestos distintos de actuación del defensor judicial, de los que nos vamos a ocupar a continuación: 1) Si en algún asunto existe un conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador. El inciso primero del citado artículo 299 es casi absolutamente coincidente con la previsión normativa del artículo 163: nombramiento de defensor judicial para los supuestos de colisión de intereses entre los padres e hijos; 2) Cuando por cualquier causa, el tutor o el curador no desempeña las funciones que le son propias, hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo; 3) En los demás casos previstos en el Código Civil (64).

Las situaciones descritas en este precepto contemplan tanto hipótesis de crisis intermitentes —las propiciadas por la aparición de un «conflicto de intereses» entre el sujeto protegido y los padres o el órgano tutelar— en las que el defensor judicial actuará de forma más puntual y concreta; y las hipótesis de crisis más o menos prolongadas —las originadas por un defectuoso cumplimiento de las funciones del encargado de guarda—, en las que el defensor judicial previsiblemente tendrá un papel más relevante y más duradero en el tiempo (65).

1. CONFLICTO DE INTERESES: CONCEPTO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

El Código Civil en el apartado 1 del artículo 299 ordena nombrar defensor judicial: «*cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador*» (66). No se define en tal precepto que se entiende por «conflicto de intereses», por lo que corresponde a la doctrina concretar el significado de tal concepto jurídico indeterminado.

No obstante, conviene precisar que, nuestro Código no siempre emplea la expresión «conflicto de intereses», sino que utiliza otras denominaciones equi-

(63) ALBALADEJO GARCÍA, M., «Curso de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 328.

(64) En los mismos términos, el artículo 139 de la Ley 13/2006, de Derecho de la persona de Aragón; y, más desarrollado en su contenido, pero en similares términos, el artículo 224-1 del Código Civil catalán. Así dispone este precepto que: «*La autoridad judicial debe nombrar un defensor judicial en los siguientes casos: a) Si existe conflicto de intereses entre el tutor y el tutelado, o entre el curador y la persona puesta en curatela; b) Si lo exigen las circunstancias de la persona que debe ser tutelada, mientras la tutela no se constituya; c) Mientras no se constituya la curatela de pródigos o de personas en situación de incapacidad relativa; d) En los supuestos en que por cualquier causa los tutores o curadores no ejerzan sus funciones, mientras no finalice la causa o no se designe otra persona para el ejercicio de los cargos, y e) En los demás casos determinados por la ley.*»

(65) ÁLVAREZ LATA, N., «Comentario al artículo 299 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 474.

(66) Ha de tratarse de un asunto concreto, vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 3.ª, de 22 de abril de 2008 (La Ley 95137/2008); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 3.ª, de 16 de diciembre de 2008 (La Ley 282040/2008).

valentes con idéntico significado. Así lo ha puesto de relieve BADOSA COLL cuando precisa que «el Código Civil utiliza indistintamente “conflicto de intereses” (arts. 162.2.º, 163.2.º, 244.4 ó 299.1), “oposición de intereses” (arts. 237 bis o 236.2.º derogado), “interés opuesto” (art. 163.1), o “incompatibilidad de intereses” (art. 237 bis)» (67).

JERÓNIMO GONZÁLEZ señala que «existirán intereses opuestos en un asunto, negocio o pleito cuando su decisión normal recaiga sobre valores patrimoniales que, si no fueran atribuidos directa o indirectamente al padre, corresponderían o aprovecharían al hijo» (68). Por su parte, HERNÁNDEZ GIL entiende por oposición de intereses, «posturas antagónicas en las que no puede atenderse a las dos a la vez sin que una de ellas resulte perjudicada; actitud absolutamente inconciliable, antitética; el choque de los intereses personales del padre con los del hijo, de modo que necesariamente en su actuación surja el peligro de una decisión parcial; que lo que suponga provecho, ventaja para su patrimonio, constituya, al mismo tiempo, carga, perjuicio, gravamen, para el de los hijos» (69). Para FLORENSA I TOMÀS, en fin, existirá, pues, «conflicto de intereses» determinante del nombramiento de defensor, «siempre que de la situación originada por intereses por sí mismo incompatibles —no por razón de negociación— haya de resultar el beneficio del titular del cargo protector en detrimento del sujeto protegido, agravando la posición o condición de éste; beneficio que no debe entenderse adecuado sólo a la esfera patrimonial, sino a todo lo que cabe dentro del término jurídico de «interés», incluyendo el personal o moral» (70). En todo caso, el conflicto debe ser calificado como tal

(67) BADOSA COLL, F., «Comentario al artículo 221 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de la nacionalidad y la tutela*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 257. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 17 de mayo de 2004 (La Ley 1393/2004).

(68) GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J., «El defensor judicial», *op. cit.*, pág. 257.

(69) HERNÁNDEZ GIL, F., «Sobre la figura del defensor judicial de menores», *op. cit.*, pág. 210.

(70) FLORENSA I TOMÀS, C. E., «El defensor judicial», *op. cit.*, pág. 73. Para SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 299 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, coordinador: Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA, T. 2, Bosch, Barcelona, 2006, pág. 689, conflicto de intereses existe «cuando en la realización de los actos de guarda y protección, la actuación de los representantes pone en peligro el beneficio del menor o incapaz al ser éste contrario al interés subjetivo o personal de aquéllos».

La sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de noviembre de 1934, cuyo ponente fue José María CASTÁN TOBENAS, y, que tomó como base el concepto de Jerónimo GONZÁLEZ, transcribiéndolo literalmente (*Jurisprudencia Civil*, publicada por la dirección de la RGLJ, T. 215, núm. 120, pág. 492).

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de noviembre de 2002 (RJ 2002/9484), en su *Fundamento de Derecho 2.º*, señala que: «El conflicto de intereses existe cuando en la realización de los actos de guarda y protección la actuación de los representantes pone en peligro el beneficio del menor e incapaz al ser éste contrario al interés subjetivo o personal de aquéllos»; y el Auto de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1.ª, de 20 de septiembre de 2006 (JUR 2006/239550), define conflicto de intereses en su *Fundamento de Derecho 2.º* como «la situación en la que el representante legal se ve obligado a tomar una decisión sobre un asunto patrimonial que, en circunstancias normales, si no fuera atribuida directa o indirectamente a aquél, le correspondería, definición que hoy se entiende que, necesariamente debe ampliarse a intereses y asuntos familiares y personales tales como el ejercicio de acciones de reclamación e impugnación de paternidad o filiación en las que se produzca una situación idéntica, debiendo tenerse presente siempre que, cuando el conflicto se produzca con los titulares

desde el punto de vista objetivo, esto es, con independencia del comportamiento observado por los padres o el tutor o curador en la relación que crea el perjuicio, y, aunque no exista ánimo de perjudicar. La Ley, por tanto, sólo contempla el conflicto de intereses como una situación objetiva, sin tener en cuenta el comportamiento anterior, ni mucho menos, la predisposición de ánimo del que ostenta la representación (71), siempre que ponga en peligro el interés del hijo al que representan, o del tutelado o curatelado (72). Asimismo, su alcance debe ser objeto de una interpretación restrictiva; e impone un examen particularizado por parte del Juez de cada caso a fin de comprobar la índole y extensión de los actos o contratos, tarea que la Resolución de la DGRN de 3 de abril de 1995, considera dificultosa (73). Los conflictos pueden afectar a intereses de naturaleza patrimonial —en este caso, se dará cuando el beneficio patrimonial de una de las partes es en perjuicio del patrimonio de la otra— (74), y extrapatrimoniales o familiar/personal (75).

Tales conflictos han reunir las siguientes características: a) El conflicto ha de ser real y no aparente, es decir, ha de tener una influencia clara y determinante en el acto o negocio jurídico (76). Los intereses deben ser incompa-

de la patria potestad debe aplicarse el artículo 163.2 del Código Civil, conforme al que sin necesidad de especial nombramiento corresponde al otro progenitor la representación del menor, sin que deba nombrarse defensor judicial».

(71) MONTES PENADÉS, V. L., «Comentario al artículo 163 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1095. Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 10 de mayo de 2005 (La Ley 103770/2005); y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 12 de noviembre de 1998 (*RJ* 1999/1339).

Por su parte, señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 6.ª, de 26 de enero de 2007 (*JUR* 2007/314332), que «la oposición de intereses vendrá de la posibilidad de una ventaja, beneficio o ganancia que el progenitor pueda obtener y, que correlativamente comporte perjuicio para el hijo».

(72) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 4 de marzo de 2003 (La Ley 12132/2003). Por su parte, la Resolución de la DGRN, de 14 de mayo de 2010 (*BOE* de 27 de septiembre de 2010, págs. 81.904 a 81.909), señala que «para determinar que existe conflicto de intereses debe concluirse que es razonable entender que la satisfacción por los padres de sus propios intereses irá en detrimento de los de los hijos».

(73) Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 17 de mayo de 2004 (La Ley 1393/2004), donde, se señala que «el conflicto de intereses lo toma en consideración el legislador en defensa del menor [sentencia de 17 de enero (La Ley 825/2003) y 4 de marzo de 2003 (La Ley 12132/2003)], y en relación con cada asunto concreto (art. 299.1.º), razón por la que hay que estar a las circunstancias concurrentes para afirmar o negar su existencia».

(74) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 12 de junio de 1985 (*RJ* 1985/3109).

(75) MONTES PENADÉS, V. L., «Comentario al artículo 163 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1093; ÁLVAREZ LATA, N., «Comentario al artículo 299 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 474; FLORENSA I TOMÁS, C. E., «El defensor judicial», *op. cit.*, pág. 95; CASTÁN TOBEÑAS, J. M.ª, «Comentario al artículo 163 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. III, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 1982, pág. 192; del mismo autor: «Comentario al artículo 163 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 561; JIMÉNEZ ASENJO, E., Voz: «Defensor judicial», *op. cit.*, pág. 344. En contra, sólo para el ámbito patrimonial, HERNÁNDEZ GIL, F., «Sobre la figura del defensor judicial de menores», *op. cit.*, pág. 207; GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., «El defensor judicial», *op. cit.*, pág. 200.

(76) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3.ª, de 25 de mayo de 2006 (La Ley 70796/2006); y el Auto de la Audiencia Provincial de Guadalajara, Sección 1.ª, de 22 de junio de 2006 (*JUR* 2006/225845).

tibles por sí mismo, es decir, debe tener una causa objetiva, independiente del comportamiento observado por el progenitor o el tutor o curador. Se excluyen, por tanto, aquellas situaciones sin trascendencia sustancial para el acto o negocio jurídico; b) El conflicto ha de ser actual y efectivo, no meramente probable o eventual, esto es, existente en el momento de plantearse el asunto y no en base a conjeturas que puedan plantearse en un futuro. Se excluye, en consecuencia, la eventualidad, es decir, la simple consideración de que pueda o no producirse; c) Los intereses han de ser incompatibles; d) El conflicto ha de ser de cierta importancia o magnitud, pero no de aquella que conlleve la privación o suspensión de la patria potestad, o que constituya causa de inhabilidad y remoción del tutor (art. 244 del CC). Ni, por supuesto, se considerará conflicto de intereses, una mera discrepancia, tan intrascendente en intensidad, que forma parte de la realidad cotidiana de quienes asumen la patria potestad, o tutela; y, que puede ser resuelto en el propio seno de las relaciones familiares (77).

Ahora bien, hay que diferenciar conflicto de intereses, de reciprocidad de intereses que se implica que dos intereses pertenecientes a personas distintas pueden satisfacerse simultáneamente, es decir que «su satisfacción es compatible, aunque sea desequilibrada» (78); y de la «simple concurrencia o coincidencia de intereses», que tiene lugar cuando existe una identidad de aspiraciones entre los sujetos implicados (79). La simple coincidencia de intereses, como

(77) FLORENSA I TOMÁS, C. E., «El defensor judicial», *op. cit.*, págs. 74-78; ÁLVAREZ LATA, N., «Comentario al artículo 299 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 474; MONTES PENADÉS, V. L., «Comentario al artículo 163 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1094, para quien no debe confundirse la actualidad del conflicto con la del perjuicio, pues esta última no se exige; SERRANO GIL, A., «El defensor judicial», *op. cit.*, pág. 173; HERNÁNDEZ GIL, F., «Sobre la figura del defensor judicial de menores», *op. cit.*, pág. 211, quien, asimismo, precisa que «debe excluirse el conflicto futuro aunque sea previsible, más no es también necesario que sean actuales las consecuencias efectivamente dañosas derivadas de la relación jurídica en oposición; en definitiva, que no se deben confundir la actualidad del perjuicio con la actualidad de la oposición de intereses».

(78) BADOSA COLL, F., «Comentario al artículo 221 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 257.

(79) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de mayo de 2002 (RJ 2002/6426), en el que se señala que, «no se da en el caso contraposición de intereses entre la hija menor y sus padres, sino al contrario, sustancial coincidencia en que se declare la validez y eficacia de las donaciones realizadas por el padre a favor de su hija menor»; la sentencia de este mismo Tribunal, de 17 de mayo de 2004 (La Ley 1393/2004), donde manifiesta que «la situación de conflicto se ha de identificar con supuestos en los que sea razonable entender que la defensa por los padres de sus propios intereses irá en detrimento de los hijos [sentencia de 17 de enero (La Ley 825/2003) y de 5 de noviembre de 2003 (La Ley 254/2004)]. Es claro, por otro lado, que el que los intereses de padres e hijos sean distintos no implica necesariamente incompatibilidad, pues es posible que todos concurren y que resulte admisible una defensa conjunta». En el presente caso añade la sentencia: «resulta una perfecta compatibilidad en la defensa de ambos derechos. Es evidente que la madre, al defender su usufructo ante una ejecución despatchada contra los bienes usufructuados, podía defender, sin sacrificio alguno, la nuda propiedad de su hija. Los instrumentos de defensa eran los mismos, y en esa concreta situación no era necesaria la designación de un defensor judicial»; el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2.ª, de 26 de febrero de 2007 (La Ley 116830/2007); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10.ª, de 6 de noviembre de 2007 (La Ley 252677/2007), en la que se precisa que «obvio es que el mero hecho de que los intereses de los padres e hijos menores sean distintos no implica que ineluc-

precisa HERNÁNDEZ GIL, «no autoriza para solicitar el nombramiento de defensor» (80); si bien, coincide con el conflicto de intereses, en palabras de FLORENSA I TOMÁS en que «ambas son situaciones que existen previamente a una determinada relación jurídica al contrario de la reciprocidad de intereses» (81). La concurrencia de intereses es, a su vez, una situación teórica o idealmente previa, y que, puede desembocar en la situación del conflicto de intereses, pero como manifiesta JERÓNIMO GONZÁLEZ: «en múltiples supuestos la concurrencia de intereses más bien será una garantía de la gestión paterna, que un motivo de recusación» (82).

Además de la delimitación objetiva del conflicto de intereses en los términos expuestos, para completar la precisión de su alcance, se ha de proceder, asimismo, a concretar el ámbito subjetivo en el que se desarrolla, o lo que es lo mismo, se ha de determinar los sujetos entre los que puede existir intereses opuestos. Así, en las relaciones paterno-filiales, el artículo 163 del Código Civil exige que el conflicto se dé entre el menor de edad, emancipado o no, y los dos padres (83), pues, como ya expusimos, en el caso que el conflicto sólo exista con uno solo de los progenitores, corresponde por Ley al otro progenitor representar al menor o completar su capacidad, según los casos. No obstante, si uno sólo de los progenitores ostenta la titularidad de la patria potestad, bien, porque sólo se haya determinado respecto de él la filiación, o porque el otro ha sido privado de ella, y resulta que con él es precisamente con quien el hijo tiene intereses contrapuestos, debe nombrarse defensor judicial, no dándose el supuesto contenido en el artículo 163.2 y antes puesto de manifiesto. Ahora bien, el citado artículo 163, tras la reforma de 1983, y de acuerdo con el sentir doctrinal y jurisprudencial, extiende su ámbito de aplicación también al hijo menor emancipado, con respecto a la capacidad que del mismo haya de completarse; y, asimismo, al hijo de vida independiente del ar-

tablemente sean antagónicos, opuestos o contradictorios, sino que habrá que estarse a las circunstancias concurrentes para afirmar o negar su concurrencia, habiendo precisado el Tribunal Supremo que la situación de conflicto se identifica con supuestos en los que sea razonable entender que la defensa de los padres de sus propios intereses irá en detrimento de la de sus hijos (SSTS 17-1 y 5-11-2003).

(80) HERNÁNDEZ GIL, F., «Sobre la figura del defensor judicial de menores», *op. cit.*, págs. 210-211; en igual sentido, MONTÉS PENADÉS, V. L., «Comentario al artículo 163 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1094; GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., «El defensor judicial», *op. cit.*, pág. 199, quien añade que «de otro modo, la inmensa mayoría de las veces, el padre se vería imposibilitado para ejercer las acciones correspondientes al hijo».

(81) FLORENSA I TOMÁS, C. E., «El defensor judicial», *op. cit.*, pág. 63.

(82) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., «El defensor judicial», *op. cit.*, pág. 199.

(83) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de 13 de octubre de 1993 (AC 1993/2149); el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 7 de junio de 2002 (JUR 2002/259373); la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 7.ª, de 16 de julio de 2002 (La Ley 133815/2002); y el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 9 de julio de 2008 (La Ley 331180/2008).

Por su parte, precisa la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 6.ª, de 15 de abril de 2002 (La Ley 73256/2002); y el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4.ª, de 13 de febrero de 2007 (JUR 2007/254619), que se nombra defensor judicial respecto del conflicto de intereses de los padres con los hijos menores de edad emancipados o no, y los incapacitados, no cuando se plantea con hijos mayores de edad. En este sentido, vid., asimismo, la Resolución de la DGRN, de 14 de mayo de 2010 (RJ 2010/3631).

título 319 del Código Civil (84). Se ha de tener en cuenta que, en este caso, el defensor no es representante legal del menor, sino que actúa prestándole su asistencia en orden al complemento de su capacidad. Cabe plantearse su aplicación en relación con el *nasciturus* (hijo concebido y no nacido), al respecto se pronunció afirmativamente HERNÁNDEZ GIL con relación al régimen legal derogado (85), y con tal parecer coinciden otros autores, argumentando al respecto que: 1) En base a los artículos 29 y 627 del Código Civil es posible sostener que el *nasciturus* puede ser representado; 2) El conflicto de intereses entre el representante legal y el concebido tiene las mismas posibilidades de producirse que si el representado fuera nacido (86).

Por otra parte, el interés opuesto puede tener lugar entre dos hijos sometidos a la patria potestad de los mismos padres, ante el silencio de la norma, a favor de la posibilidad de nombrar defensor en estos casos, se aduce que no pueden los padres representar a uno de los hijos sin entrar en colisión con el otro, necesariamente, se beneficiará el interés de uno en perjuicio del otro, por lo que estaríamos ante la hipótesis de oposición de intereses prevista en el artículo 163 del Código Civil (87). CASTÁN TOBEÑAS propuso, cuando se estaba tramitando la reforma de 1983, incluir una norma como la contenida en el artículo 320 del *Codice Civile*, que sí prevé el caso y por ende, posibilita el nombramiento de un defensor (88). Lo cierto es que la propuesta no prosperó y el Código Civil sigue sin dar respuesta al caso. En contra, se argumenta, sin embargo que el supuesto legal contemplado por la norma (arts. 163 y 299 del CC) es el conflicto de intereses entre el representante y representado; y que no está incluido este supuesto, los casos de excepción de la representación legal contenida en el artículo 162 del Código Civil, fórmula legal, además, que no puede ser interpretada en sentido amplio; de forma que los padres no pueden dejar de actuar como representantes legales en este supuesto.

En cuanto a la tutela y curatela, el artículo 299.1.º del Código Civil se refiere a los conflictos de intereses que puedan existir «entre los menores o incapacitados y sus representantes legales y el curador» (89). Dentro de los representantes

(84) Si bien, conviene precisar que el conflicto de interés entre los padres y el menor emancipado será siempre de carácter patrimonial.

(85) HERNÁNDEZ GIL, F., «Sobre la figura del defensor judicial de menores», *op. cit.*, págs. 217-221; MORENO MARTÍNEZ, J. A., «El defensor judicial», *op. cit.*, págs. 157-158; CASTÁN TOBEÑAS, J. M.^a, «Comentario al artículo 163 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 561. En igual sentido, se pronunció la RDGRN, de 19 de septiembre de 1929 (*Jurisprudencia Civil*, en la RGLJ, T. 190, Madrid, 1931, núm. 96, pág. 529), al declarar que, siendo el padre heredero fiduciario de la mitad de la finca adjudicada con prohibición de enajenar, y fideicomisarios los hijos que él pueda tener, no pueden estar éstos representados por él.

(86) MONTÉS PENADÉS, V. L., «Comentario al artículo 163 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1097; FLORENSA I TOMÀS, C. E., «El defensor judicial», *op. cit.*, pág. 89.

(87) MONTÉS PENADÉS, V. L., «Comentario al artículo 163 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1096; FLORENSA I TOMÀS, C. E., «El defensor judicial», *op. cit.*, pág. 93.

(88) CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.^a, «Comentario al artículo 163 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 195.

(89) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 8 de mayo de 2000 (La Ley 94186/2000); el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12.^a, de 16 de julio de 2001 (La Ley 143957/2001); el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4.^a, de 3 de junio de 2002 (La Ley 105006/2002); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2.^a, de 8 de mayo de 2009 (La Ley 93015/2009).

legales, obviamente, se pueden incluir a los progenitores. Respecto a los menores ha de entenderse referido tanto a los menores de edad no emancipados sujetos a tutela (art. 222.1.º del CC), como a los menores emancipados sujetos a curatela (art. 286.1.º del CC), así como los que hubieran obtenido el beneficio de la mayor edad (art. 286.2.º del CC). Los incapacitados serán aquellas personas que han sido declaradas como tales en un proceso de incapacitación y resulten o bien sometidas a tutela o curatela (art. 199 del CC), teniendo en cuenta que el menor también puede ser incapacitado (arts. 201 y 205 del CC). Aunque no se hace referencia en el citado artículo 299.1 al pródigo, no se ve razón alguna para que no pueda incluirse en el mismo, en la medida en que también puede producirse el conflicto de intereses que origina la necesidad de nombramiento de defensor judicial (90). En todo caso, los «asuntos» que pueden ser motivo de conflicto en la tutela serán tanto personales o familiares, como patrimoniales. En el caso de menor emancipado y pródigo serán exclusivamente intereses patrimoniales; si bien, la curatela de incapacitados sí admite conflictos de intereses en el ámbito personal, además del patrimonial.

Ahora bien, puede darse el caso que exista una pluralidad de tutores nombrados, como prevé el artículo 236 del Código Civil. Si existen cargos distintos respecto de la persona y bienes del tutelado, cuando el conflicto de intereses surja con uno solo de ellos, el otro no podrá representar al tutelado, por lo que será necesario el nombramiento de defensor judicial (91). En el caso de tutela conjunta (en el que los tutores ejerzan sus funciones mancomunadamente), el artículo 237 bis del Código Civil posibilita que sea realizado el acto por el otro tutor, o de ser varios, por lo demás en forma conjunta. Si no ejercen los tutores el cargo de forma mancomunada, sino solidaria, la solución es similar a la anterior, pues, lo ejercerá el otro tutor, como si fuera el único, dado el propio concepto de solidaridad, y su no inclusión, ni en el artículo 237 bis, ni en el artículo 299.1.º, segunda parte del Código Civil (92). Si, finalmente, la tutela es ejercitada conjuntamente por ambos padres (art. 236.2 del CC), corresponderá al otro por Ley, y sin especial nombramiento, representar y amparar al menor o incapacitado (art. 299.1 segundo párrafo del CC). Aunque el citado artículo 299 no se pronuncia sobre la curatela plural, cuando ésta se admite, habrá de resolverse aplicando análogicamente las reglas previstas para la tutela y la patria potestad (93).

En este contexto, habrá *conflicto de intereses* en materia sucesoria, cuando el padre es heredero y el hijo acreedor de la herencia (Resolución de la DGRN de 12 de octubre de 1895; y sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 1968); si se trata de la división de la herencia en que padre e hijo sean cohere-

Por su parte, el artículo 222-29 del Código Civil catalán señala que: «*Si sólo existe un tutor o si el conflicto de intereses también existe con relación a la persona que debería sustituirlo, la autoridad judicial debe nombrar a un defensor judicial*».

(90) PUIG FERRIOL, L., «Comentario al artículo 299 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 767; GETE-ALONSO y CALERA, M.ª del C., «Comentario al artículo 299 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 854. Vid., asimismo, el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7.ª, de 23 de junio de 2004 (*JUR* 2004/258074).

(91) Sin embargo, el artículo 222-29 del Código Civil catalán dispone que: «*En caso de conflicto de intereses con el tutelado, si existen dos tutores o un tutor y un administrador patrimonial, la persona afectada es sustituida por la otra*».

(92) MORENO MARTÍNEZ, J. A., «El defensor judicial», *op. cit.*, pág. 173.

(93) PUIG FERRIOL, L., «Comentario al artículo 299 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 766.

deros o la madre, faltando el padre, tiene derecho a la cuarta marital (Resoluciones de la DGRN, de 10 de noviembre de 1910; de 31 de enero de 1913; de 21 de junio de 1917; y de 25 de enero de 1928); si la madre representa al menor en herencia en que se le adjudican bienes en usufructo de los que sean nudos propietarios los hijos (Resolución de la DGRN, de 27 de noviembre de 1896) (94); cuando los padres e hijos son respectivamente herederos y legatarios en una misma sucesión, siendo indiferente que el legado sea de cosa específica, genérica o de cantidad (Resoluciones de la DGRN, de 30 de enero de 1915 y de 6 de noviembre de 1934); en la partición de la herencia en la que el padre o la madre y el hijo concurren a la herencia como coherederos (Resolución de la DGRN, de 27 de enero de 1987) (95), o para la formación de inventario (Resolución de la DGRN, de 3 de abril de 1995) (96); o cuando el hijo es heredero y el padre o la madre tienen derecho a la liquidación de la sociedad conyugal en cuyo caso surge el conflicto no en la realización del inventario de los bienes gananciales, sino en el momento de las adjudicaciones, salvo si se adjudican en comunidad romana (Resoluciones de la DGRN, de 25 de mayo y 5 de octubre de 1906; de 6 de febrero de 1995 y de 15 de septiembre de 2003) (97); en el caso de aceptación de herencia, entrega de legados y venta de bienes comunes con el resto de los herederos y de bienes de los que es propietaria en pleno dominio la persona incapaz (98); o en la división de la cosa común formando lotes entre los interesados (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de marzo de 1996) (99), entre otros supuestos. En un ámbito negocial, hay conflicto en la cancelación de una hipoteca entre la madre dueña de la finca hipotecada y los menores titulares de aquélla (Resolución de la DGRN, de 19 de mayo de 1900); en la constitución de una hipoteca voluntaria (Resolución de la DGRN, de 6 de julio de 1917); en el supuesto que el hijo presta su consentimiento como avalista

(94) Sin embargo, más recientemente, la DGRN cambia de criterio en relación con esta cuestión, considerando que no hay contraposición de intereses en este supuesto. Así en la Resolución de la citada Dirección General de los Registros y del Notariado, de 6 de febrero de 1995 (*RJ* 1995/1329), en su *Fundamento de Derecho* 5.º, dispone que: «Los dos únicos inmuebles inventariados, ambos inmuebles de naturaleza ganancial, se atribuyen por mitad y *pro indiviso* a las dos únicas partes interesadas en la liquidación de la sociedad de gananciales, y determinada ya la masa hereditaria, se adjudica, conforme el testamento, una mitad indivisa en nuda propiedad, en *pro indiviso*, y por iguales partes, a los cuatro herederos, y el usufructo vitalicio al cónyuge superviviente. No implican estas operaciones contradicción de intereses al no haber posibilidad de desigualdad en las adjudicaciones practicadas, sin que pueda ser perjudicado el hijo menor de edad y el hipotético perjuicio ante eventuales deudas del causante y la consiguiente responsabilidad *ultra vires* de los herederos, como declara la Resolución de 27 de enero de 1987 (*RJ* 1987/368), es común a todos los interesados sin que pueda dar ocasión a una ventaja o beneficio de la madre sobre el hijo».

(95) *RJ* 1987/368. Vid., asimismo, en relación con la partición, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 5 de marzo de 1998 (*AC* 1998/5153); y el Auto de la Audiencia Provincial de Albacete, Sección 1.ª, de 9 de junio de 2003 (*La Ley* 102192/2003).

(96) *RJ* 1995/3238. Vid., asimismo, las Resoluciones de la DGRN, de 25 de abril de 2001 (*RJ* 2002/2868), y de 15 de mayo de 2002 (*RJ* 2002/8572).

(97) *RJ* 1995/1329 y *RJ* 2003/6277.

(98) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4.ª, de 19 de julio de 2004 (*La Ley* 170522/2004); y la sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, Sección 4.ª, de 18 de septiembre de 2008 (*JUR* 2008/70273), también en un supuesto de aceptación y adjudicación de la herencia causada.

(99) *RJ* 1996/2175.

solidario en la póliza de crédito que sirve de título para la ejecución, y no tiene intereses directos en la operación [sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2.ª, de 18 de noviembre de 1996 (La Ley 15417/1996)]; cuando ambos progenitores pretenden utilizar el porcentaje de participaciones de las que el menor es titular para formar las mayorías legales y/o estatutarias exigidas para la adopción o rechazo de los acuerdos de la sociedad mercantil [sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 15 de junio de 2001 (La Ley 120312/2001)]; en la venta de acciones de una sociedad de la que son titulares los hijos con posible ejercicio por aquéllos del derecho de adquisición preferente [auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 9 de junio de 2000 (*JUR* 2000/193241)]; y en supuesto de autocontratación (100). Finalmente, en materia familiar, habrá conflicto de intereses cuando se proceda a la liquidación de la sociedad de ganancias (101), y, en los procedimientos de filiación (reclamación e impugnación de la paternidad) (102), entre otros.

Por otra parte, *no hay conflicto de intereses* cuando se efectúa la partición por amigables componedores con autorización judicial (Resoluciones de la DGRN, de 10 de septiembre de 1902 y de 22 de noviembre de 1911); cuando el padre o la madre renuncian a sus derechos sucesorios o sobre bienes gananciales (Resoluciones de la DGRN, de 9 de octubre de 1901, de 26 de noviembre de 1906 y de 23 de noviembre de 1910) (103), siempre que la renuncia sea anterior al acto en que se representa al hijo (Resolución de la DGRN, de 26 de febrero de 1906); en la adjudicación *pro indiviso* de dos fincas hereditarias al ser una operación sin trascendencia económica, y desde el punto de vista jurídico, supone solamente que la comunidad sobre todo el patrimonio hereditario activo y pasivo se transforme en una comunidad romana o por cuotas indivisas sobre cada uno de los bienes de la herencia (104); en la reclamación

(100) La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de marzo de 1909; y las Resoluciones de la DGRN, de 29 de diciembre de 1922 y de 15 de mayo de 2002 (*RJ* 2002/8572) en las que al ser la madre usufructuaria y los hijos menores nudos propietarios se requiere el nombramiento de un defensor que represente a los menores en el acto particional, y de 2 de junio de 2010 (*RJ* 2010/2634).

(101) Vid., la Resolución de la DGRN, de 14 de marzo de 1991 (*RJ* 1991/2540).

(102) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de junio de 1997 (*RJ* 1997/4605); de 7 de noviembre de 2002 (*RJ* 2002/9484); de 17 de enero de 2003 (*RJ* 2003/433); de 4 de marzo de 2003 (La Ley 12132/2003); y de 30 de junio de 2004 (La Ley 13302/2004); el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 29 de enero de 2004 (La Ley 25299/2004); la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 2.ª, de 11 de mayo de 2004 (La Ley 111153/2004); el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 9 de junio de 2004 (La Ley 136258/2004); el Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 3.ª, de 21 de junio de 2004 (La Ley 146422/2004); la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 4.ª, de 7 de noviembre de 2006 (*JUR* 2007/84812); la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 18 de noviembre de 2008 (La Ley 252137/2008); la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 3.ª, de 16 de diciembre de 2008 (La Ley 282040/2008); la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6.ª, de 19 de enero de 2009 (La Ley 23899/2009); la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 28 de abril de 2009 (La Ley 252954/2009); el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 2 de octubre de 2009 (La Ley 259013/2009).

(103) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de julio de 1981 (*RJ* 1981/3076).

(104) Vid., las Resoluciones de la DGRN, de 27 de enero de 1987 (*RJ* 1987/368); de 10 de enero de 1994 (*RJ* 1994/234), se adjudican íntegramente todos los bienes que la

de las indemnizaciones por accidente, pues, aunque el padre o la madre, como representantes legales, son las que han de recibirlas, éstas al ser determinadas por los Tribunales en cantidad fija quedan los padres privados de todo arbitrio o facultad para perjudicar a sus hijos señalando otras sumas inferiores en su propio beneficio (105); cuando los intereses sean paralelos, como si los padres e hijos son coherederos que reclamen derechos comunes (Resoluciones de la DGRN, de 31 de mayo de 1909 y de 27 de enero de 1987) (106); cuando piden un crédito común (sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de junio de 1903); o hipotecan posiciones indivisas de una misma finca (Resolución de la DGRN, de 6 de julio de 1917); o, en fin, liquidan una sociedad mercantil en que ambos son partes (sentencia del Tribunal Supremo de 9 de enero de 1912).

2. NO DESEMPEÑO DE LAS FUNCIONES TUTELARES

En este caso, no se nombra el defensor por incompatibilidad de intereses, sino por falta de ejercicio de la función de guarda por el tutor o curador en un determinado momento por cualquier causa (art. 299.2.º del CC). Se plantea en dos supuestos diferentes: 1) Los de imposibilidad de hecho, temporal, en los que se nombra defensor judicial hasta que la causa transitoria que ocasiona la desatención desaparezca (dice el Código Civil: «hasta que cese la causa»); y 2) Los casos de imposibilidad duradera o definitiva, en los que procede el nombramiento de defensor judicial hasta que otra persona ocupe el cargo, esto es, hasta el nombramiento de un nuevo tutor o curador, bien sea por causa de excusa (art. 258 del CC), por remoción del cargo al incurrir en alguna de las causas de inhabilidad establecidas en la Ley, o de cualquier otra que determine, igualmente, tal remoción (art. 247 del CC) (107), o bien por muerte, desaparición, declaración de ausencia o de incapacitación del tutor o curador o por abandono del cargo por parte de los mismos. En ambos casos, el nombramiento del defensor judicial —previsto expresamente en la tutela por los arts. 246 y 256 del CC— no exime al tutor ni al curador de su eventual responsabilidad por abandono, dejación o irregularidad en sus funciones (108).

forman al menor representado por su madre; de 6 de febrero de 1995 (*RJ* 1995/1329); de 6 de noviembre de 1998 (*RJ* 1998/8490), de 6 de noviembre de 2002 (*RJ* 2003/444), y de 15 de septiembre de 2003 (*RJ* 2003/6277).

(105) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de julio de 1981 (*RJ* 1981/3037); de 16 de julio de 1999 (*RJ* 1999/6353), y de 23 de octubre de 2003 (*RJ* 2003/7407).

(106) La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de mayo de 2002 (*RJ* 2002/6426), coincidencia es que se declare la validez y eficacia de las donaciones realizadas por el padre a favor de su hija menor.

(107) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 8.ª, de 16 de mayo de 2002 (*JUR* 2002/189058); el Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 3.ª, de 8 de julio de 2002 (*JUR* 2002/243697); el Auto de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, Sección 5.ª, de 11 de julio de 2002 (*JUR* 2002/244572); el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 13 de febrero de 2003 (La Ley 31194/2003); el Auto de la Audiencia Provincial de Almería, Sección 3.ª, de 29 de abril de 2004 (La Ley 101187/2004), y el Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4.ª, de 15 de enero de 2007 (*JUR* 2007/159424).

(108) GETE-ALONSO y CALERA, M.ª del C., «Comentario al artículo 299 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 855.

Por otra parte, no existe una posición definida en la doctrina acerca de si se puede aplicar analógicamente el artículo 299.2 del Código Civil ante el incumplimiento de los deberes por los titulares de la patria potestad, de forma que se nombre un defensor judicial que represente y ampare al menor no emancipado hasta que cese la causa determinante de aquél o se someta a tutela (art. 222.1 del CC). No obstante, conviene señalar que si tal incumplimiento es grave y reiterado pueda dar lugar a la privación o suspensión, total o parcial de la patria potestad. En todo caso, habrá de tener lugar dicho incumplimiento por parte de ambos padres, pues si fuese imputable a uno de ellos, corresponde al otro la representación legal de los menores. De todas formas, la posible falta de protección y representación ante el no ejercicio por parte de los titulares de la patria potestad de sus funciones determina la intervención de la autoridad judicial (art. 158 del CC —que puede «entre las disposiciones que considere oportunas» determinar el nombramiento de defensor judicial—); o, si fuera necesario, la asunción de la tutela automática por la Administración (art. 172 del CC) (109).

3. OTROS SUPUESTOS

Contiene una cláusula abierta, el apartado 3 del artículo 299 del Código Civil, en la que se remite a otros preceptos de este mismo cuerpo legal, en los que se prevé expresamente el nombramiento de un defensor judicial, si bien, no con idéntico sentido y significado: artículo 163 (ante la existencia de intereses contrapuestos en el desarrollo de la patria potestad, aplicable subsidiariamente a la patria potestad prorrogada o rehabilitada); artículo 181 (en los supuestos de declaración de ausencia de una persona) (110); artículo 249 (en el procedimiento de remoción del tutor); y los artículos 207 (durante el proceso de incapacitación) y 296 (en los procesos de prodigalidad), ahora contenidos en el artículo 758 de la LEC (111).

(109) A favor se muestra, LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 299 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 475; FLORENSA I TOMÀS, C. E., «El defensor judicial», *op. cit.*, pág. 125. En contra, CANO TELLO, C., *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines (Un ensayo sobre la Ley de 24 de octubre de 1983)*, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 130; GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del C., «Comentario al artículo 299 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 855.

(110) A favor de su identidad con el defensor de los artículos 299 a 302 del Código Civil, vid., LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 299 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 475; FLORENSA I TOMÀS, C. E., «El defensor judicial», *op. cit.*, pág. 251; YZQUIERDO TOLSADA, M., «La curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho», en *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares*, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 150. En contra, GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del C., «Comentario al artículo 299 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 855.

(111) Se considera que es distinta de la figura del defensor judicial de los artículos 299 a 302 del Código Civil, MORENO MARTÍNEZ, J. A., «El defensor judicial», *op. cit.*, pág. 82, nota 108; GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del C., «Comentario al artículo 299 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 855. A favor, ALBALADEJO GARCÍA, M., «Curso de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 327; SERRANO ALONSO, E., «Comentario del artículo 299 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 690; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1.^a, de 22 de octubre de 1998 (AC 1998/2263).

Finalmente, es posible que se nombre el defensor como medida cautelar (arts. 158 y 172 del CC y 758 de la LEC) (112), y que el que ha sido defensor sea nombrado tutor (113).

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M., «Curso de Derecho Civil», vol. IV, *Derecho de Familia*, 10.^a ed., Edisofer, Madrid, 2006.
- ÁLVAREZ LATA, N., «Comentario a los artículos 299 a 302 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coordinador: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2.^a ed., Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006.
- BLANCO GONZÁLEZ, A., *El defensor judicial*, Tórculo Edicións, Barcelona, 2003.
- CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.^a, «Comentario al artículo 163 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. III, vol. 2.^o, Edersa, Madrid, 1982.
- «Comentario del artículo 163 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dirigidos por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Rodrigo BERCOVITZ, Luis Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN y Pablo SALVADOR CORDECH, T. I, 2.^a ed., Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
- COUTO GÁLVEZ, R. M.^a, «El defensor judicial», en *Comentarios al Código Civil*, coordinadores: Joaquín RAMS ALBESA y Rosa María MORENO FLÓREZ, T. II, vol. 2.^o, Bosch, Barcelona, 2000.
- FLORENSA I TOMÁS, C. E., *El defensor judicial*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1990.
- GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del C., «Comentario a los artículos 299 a 302 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dirigidos por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Rodrigo BERCOVITZ, Luis Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Pablo SALVADOR CODERCH, T. I, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- GONZÁLEZ, J., «El defensor judicial», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año VI, núm. 63, marzo de 1930, págs. 193 a 200, y 253 a 270.
- HERNÁNDEZ GIL, F., «Sobre la figura del defensor judicial de menores», en *Revista de Derecho Privado*, marzo de 1961, págs. 201 a 225.
- JIMÉNEZ ASEÑO, E., Voz: «Defensor judicial», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. VI, Seix, Barcelona, 1954.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., y cols., «Elementos de Derecho Civil», T. IV, *Familia*, 3.^a ed. revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, Dykinson, Madrid, 2008.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., «Principios de Derecho Civil», T. VI, *Derecho de Familia*, 7.^a ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008.

(112) Vid., el Auto del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 5 de noviembre de 2002 (La Ley 222589/2002); el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.^a, de 5 de junio de 2000 (AC 2000/1275); el Auto de la Audiencia Provincial de Ourense, Sección 2.^a, de 21 de marzo de 2002 (La Ley 59516/2002); el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.^a, de 10 de diciembre de 2008 (La Ley 274707/2008); el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 30 de junio de 2009 (La Ley 180411/2009); y el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.^a, de 30 de marzo de 2010 (La Ley 84120/2010).

(113) La sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4.^a, de 15 de septiembre de 2010 (La Ley 159107/2010).

- LETE DEL RÍO, J. M., «Comentarios a los artículos 299 a 302 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. IV, Edersa, Madrid, 1985.
- MORENO MARTÍNEZ, J. A., *El defensor judicial*, Montecorvo, Madrid, 1989.
- MORENO QUESADA, B., «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», en *Revista de Derecho Privado*, abril de 1985, págs. 307 a 330.
- MONTÉS PENADÉS, V. L., «Comentario al artículo 163 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de Derecho de Familia*, vol. II, Tecnos, Madrid 1984.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á., «La tutela, la curatela y la guarda de los menores e incapacitados», en *Curso de Derecho Civil*, vol. IV, Derecho de Familia, coordinador: Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDÁZ, 2.^a ed., Colex, Madrid, 2008.
- PUIG I FERRIOL, L., «Comentario a los artículos 299 a 302 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Tecnos, Madrid, 1986.
- SERRANO ALONSO, E., «Comentario a los artículos 299 a 302 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, coordinador: Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA, T. 2, Bosch, Barcelona, 2006.
- SERRANO GIL, A., «El defensor judicial», en *Protección Jurídica del Menor*, coordinadoras: M.^a Paz POUS DE LA FLOR y Lourdes TEJEDOR MUÑOZ, Colex, Madrid, 2009.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

STS de 1 de julio de 1981.
STS de 13 de julio de 1981.
STS de 5 de junio de 1997.
STS de 19 de mayo de 1995.
STS de 24 de mayo de 2002.
ATS de 5 de noviembre de 2002.
STS de 7 de noviembre de 2002.
STS de 4 de marzo de 2003.
STS de 30 de junio de 2004.
STS de 10 de mayo de 2005.
RDGRN de 27 de enero de 1987.
RDGRN de 6 de febrero de 1995.
RDGRN de 3 de abril de 1995.
RDGRN de 6 de noviembre de 1998.
RDGRN de 25 de abril de 2001.
RDGRN de 6 de noviembre de 2002.
RDGRN de 15 de septiembre de 2003.
RDGRN de 14 de mayo de 2010.
RDGRN de 2 de junio de 2010.
SAP de Burgos, de 18 de noviembre de 1996.
AAP de Guipúzcoa, de 2 de junio de 1998.
SAP de Valladolid, de 22 de octubre de 1998.
AAP de Asturias, de 29 de noviembre de 1999.
AAP de La Rioja, de 6 de abril de 2000.
AAP de Asturias, de 5 de junio de 2000.
AAP de Madrid, de 16 de julio de 2001.
AAP de Cádiz, de 16 de mayo de 2002.
SAP de Asturias, de 6 de junio de 2002.

AAP de Madrid, de 7 de junio de 2002.
AAP de Albacete, de 9 de junio de 2003.
AAP de Almería, de 29 de abril de 2004.
SAP de Badajoz, de 11 de mayo de 2004.
AAP de Valladolid, de 21 de junio de 2004.
AAP de Asturias, de 24 de junio de 2004.
AAP de Álava, de 23 de noviembre de 2005.
AAP de Badajoz, 25 de mayo de 2006.
AAP de Guadalajara, de 22 de junio de 2006.
AAP de Cáceres, de 20 de septiembre de 2006.
AAP de Las Palmas, de 15 de enero de 2007.
SAP de Pontevedra, de 26 de enero de 2007.
AAP de Zaragoza, de 13 de febrero de 2007.
SAP de A Coruña, de 30 de octubre de 2007.
AAP de Castellón, de 15 de abril de 2008.
AAP de Jaén, de 22 de abril de 2008.
SAP de Madrid, de 18 de noviembre de 2008.
SAP de Alicante, de 19 de enero de 2009.
AAP de Valencia, de 30 de marzo de 2010.

RESUMEN

DEFENSOR JUDICIAL CONFLICTO DE INTERESES

En el presente estudio nos hemos centrado en un análisis del defensor judicial como institución de guarda de menores e incapacitados, caracterizada por ser un cargo de nombramiento judicial, temporal, transitorio, subsidiario, y que coexiste en algunos supuestos con quienes ejercen la patria potestad o la tutela o curatela; haciendo especial hincapié en los concretos supuestos de actuación del mismo, tales como la existencia de intereses opuestos entre los menores e incapacitados y sus representantes legales, o cuando transitoriamente no existe persona que ejercite adecuadamente las funciones tutelares; o, en fin, otros supuestos contenidos en el Código Civil fuera de la regulación, que tal norma dedica expresamente al defensor judicial (arts. 299 a 302), con puntual referencia de la doctrina y jurisprudencia existente sobre la materia.

ABSTRACT

JUDICIAL DEFENDER CONFLICT OF INTEREST

This study focuses on an analysis of the judicial defender as an institution guarding the underage and the legally incompetent. The office of judicial defender is characterised by being a temporary, transitional, subsidiary judicial appointment, and the judicial defender coexists in some cases with the persons who exercise parental authority, guardianship or custodianship. Special emphasis is laid on specific cases where the judicial defender must act, such as where there are opposing interests between the underage or the legally incompetent and their legal representatives; or when, in a transitional situation, there is no-one to play the function of a guardian properly; or, in short, other events contained in the Civil Code outside the sections expressly devoted to the judicial defender (sections 299 to 302). One-off references are made to pertinent doctrine and case law.

NULIDAD DEL MATRIMONIO DE COMPLACENCIA COMO SUPUESTO
DE RESERVA MENTAL.
LA DOCTRINA DE LA DGRN

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
Profesora Contratada Doctora.
Derecho Civil. UCM

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA RESERVA MENTAL COMO CAUSA DE NULIDAD.—III. PRUEBA DE LA RESERVA MENTAL. EFECTOS.—IV. SUPUESTO ESPECÍFICO: EL MATRIMONIO DE COMPLACENCIA.—V. LA DOCTRINA DE LA DGRN Y EL MATRIMONIO DE COMPLACENCIA.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES ANALIZADAS (por orden cronológico).

I. INTRODUCCIÓN

Nuestro Código Civil regula el elenco de las causas de nulidad en el artículo 73, donde dice que es nulo, cualquiera que sea la forma de su celebración:

1. El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial.
2. El matrimonio celebrado entre las personas a que se refieren los artículos 46 y 47, salvo los casos de dispensa conforme al artículo 48.
3. El que se contraiga sin la intervención del juez, alcalde o funcionario ante quien deba celebrarse, o sin la de los testigos.
4. El celebrado por error en la identidad de la persona del otro contratante o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento.
5. El contraído por coacción o miedo grave.

Pero, además, la doctrina entiende que tal enumeración no es exhaustiva ni contiene un *numerus clausus*. El supuesto objeto de estudio constituye precisamente una de las causas no enumeradas expresamente en el artículo 73, pero que se encuentran institucionalmente incluidas en él: la *reserva mental* (1).

La falta de consentimiento matrimonial presenta, dentro de las causas de nulidad, un particular interés con referencia a la simulación (2). El profesor RAMS señala que: «la simulación del matrimonio no figura específicamente entre sus supuestos invalidantes en el artículo 73 del Código Civil, más en realidad la invalidez del matrimonio simulado está comprendida en la falta de consentimiento matrimonial».

Hoy los supuestos de simulación matrimonial han aumentado, originando un fraude a la ley, con finalidades diversas como la obtención de un permiso de residencia o la adquisición de la nacionalidad después del corto periodo de

(1) SAP de Asturias (Sección 7.ª) sentencia núm. 239/2010, de 14 de mayo [JUR 2010/252268]. Jurisdicción: Civil. Recurso de Apelación núm. 39/2010. Ponente: Ilmo. Señor don Julián PAVESIO FERNÁNDEZ.

(2) Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, IV. Familia, 3.ª ed. Puesta al día por Joaquín RAMS. Dykinson, Madrid, 2008, pág. 75.

un año de permanencia en el país. Estos casos originan los llamados «matrimonios de complacencia».

Son matrimonios simulados porque en ellos se aparenta realmente contraer matrimonio. Los contrayentes se ponen expresamente de acuerdo para no aceptar el cumplimiento de las obligaciones y el ejercicio de los derechos del matrimonio.

En este tipo de matrimonio falta el consentimiento matrimonial, son nulos por aplicación del artículo 73.1.º del Código Civil y no pueden ser objeto de convalidación.

«La legitimación para interponer la acción (según el art. 74 CC), corresponde a los cónyuges, al Ministerio Fiscal y a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella, salvo lo dispuesto en los artículos siguientes» (3).

La atribución de legitimación al Ministerio Fiscal se explica por el carácter de estado civil que al matrimonio se atribuye y por afectar al orden e interés público dicho estado civil. Pero en los procesos de nulidad matrimonial debe intervenir el Ministerio Fiscal, aunque no haya interpuesto la acción.

II. LA RESERVA MENTAL COMO CAUSA DE NULIDAD

La doctrina jurisprudencial considera causa de nulidad del matrimonio la *reserva mental*, es decir, cuando se comprueba en cualquiera de los contrayentes una discordancia entre lo querido y aquello que se manifiesta, entre la voluntad interna y el consentimiento externo, con la finalidad de obtener determinados propósitos ocultos a través de ese consentimiento matrimonial (4).

(3) Circular 1/2002, de 19 de febrero, sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del fiscal en materia de extranjería.

Tratamiento en el ámbito civil de la inmigración ilegal: actuación del ministerio fiscal ante los matrimonios simulados. El fiscal tiene una actuación preventiva mediante la supervisión del expediente seguido al efecto ante el encargado del Registro Civil, «riguroso examen de la concurrencia de los requisitos esenciales para contraer matrimonio en particular, a través del trámite de audiencia reservada y por separado de ambos cónyuges». Por otro lado, se pide a los fiscales que cuando, por cualquier medio se tenga conocimiento de la existencia de uno de estos matrimonios simulados, deberán ejercitar la acción de nulidad. «Asimismo, cuando por cualquier medio se tenga conocimiento *a posteriori* de la celebración o existencia de uno de estos matrimonios simulados, los señores fiscales deberán ejercitar la acción de nulidad, a fin de evitar que los efectos jurídicos que nuestro ordenamiento vincula a la celebración del matrimonio —en atención al carácter fundamental que esta institución desempeña en la sociedad— se apliquen igualmente a quienes no han tenido verdadera intención de contraerlo».

También se recuerda a los fiscales las posibles implicaciones penales de este tipo de conductas, en la medida en que la actuación de quienes conciertan estos matrimonios puede ser tipificada en ciertos casos como un acto de promoción, favorecimiento o facilitación de la inmigración ilegal. En estos casos lo procedente será, una vez haya sido declarada la nulidad del matrimonio por simulación, solicitar la deducción del correspondiente testimonio del procedimiento civil y su remisión al Juzgado de Instrucción competente, al efecto de incoar las oportunas diligencias penales.

(4) Díez PICAZO-GULLÓN (*Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, 5.ª ed., Tecnos, Madrid, pág. 84), señaló que en la Ley de 13 de mayo de 1981 han desaparecido las normas que en el Anteproyecto se dedicaban a la simulación matrimonial, dándole trascendencia anulatoria, legitimando a los contrayentes y al Ministerio Fiscal para ejercitar la correspondiente acción, salvo que los cónyuges hubiesen convivido más de seis meses.

Las características esenciales de la reserva mental, acogiendo la jurisprudencia unánime, son:

- a) la gestación consciente en el fuero interno de uno de los contrayentes, o de ambos, de la divergencia entre lo internamente querido y lo declarado;
- b) el secreto y desconocimiento para la otra parte, que conlleva a un engaño para la misma y normalmente para terceros (5) sobre la verdadera intención o propósito real de quien realiza la reserva mental, y
- c) la existencia de una verdadera intención oculta, un fin realmente querido, distinto de los propiamente matrimoniales, que se pretende conseguir con la celebración de un matrimonio.

III. PRUEBA DE LA RESERVA MENTAL. EFECTOS

El artículo 73.1 del Código Civil declara la nulidad del matrimonio, cualquiera que sea la forma de su celebración, cuando falta el consentimiento matrimonial (6).

La doctrina de las Audiencias Provinciales (7) es constante al afirmar la nulidad de los matrimonios contraídos con finalidad distinta a aquella que es propia del matrimonio, y en concreto aquellos por cuyo medio solo se preten-

(5) Hoy, la reserva mental tiene como característica básica no el secreto o desconocimiento para una de las partes, sino la utilización del matrimonio simulado para engañar a terceros.

La diferencia entre reserva mental y simulación es que la primera uno de los contrayentes tiene la voluntad de emitir o emite la declaración de voluntad otorgando el consentimiento matrimonial y excluyendo sus efectos jurídicos. En el caso de la simulación ambos contrayentes, o uno de ellos pero con el conocimiento del otro emite dicha declaración con la voluntad de excluir los efectos jurídicos del matrimonio.

(6) La nulidad es un remedio excepcional para las crisis matrimoniales, y tan sólo puede apreciarse cuando conste de manera inequívoca la concurrencia de condicionantes susceptibles de integrarse en las previsiones legales. La causa del número 1.º del artículo 73 contempla un supuesto de inexistencia de matrimonio por ausencia total de consentimiento, entendiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo que el supuesto es de aplicación a aquellos casos en los que el contrayente no está en el pleno ejercicio de su razón, como ocurre en alguna de las enfermedades mentales (sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de septiembre de 1989).

La simulación o reserva mental es más difícil de encajar en esa causa y en todo caso exigiría una prueba contundente, que acreditará que la única y exclusiva razón de prestar su consentimiento matrimonial era la comentada, ajena a la constitución de una sociedad de convivencia personal.

Para ello, como se trata de intenciones íntimas, hay que recurrir a indicios, a datos objetivos externos, apreciando como tales habitualmente la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado la ausencia de conocimiento previo entre los contrayentes y la ausencia de posterior convivencia (Resoluciones de 30 de mayo de 1995 y de 20 de septiembre de 1996).

(7) SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.ª, sentencia de 21 de diciembre de 2009, rec. 337/2009 (LA LEY 316176/2009); SAP de Valencia, Sección 10.ª, sentencia de 20 de noviembre de 2008, rec. 802/2008 (LA LEY 243322/2008); SAP de Álava, Sección 1.ª, sentencia de 25 de enero de 2005, rec. 350/2004 (LA LEY 19099/2005); SAP de Almería, Sección 3.ª, sentencia de 23-1-2004, núm. 12/2004, rec. 335/2003; SAP de León, Sección 3.ª, sentencia de 19-6-2002, núm. 220/2002, rec. 29/2002; SAP de Las Palmas, Sección 5.ª, sentencia de 24-3-2003, núm. 277/2003, rec. 877/2002; SAP de San-

de conseguir la nacionalidad, la residencia legal en España u otros motivos de análoga naturaleza.

Doctrina basada en la de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que afirma que si una parte no tenía por finalidad al tiempo de contraer matrimonio constituir una comunidad de vida y de intereses, propia del matrimonio, ni la de asumir las obligaciones de ayuda y respeto mutuo, la de convivir juntos y de socorrerse, establecidos en los artículos 67 y 68 del Código Civil, sino que la intención interna querida era la de obtener permiso de residencia y acceder al mercado laboral y obtener la nacionalidad española, sin cumplimentar los deberes matrimoniales, haciendo uso de la institución del matrimonio con finalidades distintas; *constituyen un supuesto de reserva mental que hace nulo el matrimonio contraído por la falta del consentimiento*, en base a los artículos 45.1 y 73.1.º del Código Civil.

La dificultad de apreciar la concurrencia de esta causa de nulidad matrimonial se centra en el *poder probar la existencia de la reserva*, pues en última instancia nadie tiene el poder de conocer con total exactitud la voluntad interna de una persona excepto ella misma. Ello determina la relevancia de la *prueba de presunciones*, analizando los actos anteriores, coetáneos y posteriores a la celebración del matrimonio que facilitan el conocimiento de la voluntad interna, para así con esta prueba de las presunciones (8) poder llegar al conocimiento de intenciones internas.

De la prueba practicada [declaraciones de ambos demandados en comisaría (9), documentos obrantes en las actuaciones (10) y la falta de prueba que

ta Cruz, Sección 1.ª, sentencia de 24-9-2001, núm. 649/2001, rec. 43/2001 con cita de la RDGRN 2/99 y la SAP de La Rioja, de 8 de julio de 1999)... entre otras.

En igual sentido, la DGRN en Resolución de 23 de marzo de 1996, en la que se citan otras concordantes, en el Fundamento de Derecho 2.º se aborda la cuestión relativa a los demandados «matrimonios de complacencia», respecto a los que se dice que son nulos en nuestro derecho por falta de consentimiento matrimonial.

(8) Artículo 386 de la LEC.

(9) Pues se conocieron, como declaró el apelante en comisaría, a través de una amiga rusa, Olga, a la que Carlos Antonio, de nacionalidad armenia, le había comentado que quería quedarse en España y había oído que casándose con una española podría obtener la documentación necesaria, y, luego le propuso a Sonia casarse, pues necesitaba los «papeles» para estar en forma legal en España, aceptando ésta, a la que le «regaló» 1.000 € antes de la boda y otros 1.000 € después de la boda, siendo su única intención casarse con Sonia para obtener la documentación española.

En el mismo sentido declaró Sonia en comisaría, que la propuso casarse a cambio de entregarle 2.500 €, para obtener el permiso de residencia y trabajo y al año solicitar la nacionalidad española, que en un principio le dio 1.000 €. Nunca vivieron juntos. Ella quería ayudarle a que pudiera estar de forma legal en España, y no se separó legalmente porque no quería perjudicarlo. Que posteriormente quedaron un día, acudiendo Carlos Antonio con su pareja, Knarik, y ella con su novio, ofreciéndole Gagik 1.500 € más, antes de realizar la entrevista para el trámite de la nacionalización y otros 500 € cuando obtuviera el documento nacional de identidad.

Igualmente la pareja de Sonia, Iván, declara en comisaría que Sonia le confesó que estaba casada con un ciudadano armenio y que la boda se celebró por una cuestión de conveniencia mutua, por la que ella percibió 2.500 €, unos pagos antes y otros después de la boda, que se debió a la petición de Carlos Antonio para obtener documentación en regla, que Carlos Antonio convive con su verdadera mujer llamada Knarik, con la cual tiene una hija de corta edad.

(10) El certificado de empadronamiento no prueba la pretendida convivencia, pues en la misma consta también empadronadas en el mismo domicilio, la compañera del

acredite que han convivido en alguna ocasión ha quedado probado que realmente el matrimonio se llevó a cabo con la única intención de regularizar la residencia de Carlos Antonio y facilitar la posterior adquisición de la nacionalidad española; es decir, ha quedado debidamente acreditado la existencia de reserva mental, o, lo que es lo mismo, la ausencia total de verdadero consentimiento matrimonial, por lo que procede declarar la nulidad del matrimonio.

IV. SUPUESTO ESPECÍFICO: EL MATRIMONIO DE COMPLACENCIA

Un supuesto de reserva mental en el matrimonio lo constituyen los llamados *matrimonios de complacencia*. Es un fenómeno muy común en los países sometidos a fuerte inmigración, que suponen un matrimonio ficticio o simulado, por cuanto si bien se han cumplido las formalidades externas, ninguno de los contrayentes tienen intención realmente de tomar al otro por cónyuge, y el comportamiento ulterior —no consumación carnal y comunidad de vida—, prueba y atestigüa que desviando la institución de su fin propio, se persigue exclusivamente una consecuencia secundaria o accesorio de tal institución.

Dentro de este tipo de matrimonio nos encontramos el supuesto característico del matrimonio con ciudadano extranjero para facilitarle el acceso o el establecimiento en un país o la adquisición de la nacionalidad por el cónyuge aparente.

Todo ello supone en nuestro derecho que un enlace de esta clase habrá de ser reputado nulo por falta de verdadero consentimiento matrimonial, conforme a los artículos 45 y 73.1 del Código Civil.

V. LA DOCTRINA DE LA DGRN Y EL MATRIMONIO DE COMPLACENCIA

El tema de los matrimonios de complacencia ha sido reiteradamente estudiado por la Dirección General por la afluencia de resoluciones que ha dictado en el transcurso de los años desde 1993 que empezó a surgir el problema (11).

De entre las primeras resoluciones que se redactaron, la RDGRN de 9 de octubre de 1993 (12), ya expresó que el problema de los llamados matrimonios de complacencia —matrimonios «blancos» en la terminología francesa— es un fenómeno muy común en los países sometidos a fuerte inmigración y del que se han hecho eco a menudo los distintos medios de comunicación.

Mediante tales enlaces no se busca en realidad contraer matrimonio entre un nacional y un extranjero, sino que se pretende, bajo el ropaje de esta institución y generalmente previo precio, que un extranjero se aproveche de las ventajas del matrimonio a los efectos especialmente de regularizar su estancia en el país o de obtener más fácilmente la nacionalidad del que aparecerá formalmente como su cónyuge.

Un enlace de esta clase habrá de ser reputado como nulo en nuestro Derecho por falta de verdadero consentimiento matrimonial (arts. 45 y 73-1.º CC).

apelante y la hija de ambos, los tres de nacionalidad armenia, lo que indica que nunca hubo convivencia marital en el mismo entre el apelante y Sonia.

(11) En el año 2009 (521); 2008 (671), 2007 (472), 2006 (424), 2005 (301), 2004 (246), 2003 (192), 2002 (153), 2001 (145), 2000 (78), 1999 (74), 1998 (50), 1997 (8), 1996 (15), 1995 (3), 1993 (1).

(12) RDGRN de 9 de octubre de 1993 (LA LEY 12059/1994).

La cuestión surge acerca de cómo constatar *a priori* esta ausencia de consentimiento, puesto que, como ocurre normalmente en todas las hipótesis de simulación, es muy raro que existan pruebas directas de la voluntad simulada, de modo que descubrir la verdadera voluntad encubierta de las partes es una tarea difícil en la cual juega un importante papel la prueba de la presunción judicial, para cuyo éxito es indispensable que entre el hecho demostrado y aquél que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano (art. 1253 CC).

Por otro lado, el *ius nubendi* es un derecho fundamental de la persona, reconocido a nivel internacional (13) y constitucional, de suerte que cualquier limitación, postergación o denegación de este derecho ha de fundarse en la certeza racional absoluta del obstáculo o impedimento legal que vicie de nulidad al matrimonio pretendido.

El Centro Directivo ya señaló en 1993 que ante la lacra de los matrimonios de conveniencia, la solución ha de encontrarse, no en el amontonamiento de pruebas y diligencias previas para cerciorarse de la verdadera voluntad de las partes, porque ello equivaldría a obstaculizar de modo intolerable un derecho fundamental de las personas, sino en medidas represivas adoptadas *a posteriori*, como el ejercicio público de la acción de nulidad en casos extremos, y, sobre todo, en medidas indirectas dirigidas a evitar que el extranjero obtenga automáticamente los beneficios fraudulentos que acaso persiga. Y recuerda como el legislador español dificultó la adquisición de la nacionalidad española por razón de matrimonio al exigir una situación de convivencia real con el ciudadano español (art. 222 CC y la Instrucción de 20 de marzo de 1991, epígrafe V) (14).

(13) Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas, de 4 diciembre de 1997, sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos (DOCE C 382, de 16 de diciembre de 1997). Esta resolución sólo considera matrimonio fraudulento el realizado para «eludir las normas relativas a la entrada y a la residencia de nacionales de terceros países», es decir, los celebrados en fraude a la legislación de extranjería, no los celebrados en fraude a la legislación de nacionalidad. En concreto se entiende por matrimonio fraudulento, el matrimonio de un nacional de un Estado miembro (o de un nacional de un tercer país que resida regularmente en tal Estado miembro) con un nacional de un tercer país, con el fin exclusivo de obtener un permiso de residencia o una autorización de residencia en un Estado miembro.

La resolución fija una serie de «factores» que pueden permitir que se presuma que un matrimonio es fraudulento. Se tiene en cuenta el no mantenimiento de la vida en común, la ausencia de cumplimiento de las responsabilidades derivadas del matrimonio, el hecho de que los cónyuges no se hayan conocido antes del matrimonio, que los cónyuges se equivoquen sobre sus respectivos datos (nombre, dirección, nacionalidad, trabajo), sobre las circunstancias en que se conocieron o sobre otros datos de carácter personal relacionados con ellos, que no hablen una lengua comprensible para ambos, el hecho de que se haya entregado una cantidad monetaria para que se celebre el matrimonio (a excepción de las cantidades entregadas en concepto de dote), también que el historial de uno de los cónyuges revele matrimonios fraudulentos anteriores o irregularidades en materia de residencia...

La sanción consiste en retirar, revocar o no renovar el permiso de residencia o la autorización de residencia por causa de matrimonio del nacional del país tercero. No se alude a la nulidad del matrimonio, que es una cuestión que se deja en manos de las Leyes de los Estados comunitarios.

(14) Epígrafe que señala que: «Conforme al artículo 22.2.d) y e), para que pueda acogerse al plazo abreviado de un año de residencia el casado con español o española se exige “que al tiempo de la solicitud llevara un año casado” y “no estuviere separado

La doctrina de la DGRN es clara, ya que mantiene la necesidad de realizar un expediente previo a la celebración del matrimonio donde el trámite imprescindible es la audiencia personal, reservada y por separado de cada contrayente. Este trámite debe efectuarse por el Instructor, asistido del Secretario, para cerciorarse de la inexistencia del impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración (art. 246 RRC).

La importancia de este trámite en el caso objeto de estudio se centra en que por él puede descubrirse el verdadero propósito fraudulento de las partes, que no desean en realidad ligarse con el vínculo matrimonial sino aprovecharse de la apariencia matrimonial para que el promotor extranjero obtenga las ventajas que el matrimonio puede proporcionar.

Si a través de este trámite o de otros medios objetivos, el encargado llega a la convicción de que existe simulación, no debe autorizar un matrimonio nulo por falta de verdadero consentimiento matrimonial (arts. 45 y 73-1.º CC).

El problema radica en las dificultades prácticas de la prueba de la simulación, ya que al no existir pruebas directas de ésta, es casi siempre necesario acudir a la prueba de presunciones, es decir, deducir de un hecho o de unos hechos demostrados mediante un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, la ausencia de consentimiento que se trata de probar (art. 386 LEC).

A través de dicha prueba puede descubrirse que hay contradicciones en las declaraciones de ambos contrayentes relativas a aspectos esenciales de la relación aducida, como por ejemplo, si empezó tan pronto como se conocieron, si celebrarán el matrimonio aquí o en el país de origen de uno de los contrayentes, o en cuál de los dos países y con cuál de las respectivas familias vivirán una vez casados.

A su vez, y por la experiencia de la DGRN, se considera que no puede darse por acreditada la alegación de que las discordancias sobre estos hechos y sobre las aficiones propias y las del otro son atribuibles a las dificultades del ciudadano extranjero con el idioma porque, por ejemplo, en el acta de audiencia no consta tal circunstancia.

También es posible que el interesado sea consciente de que el matrimonio con español acorta el plazo para obtener la nacionalidad, y termine confesando afirmativamente sobre si desea casarse por dicha finalidad.

Todo ello lleva a la convicción de que el matrimonio proyectado no persigue la finalidad que le es propia, sino que está siendo instrumentalizado para facilitar la entrada en España del contrayente extranjero.

legalmente o de hecho", y para que pueda acogerse a ese plazo, el viudo o viuda de española o español se requiere que "a la muerte del cónyuge no existiere separación legal o de hecho". Estas nuevas normas parten de la idea de que el matrimonio con español o española, para que pueda dar lugar a un tratamiento de favor en cuanto a la adquisición de la nacionalidad española, debe corresponderse, al tiempo que la Ley se refiere, con una situación normal de convivencia entre los cónyuges. Sobre el solicitante recaerá la carga de probar tal convivencia, y como se exige ésta, como un presupuesto más de la concesión, agregado al del matrimonio, no bastará para justificar la convivencia con acreditar el matrimonio y con invocar la presunción legal contenida en el artículo 60 del Código Civil. A este y a otros efectos cobra especial importancia el trámite previsto en el último párrafo del artículo 221 del Reglamento, cuando señala que el encargado «procurará también oír al cónyuge por separado y reservadamente sobre el cambio de nacionalidad y circunstancias que en ello concurren».

Para evitar, en la medida de lo posible, la existencia aparente de estos matrimonios y su inscripción en el Registro Civil, la Dirección General dictó en su momento la Instrucción de 9 de enero de 1995 (15), más la de 31 de enero de 2006 (16), dirigidas a impedir que algunos extranjeros obtengan la entrada en España o regularicen su estancia en ella por medio de un matrimonio simulado con ciudadanos españoles.

Dichas Instrucciones tratan de evitar que esos matrimonios fraudulentos lleguen a celebrarse dentro del territorio español, recordando la importancia que en el expediente previo a la celebración del matrimonio tiene el trámite de la audiencia personal, reservada y por separado, de cada contrayente como medio para apreciar cualquier obstáculo o impedimento para el enlace (arts. 56.I CC y 245 y 247 RRC), entre ellos, la ausencia de consentimiento matrimonial.

Además análogas medidas deben adoptarse cuando se trata de inscribir en el Registro Consular o en el Central un matrimonio ya celebrado en la forma extranjera permitida por la *lex loci*.

(15) Instrucción de 9 de enero de 1995 sobre el Expediente Previo al Matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el extranjero. «El expediente previo debe contener la audiencia personal, reservada y por separado de cada contrayente, como medio de apreciar cualquier obstáculo o impedimento para el enlace, entre ellos, la ausencia de consentimiento».

El artículo 246 RRC prevé un trámite de audiencia de cada uno de los contrayentes por separado. En dicho trámite, y de modo reservado, el instructor del expediente puede interrogar a los contrayentes para cerciorarse de la verdadera intención matrimonial de los mismos, y en su caso, descubrir los posibles fraudes. Si éstos salen a la luz, el instructor no autorizará la celebración del matrimonio. Este mecanismo de prevención opera en todos los casos en que uno de los contrayentes esté domiciliado en el extranjero, sin que importe la autoridad, española o extranjera, ante la que se celebrará el matrimonio e incluso se aplica en los casos en que el matrimonio se celebra por poder».

(16) Instrucción de 31 de enero de 2006, sobre los matrimonios de complacencia. En ella se describen los matrimonios de complacencia y las consecuencias de los matrimonios simulados. Se establece que el derecho fundamental de la persona al matrimonio no ampara estos matrimonios. Sin embargo, la parte más interesante son las instrucciones a los encargados del registro civil:

Los empleados del Registro Civil pueden someter a los contrayentes a «exámenes de hechos objetivos», mediante una entrevista personalizada por separado para saber el conocimiento entre ellos y certificar la «certeza moral plena» del funcionario que registra la unión. La instrucción pide a los funcionarios que pregunten a los cónyuges datos personales y familiares básicos del otro para comprobar si el matrimonio es simulado o no. Por ejemplo, un contrayente demostrará no conocer los datos básicos del otro si afirma que éste reside habitualmente en Madrid o en Barcelona, pero desconoce el nombre exacto de la calle o el piso en que se encuentra la vivienda. Además, los funcionarios deberán estudiar cómo han sido las relaciones previas al matrimonio (personal, carta, internet) y su duración, si el extranjero es regular o irregular, si aporta recursos económicos, si hay convivencia o algún hijo en común y cuál es la diferencia de edad. Se afirma que el hecho de que los contrayentes no hablen una lengua que ambos comprenden es un mero indicio de que las relaciones personales son especialmente difíciles, pero no imposibles. El hecho de que el historial de uno de los cónyuges revele matrimonios simulados anteriores es un poderoso indicio de que no existen auténticas relaciones personales entre los contrayentes, sino relaciones meramente figuradas. El hecho de que se haya entregado una cantidad monetaria para que se celebre el matrimonio es, también, un poderoso indicio de que no existen relaciones personales entre los contrayentes, ni verdadera voluntad matrimonial. Quedan exceptuadas las cantidades entregadas en concepto de dote.

También en estos casos el encargado debe comprobar si concurren los requisitos legales para la celebración del matrimonio (art. 65 CC) y esta comprobación, si el matrimonio consta por «certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración» (art. 256.3.º RRC), requiere que por medio de la calificación de ese documento y «de las declaraciones complementarias oportunas» se llegue a la convicción de que no hay dudas «de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la ley española». Así lo señala el artículo 256 RRC, siguiendo el mismo criterio que, para permitir otras inscripciones sin expediente y en virtud de certificación de un Registro extranjero, establecen los artículos 23.II LRC y 85 de su Reglamento.

Esta extensión de las medidas tendentes a evitar la inscripción de matrimonios simulados, por más que hayan sido celebrados en el extranjero, viene siendo propugnada por la doctrina de este Centro Directivo a partir de la Resolución de 30 de mayo de 1995, debiendo denegarse la inscripción cuando existan una serie de hechos objetivos, comprobados por las declaraciones de los propios interesados y por las demás pruebas presentadas, de las que sea razonable deducir según las reglas del criterio humano (art. 386 LEC) que el matrimonio es nulo por simulación.

En resumen, el juez encargado del Registro debe cerciorarse, en la audiencia reservada de cada contrayente, de la inexistencia de obstáculos legales para la celebración, y debe comprobar consecuentemente que se dan todos los requisitos legales para la validez del matrimonio. Y reservarse el otorgamiento de la autorización para contraer matrimonio. Tras utilizar la prueba de presunciones puede considerar que concurren *datos objetivos suficientes*, de los que deducir la ausencia de verdadero consentimiento matrimonial. Ejemplo de las Resoluciones en que se ha denegado la autorización, son las de 11 de septiembre de 2008 (17), de 12 de febrero de 2009 (18), de 9 de marzo de 2009 (19)... entre otras.

(17) RDGRN de 11 de septiembre de 2008 (LA LEY 330238/2008).

(18) RDGRN de 12 de febrero de 2009 (LA LEY 326758/2009). En este caso concreto se pretende inscribir un matrimonio celebrado en Cuba el 1 de junio de 2007 entre una ciudadana de doble nacionalidad cubana y española, recuperada el 3 de abril de 2007, y un nacional cubano y, del trámite de audiencia reservada resultan determinados hechos objetivos de los que cabe deducir que el matrimonio celebrado no ha perseguido los fines propios de esta institución. Se advierten contradicciones en las declaraciones de ambos relativas a hechos relevantes de la relación aducida y sobre los planes de futuro conjuntos. Se aprecia igualmente mutuo desconocimiento de circunstancias personales y familiares que no se justifica fácilmente entre personas que declaran que mantienen una relación durante un tiempo que puede estimarse suficiente para un amplio conocimiento recíproco. Son particularmente significativas las referidas a la vida cotidiana que alegan compartir y sobre el acontecimiento más importante en la vida propia y en la del otro. A lo que antecede se unen otros dos hechos, por sí solos no determinantes: que hay una apreciable diferencia de edad entre ambos, concretamente treinta y cuatro años, y que el encargado del Registro Civil Consular viene reiteradamente informando en estos supuestos de solicitud de inscripción de matrimonios celebrados en Cuba entre ciudadanos cubanos y españoles, sobre la utilización, consciente o inconsciente, de tal institución con fines migratorios.

(19) RDGRN de 9 de marzo de 2009 (LA LEY 344767/2009) que el matrimonio es nulo por simulación. Así lo ha estimado el encargado del Registro Civil Consular quien, por su inmediatez a los hechos, es el que más fácilmente puede apreciarlos y formar su convicción respecto de ellos. Esta conclusión, obtenida en momentos cronológicamente más próximos a la celebración del matrimonio, no quedaría desvirtuada por un expedien-

La RDGRN de 10 de junio de 2008 (20) trata un supuesto especial, el de un matrimonio celebrado en el extranjero por dos ciudadanos de nacionalidad extranjera, y para el caso de que subsistiendo tal matrimonio y uno, o los dos cónyuges adquiriese después la nacionalidad española, momento en el cual el Registro Civil español pasa a ser competente sobrevenidamente para su inscripción (art. 15 LRC).

Pues bien, en tales casos la doctrina oficial del Centro Directivo sostiene que resulta improcedente que se intenten aplicar las normas españolas sobre ausencia de consentimiento matrimonial, ya que no hay puntos de conexión que justifiquen tal aplicación, dado que la capacidad de los contrayentes, a la fecha de la celebración del matrimonio, que es el momento en que ha de ser valorada, se rige por su anterior ley personal (art. 9.1 CC), lo que justifica su inscripción registral.

Sin embargo, la doctrina requiere que no existan dudas de que el enlace ha cumplido los requisitos de fondo y forma exigidos por la ley extranjera aplicable, requisitos que en principio habrán sido apreciados favorablemente por parte de los órganos registrales competentes extranjeros que primero autorizaron y después inscribieron el matrimonio.

Otro caso distinto es el de que se soliciten autorizaciones por ciudadanos extranjeros para contraer matrimonio en España con otros ciudadanos extranjeros.

La Dirección señala que, en principio, la regla sobre ley aplicable a la capacidad y consentimiento matrimonial, determinada por el estatuto personal de los contrayentes, es la misma en uno y otro caso (art. 9.1 CC), ante la evidencia de que si bien nuestro Derecho positivo carece de una norma de conflicto específica y autónoma respecto del «consentimiento matrimonial», no debe olvidarse que al ser elemento esencial en la celebración del matrimonio (art. 45 CC) es materia directamente vinculada al estado civil, y por ello sujeta al estatuto personal de los contrayentes.

No obstante en ejecución de la regla de excepción del orden público internacional español —que actúa con mayor intensidad cuando de lo que se trata es de crear o constituir una nueva situación jurídica (en este caso un matrimonio todavía no celebrado) frente a los casos en los que lo que se valora es la posible aplicación de la ley extranjera a los efectos de una relación jurídica ya perfeccionada al amparo de dicha ley— deberá dejar de aplicarse la norma foránea cuando deba concluirse que tal aplicación pararía en la vulneración de principios esenciales, básicos e irrenunciables de nuestro ordenamiento jurídico.

En esta línea, la Dirección entiende que el sentido de que el consentimiento matrimonial real y libre es cuestión que por su carácter esencial en nuestro Derecho (art. 45 CC) y en el Derecho Internacional convencional y, en particular, el Convenio relativo al consentimiento para el matrimonio, hecho en Nueva York el 10 de diciembre de 1962 (*BOE* de 29 de mayo de 1969), cuyo

te posterior, el del artículo 257 RRC, del cual debe prescindirse por razones de economía procesal (art. 354 RRC), si es que se estima que, además de la vía judicial, quedara abierto este camino ante la denegación adoptada en la calificación efectuada por la vía del artículo 256 del Reglamento.

(20) RDGRN de 10 de junio de 2008 (LA LEY 330089/2008). En el caso presente de solicitud de autorización para la celebración de un matrimonio civil entre un ciudadano holandés y una ciudadana nigeriana, del trámite de audiencia resulta un conjunto de contradicciones e inconsistencias que llevan a la conclusión de que el matrimonio que se pretende contraer persigue una finalidad distinta de la propia de esta institución.

artículo primero exige para la validez del matrimonio el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, debe ser considerada de orden público.

Y por ello la DG no admite ninguna intervención autorizatoria de un matrimonio por las autoridades del foro en que el enlace proyectado se pretenda celebrar bien contra la voluntad, bien sin el consentimiento real de los contrayentes, lo que debe conducir a rechazar la autorización del matrimonio en los supuestos de simulación, aún cuando los interesados estén sujetos por su estatuto personal a legislaciones que admitan en sede matrimonial una suerte de consentimiento abstracto, descausalizado o desconectado de toda relación con la finalidad institucional del matrimonio (art. 12.3 CC), facilitando con ello que esta institución sea utilizada como instrumento de un fraude de ley a las normas rectoras de la nacionalidad o la extranjería o a otras de diversa índole.

Lo determinante para excepcionar la aplicación de la ley extranjera se centra en el hecho de que un consentimiento simulado supone una voluntad matrimonial inexistente, en la medida en que la voluntad declarada no se corresponde con la interna, produciéndose en tales casos una discordancia consciente cuyo efecto es la nulidad absoluta, *ipso iure* e insubsanable del matrimonio celebrado (art. 74 CC), y ello cualquiera sea la *causa simulationis*, o propósito práctico pretendido *in casu*, que actúa como agente de una ilicitud civil incompatible con la protección jurídica que es propia del *ius nubendi* que se desprende en favor de la verdadera voluntad matrimonial.

Por ello no cabe excusar la práctica de la audiencia reservada de los contrayentes (art. 246 RRC), ni obviar la eventual consecuencia de la desestimación de la solicitud de autorización del matrimonio.

No obstante también hay supuestos como, por ejemplo, en la RDGRN de 6 de octubre de 2008 (21) en los que se autoriza la expedición del certificado de capacidad matrimonial para contraer matrimonio en el extranjero, ya que del trámite de audiencia reservada de cada contrayente, no se deducen datos objetivos suficientemente clarificadores para deducir de ellos la ausencia de verdadero consentimiento matrimonial.

Y ello por que si se tiene en cuenta la presunción general de buena fe y que el *ius nubendi*, como derecho fundamental de la persona, no debe ser coartado, postergado o denegado más que cuando exista una certeza racional absoluta de obstáculo legal que vicie de nulidad al matrimonio pretendido, ha de ser preferible, aún en caso de duda, no poner trabas a la celebración o a la inscripción del enlace.

El Centro Directivo entiende que ante la opción de autorizar (aquí inscribir) un matrimonio que eventualmente sea declarado nulo o de coartar el *ius connubii*, se elige la primera alternativa, ya que siempre quedará a salvo la posibilidad de que el Ministerio Fiscal inste judicialmente la nulidad del

(21) RDGRN de 6 de octubre de 2008 (LA LEY 330688/2008). En el caso actual los hechos comprobados por medio de las audiencias reservadas no tienen entidad suficiente como para deducir que no ha concurrido un verdadero consentimiento matrimonial. Si se comparan las declaraciones de uno y otro contrayente no se advierten contradicciones sino coincidencias en las respuestas dadas a las preguntas que se le formularon, lo que no proporciona elementos de juicio necesarios para deducir una utilización fraudulenta del matrimonio. Por tanto, aunque como informa el encargado del Registro es posible la falta de intención de contraer matrimonio a los fines propios de dicha institución, lo cierto es que no existen elementos de juicio para afirmarlo con suficiente grado de certeza, sobre todo a la vista de las pruebas documentales aportadas con el recurso.

matrimonio (art. 74 CC) en un juicio declarativo ordinario en el que con toda amplitud podrán enjuiciarse las circunstancias del caso concreto [Doctrina que se inició en 1993 y que se mantiene hasta hoy como lo demuestran, valgan como ejemplo, las Resoluciones de 22 de octubre de 2002 (22) y de 1 de diciembre de 2009] (23).

También cabe la inscripción de matrimonio celebrado en el extranjero cuando hay inexistencia de datos que acrediten la simulación y hay constancia de convivencia de los contrayentes y conocimiento mutuo de sus circunstancias personales y familiares, ya que el *ius nubendi* es un derecho fundamental que solo puede coartarse por la certeza de la existencia de un impedimento legal. Así se constató en la RDGRN de 9 de mayo de 2002 (24).

VI. BIBLIOGRAFÍA

LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil, IV, Familia*, 3.^a ed. Puesta al día por Joaquín RAMS. Dykinson, Madrid, 2008, pág. 75.
DÍEZ PICAZO-GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, 5.^a ed., Tecnos, Madrid, pág. 84.

VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES ANALIZADAS (por orden cronológico)

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de La Rioja, de 8 de julio de 1999.
- SAP de Santa Cruz, Sección 1.^a, sentencia de 24-9-2001, núm. 649/2001, rec. 43/2001.
- SAP de León, Sección. 3.^a, sentencia de 19-6-2002, núm. 220/2002, rec. 29/2002.
- SAP de las Palmas, Sección 5.^a, sentencia de 24-3-2003, núm. 277/2003, rec. 877/2002.
- SAP de Almería, Sección 3.^a, sentencia de 23-1-2004, núm. 12/2004, rec. 335/2003.
- SAP de Álava, Sección 1.^a, sentencia de 25 de enero de 2005, rec. 350/2004 (LA LEY 19099/2005).
- SAP de Valencia, Sección 10.^a, sentencia de 20 de noviembre de 2008, rec. 802/2008 (LA LEY 243322/2008).
- SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.^a, sentencia de 21 de diciembre de 2009, rec. 337/2009 (LA LEY 316176/2009).
- SAP de Asturias (Sección 7.^a) sentencia núm. 239/2010, de 14 de mayo [JUR 2010/252268]. Jurisdicción: Civil. Recurso de Apelación núm. 39/2010. Ponente: Ilmo. Señor don Julián Pavesio Fernández.

(22) RDGRN de 22 de octubre de 2002 (LA LEY 174749/2002).

(23) RDGRN de 1 de diciembre de 2009 (LA LEY 347368/2009).

(24) RDGRN de 9 de mayo de 2002 (LA LEY 89187/2002).

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Instrucción de 20 de marzo de 1991 (epígrafe V)

Instrucción de 31 de enero de 2006 sobre los matrimonios de complacencia.

- RDGRN de 9 de octubre de 1993 (LA LEY 12059/1994).
- RDGRN de 30 de mayo de 1995.
- RDGRN de 20 de septiembre de 1996.
- RDGRN de 9 de mayo de 2002 (LA LEY 89187/2002).
- RDGRN de 22 de octubre de 2002 (LA LEY 174749/2002).
- RDGRN de 10 de junio de 2008 (LA LEY 330089/2008).
- RDGRN de 11 de septiembre de 2008 (LA LEY 330238/2008).
- RDGRN de 6 de octubre de 2008 (LA LEY 330688/2008).
- RDGRN de 12 de febrero de 2009 (LA LEY 326758/2009).
- RDGRN de 9 de marzo de 2009 (LA LEY 344767/2009).
- RDGRN de 1 de diciembre de 2009 (LA LEY 347368/2009).

OTRAS DISPOSICIONES LEGALES

Circular 1/2002, de 19 de febrero, sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del fiscal en materia de extranjería.

Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas, de 4 diciembre de 1997, sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos (DOCE C 382, de 16 diciembre de 1997).

RESUMEN

*RESERVA MENTAL Y SIMULACIÓN
MATRIMONIOS DE COMPLACENCIA*

Un supuesto de reserva mental matrimonial lo constituye el matrimonio de complacencia cuya intención se centra en la obtención de permiso de residencia, acceso al mercado laboral y obtención de la nacionalidad española, sin intención de cumplimentar los deberes matrimoniales. Se trata de un supuesto de matrimonio nulo por falta de consentimiento matrimonial en base al artículo 73 CC.

ABSTRACT

*MENTAL RESERVATION
AND SIMULATION
MARRIAGES OF CONVENIENCE*

One case of matrimonial mental reservation is the marriage of convenience, whose focus of intent is to secure permission to stay in the country, access to the job market and Spanish nationality, without any intention of discharging matrimonial duties. This is a case of a null matrimony due to lack of matrimonial consent under section 73 of the Civil Code.

1.3. Derechos reales

EXAMEN DEL ARTÍCULO 178.5 RH: LA ESPECIAL CANCELACIÓN DE LA HIPOTECA GANANCIAL

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Antonio de Nebrija

SUMARIO: I. LA CANCELACIÓN COMO ACTO DISPOSITIVO.—II. LA REGLA GENERAL DEL ARTÍCULO 178 RH Y SUS EXCEPCIONES.—III. EXAMEN DEL ARTÍCULO 178.5 RH: LA CANCELACIÓN DE HIPOTECA GANANCIAL: 1. CANCELACIÓN DE HIPOTECA POR PAGO. 2. CANCELACIÓN DE HIPOTECA GANANCIAL POR PAGO.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES CITADAS.

I. LA CANCELACIÓN COMO ACTO DISPOSITIVO

De forma tradicional y de manera mayoritaria, la doctrina ha considerado al negocio cancelatorio —título en virtud del cual se produce la cancelación registral voluntaria o negocial— como un negocio dispositivo; ha equiparado cancelación con enajenación (1). En concreto, consideran que la cancelación es un acto de riguroso dominio, de disposición de derechos reales, para el que se necesita un poder especial con arreglo al artículo 1713 del Código Civil. LACRUZ BERDEJO, por el contrario, matiza esta tesis comúnmente aceptada y entiende, en sus últimos trabajos (2), que la cancelación, en sí misma, no es dispositiva, lo es el acto que la ocasiona. Para él, una vez desaparecido el derecho en la realidad jurídica, es una consecuencia natural que se elimine del Registro el asiento inexacto que da a conocer falsamente su existencia.

Las razones para sostener esta tesis son, además de la influencia germánica (3), la numerosa jurisprudencia registral, en la cual se determina que la

(1) Véase, en este sentido, a Roca Sastre, R. M., y Roca-Sastre Muncunill, L., *Derecho Hipotecario*, tomo III, Ed. Bosch, Barcelona, 1995, pág. 154; De la Rica y Arenal, R., *Homenaje a don Ramón de la Rica y Arenal*, tomo I, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1976, pág. 335; y en «La mujer casada y la cancelación de créditos hipotecarios gananciales», en *RCDI*, 1965, pág. 260; y en *Comentario a la reforma del Reglamento Hipotecario*, Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1959, pág. 132; González Ordóñez, J. M., *Apuntes de Derecho Hipotecario*, Centro de Estudios y Oposiciones, Madrid, 1953, pág. 328; De la Rica Maritorená, R., «La cancelación registral», en *RCDI*, 1974, págs. 1303-1304; Sanz Fernández, A., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1953, págs. 27-30; Chico y Ortiz, J. M., y Bonilla Encina, J. F., *Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral*, tomo I, Madrid, 1963, pág. 263.

(2) Cfr. Lacruz Berdejo, J. L. y Sancho Rebullida, F. A., *Elementos de Derecho Civil, III bis, Derecho Inmobiliario Registral*, Ed. Dykinson, Madrid, 2001, pág. 242.

(3) Téngase en cuenta que para el Derecho alemán el consentimiento formal es dispositivo, y como algunos autores acogen todas las características de éste y las aplican en el consentimiento del artículo 82.1 LH, también, entonces, su carácter dispositivo.

capacidad para cancelar es la misma que la capacidad para enajenar, y lo dispuesto en el artículo 178 RH, que exige para cancelar un asiento, que el sujeto que la consiente obtenga las mismas autorizaciones y observe las formalidades legales exigidas para la enajenación de bienes inmuebles o derechos reales constituidos sobre los mismos; lo que conduce a la conclusión de que la capacidad que se requiere para cancelar es la misma que para enajenar. Así pues, la cancelación se equipara a un acto de disposición porque requiere la misma capacidad que dicho acto.

En efecto, la jurisprudencia registral lo ha confirmado en la doctrina establecida en sus distintas resoluciones en la que la cancelación es un acto equiparable a la disposición o enajenación, y por eso se exige al que cancela que tenga capacidad plena, es decir, capacidad de enajenación. En este sentido, se deben señalar las siguientes resoluciones: Resolución de 19 de julio de 1922, que dice que «la extinción o cancelación del derecho real de que se trata implica asimismo el *ius disponendi*»; la Resolución de 25 de octubre de 1932, por su parte, afirma que «la cancelación es un acto de desprendimiento de derechos que equivale a la enajenación»; la Resolución de 22 de junio de 1936 declara que «la cancelación es un acto de desprendimiento de derechos y requiere capacidad para disponer», y asimismo que «los actos y contratos en virtud de los que se extinguen y cancelan derechos reales inscritos por tener alcance de verdadera enajenación no cabe confundirlos con los referentes al cobro de créditos»; la Resolución de 23 de mayo de 1964 manifiesta que «la naturaleza de acto dispositivo de la cancelación de hipoteca ha sido declarado reiteradamente por Jurisprudencia de este centro por constituir un acto que implica una enajenación, un *ius disponendi*, y por ello cabe afirmar que el derecho de cancelar corresponde a quien esté facultado para enajenar». Las Resoluciones de 3 y 8 de junio de 1964, ante un caso exactamente igual que el analizado en la resolución anterior, insisten en la naturaleza de acto dispositivo de la cancelación de una hipoteca. La Resolución de 26 de octubre de 1964 aclara que la cancelación «supone un desprendimiento de derechos que equivale a una enajenación». Todas estas resoluciones que califican claramente a la cancelación como un acto dispositivo están avaladas por otra serie de resoluciones, que vienen a establecer lo mismo (cancelación = acto de disposición), en cuanto exigen para cancelar la misma capacidad necesaria para enajenar o disponer; de donde se puede establecer un claro paralelismo entre cancelación y enajenación.

En un primer momento, estas resoluciones parten de la distinción entre derechos reales y derechos de crédito que, por su distinta naturaleza, exigen distinta capacidad en los actos de ejercicio de los mismos; consecuentemente, para extinguir derechos de crédito será necesaria una capacidad que, sin embargo, deberá ser más amplia si se trata de extinguir un derecho real. Y esto es debido —como establece la Resolución de 27 de septiembre de 1924— a la «distinta importancia que para el régimen jurídico tiene el crédito y el derecho real, los actos que engendran o modifican obligaciones y los que producen una enajenación o un efecto hipotecario». Parece entonces que en una primera época, se equipara enajenación con acto relativo al derecho real, distinto de los actos relativos a los derechos de crédito. En este sentido, la Resolución de 22 de septiembre de 1879 confirma este extremo al decir que «los actos o contratos en virtud de los cuales se extinguen o cancelan derechos reales inscritos, importan tanto como una verdadera enajenación, y deben distinguirse de aquellos que hacen referencia a la cobranza de créditos y a la extensión

de los oportunos recibos». Más adelante, la enajenación se equiparará directamente con la cancelación, como ya se ha visto, y se exigirá, por lo tanto, la misma capacidad. Las resoluciones que establecen dicha comparación son muchas y conviene señalar las siguientes: Resolución de 9 de octubre de 1880; 18 de noviembre de 1867; 30 de agosto de 1876; 29 de julio de 1878; 24 de septiembre de 1891; 31 de octubre de 1892; 15 de marzo de 1902; 3 de mayo de 1902; 27 de abril de 1907; 20 de abril de 1909; 25 de abril de 1931; 29 de mayo de 1935; 24 de abril de 1936 y 23 de febrero de 1966.

Sin embargo, queremos matizar que aunque el negocio cancelatorio, *a priori*, pueda considerarse como un negocio dispositivo, porque así se deduce de sus exigencias de capacidad, creemos que habrá que atender a la causa de dicho negocio para determinar su verdadera naturaleza dispositiva o no. De este modo, no será lo mismo el consentimiento para cancelar un asiento porque se extinguió la finca sobre la que recae el derecho, dependiendo, además, de si la extinción está acreditada —capacidad para contratar—, o no —capacidad de enajenar—; que para cancelar porque se renunció al derecho inscrito; que si se extinguió el derecho por pago, por consignación, o porque el título era nulo.

Por eso, el hecho de que se exija capacidad de enajenar para cancelar, no quiere decir que forzosamente la cancelación, el negocio cancelatorio, sea un negocio dispositivo, pero lo que sí es cierto es que, independientemente de su carácter dispositivo o no, siempre se ha exigido la capacidad máxima para llevar a cabo una cancelación; es decir, la capacidad para enajenar bienes inmuebles o derechos reales que recaigan sobre aquellos.

II. LA REGLA GENERAL DEL ARTÍCULO 178 RH Y SUS EXCEPCIONES

El artículo 178 RH establece que «a los efectos del párrafo primero del artículo 82 de la Ley, los representantes legales de la persona a cuyo favor se hubiera hecho la inscripción o anotación necesitarán, para proceder a su cancelación, obtener las autorizaciones y observar las formalidades legales exigidas para la enajenación de bienes inmuebles o derechos reales constituidos sobre los mismos».

Como ya hemos dicho, este primer párrafo del artículo 178 RH exige para cancelar un asiento por los representantes legales del titular del mismo, los mismos requisitos que cuando llevan a cabo un acto de disposición sobre sus bienes inmuebles. Se equipara la cancelación con un acto de disposición, y se exigen para ello, más cautelas que en los actos ordinarios de administración, precisamente porque al ser un acto de desprendimiento de derechos, debe protegerse lo más posible el patrimonio del incapaz, titular de esos derechos inscritos.

Parece lógico que así sea, si la cancelación, tradicionalmente, se ha equiparado con disposición. Sin embargo, esta regla general tiene varias excepciones o reglas especiales contenidas, también, en el artículo 178 RH, en sus párrafos 2.º, 3.º y 5.º

El artículo 178.2 RH permite que los padres de menores puedan cancelar la hipoteca constituida a su favor y extinguida por pago, directamente por los padres, sin necesidad de la autorización judicial del artículo 166 del Código Civil, que exige siempre en los actos dispositivos sobre inmuebles. Y el artículo 178.5 RH permite cancelar una hipoteca ganancial a uno solo de los cón-

yuges sin necesidad del consentimiento del otro, contraviniendo el principio de gestión conjunta que exige ambos consentimientos para los actos de disposición que afecten a bienes o derechos gananciales (art. 1377 CC). Ambos supuestos son excepciones a la regla general establecida en el primer párrafo del artículo, pues rebajan las exigencias y cautelas legales necesarias para llevar a cabo los actos de disposición, bastando las propias de un acto de administración.

Estas excepciones del artículo 178.2 y 5 RH, en las que basta la capacidad de administrar para poder cancelar, sólo se justifican en un supuesto especial, que es la cancelación de créditos hipotecarios que han sido extinguidos por pago. En este caso, la cancelación no puede considerarse como un acto de enajenación o disposición, sino como un acto debido al haberse cobrado el crédito, bastándole, entonces, al acreedor hipotecario, para cancelar, la misma capacidad que para cobrar el crédito, es decir, la de administrar sus bienes (art. 1163 CC), tal y como hemos dicho antes.

Así se puede afirmar que la regla general con respecto a la capacidad de cancelación es la capacidad máxima o de disposición, salvo que el crédito hipotecario se haya extinguido por pago de la obligación garantizada, donde bastará la capacidad de administrar. Volvemos así a lo expresado más arriba, no siempre la cancelación es un acto de disposición, sino que dependerá de cuál sea su causa para tener una naturaleza u otra.

No obstante, vamos a analizar a continuación, la excepción contemplada en el artículo 178.5 RH, para tratar de entender su verdadero alcance y justificar lo que se acaba de exponer.

III. EXAMEN DEL ARTÍCULO 178.5 RH: LA CANCELACIÓN DE HIPOTECA GANANCIAL

1. CANCELACIÓN DE HIPOTECA POR PAGO

Como ya hemos dicho, el artículo 178.5 RH recoge una excepción a la regla general de la capacidad para la cancelación. Este párrafo permite cancelar por pago —consentir en la cancelación— a uno sólo de los cónyuges —aquél a cuyo favor esté constituido el crédito hipotecario—, la hipoteca ganancial, es decir, que esté inscrita a nombre de la sociedad conyugal.

Se trata de una nueva excepción por lo siguiente: si para cancelar es necesaria la misma capacidad que para enajenar, para cancelar esta hipoteca sería necesario, al igual que para enajenar, el consentimiento de ambos cónyuges, tal y como establece el artículo 1377 del Código Civil, o en su defecto la autorización judicial pertinente. No obstante, uno solo de los cónyuges, sin el consentimiento del otro, ni autorización judicial, puede proceder a la cancelación. Obviamente se exige una capacidad distinta de la de enajenación, ¿por qué? Para comprender este artículo, creo conveniente hacer un breve repaso a su evolución histórico-legislativa, lo que exige comparar, tanto el régimen de gananciales y su evolución, como los cambios de la legislación hipotecaria respecto a la cancelación de hipotecas.

Antes de entrar en vigor el Código Civil, las Leyes Hipotecarias de 1861 y 1869 sólo consideraban a la hipoteca desde la perspectiva de su accesoriedad respecto de la obligación que garantizaba, y por lo tanto, extinguida ésta, debía extinguirse aquélla. El que estaba capacitado para extinguir la obligación por

pago, podía extinguir y cancelar la hipoteca directamente, sin necesidad de un consentimiento específico para ello. Por el carácter accesorio de la hipoteca, ésta se extinguía y se cancelaba directamente al extinguirse la obligación. Por eso, el RH de 1870 permitía en su artículo 72 que se cancelaran las hipotecas presentando en el Registro la misma escritura del crédito inscrito, con testimonio de acta notarial de pago o reducción. Cancelación automática para la hipoteca en virtud de su absoluta accesoriedad al crédito.

La entrada en vigor del Código Civil en 1889 no añadió nada nuevo, ya que dejó a la regulación de las Leyes Hipotecarias todo lo relativo a la constitución, modificación, extinción y cancelación de las hipotecas. Por eso, fueron la jurisprudencia registral, la Ley Hipotecaria de 1909 y su Reglamento de 1915, los que se separaron del criterio tradicional de la cancelación automática de la hipoteca al extinguirse por pago el crédito garantizado.

Se empezó a exigir un consentimiento extraordinario y específico dirigido a la cancelación de la hipoteca por parte del acreedor hipotecario, independientemente de que la obligación ya se hubiera extinguido por pago o por otra causa. A partir de ahora, era necesario el consentimiento expreso del acreedor para cancelar esa hipoteca. Se inicia aquí el decaimiento del principio de la accesoriedad absoluta de la hipoteca en la doctrina y jurisprudencia registral, ya que ésta no se va a poder cancelar automáticamente en virtud de la extinción de la obligación, como consecuencia de la misma, tal y como correspondería siguiendo esta tesis. La obligación y la garantía van a vivir independientemente, lo que conduce, trasladando esta circunstancia a un plano más general, a abrir una brecha entre los derechos de crédito y los derechos reales, que cada vez van a diferenciarse más. De este modo, tanto la doctrina como la jurisprudencia van a distinguir los actos jurídicos de cobro y los de cancelación que extinguen respectivamente el derecho de crédito o personal y el derecho real. Además, basados en esta diferencia, van a equiparar la cancelación con la enajenación, por constituir un acto de desprendimiento de derechos, como indican muchas resoluciones de la época, que ya hemos comentado (4).

Todo esto llevará a exigir capacidades distintas en las personas según realicen un acto de cobro o una cancelación; por eso, si antes una persona capacitada para cobrar un crédito, lo extinguía, y de manera automática, por la accesoriedad de la hipoteca, podía cancelar su garantía, ahora no va a ser así, y aunque pueda cobrar créditos, no necesariamente podrá cancelar la garantía, sino que necesitará tener una capacidad especial: la de enajenación. En este sentido la Resolución de 22 de junio de 1936 establece que «la argumentación del recurrente al estimar la extinción de la garantía hipotecaria consecuencia del pago, tiende a destacar el último como acto principal, prescinde de las características del caso, y resuelve la dificultad con atención exclusiva al aspecto obligacional, sin tener en cuenta que la escritura era de carta de pago y cancelación de hipoteca y que, por tanto, la capacidad debía ser la requerida para estos actos, puesto que el cobro de las 100.000 pesetas determinaba la extinción del derecho real de carácter accesorio».

La nueva Ley Hipotecaria de 1944-46 y su Reglamento de 1947, según interpretación de la doctrina y jurisprudencia, mantienen la misma postura diferenciando netamente los derechos reales y los de crédito, y los actos que extinguen uno y otro. En lo que atañe a la cancelación de hipoteca por pago, se establece

(4) Cfr. Resolución de 27 de septiembre de 1924; 25 de octubre de 1932 y 22 de junio de 1936.

en el artículo 179 RH la necesidad de que se presente en el Registro una nueva escritura pública conteniendo el consentimiento del acreedor para cancelarla, aún cuando se hubiera extinguido por pago el crédito hipotecario.

El principio de accesoriedad de la hipoteca no va a ser, por lo tanto, tan absoluto como para provocar automáticamente la cancelación de la hipoteca al pagarse el crédito, sino que habrá que prestar un consentimiento especial para su cancelación. Igualmente, la Ley Hipotecaria de 1946 establece en su artículo 82 la necesidad de que conste, en todo caso, el consentimiento del acreedor hipotecario (el titular registral), para cancelar la hipoteca. Pero, la interpretación y justificación de este artículo 179 RH se encuentra, justamente, en la confirmación de que la cancelación del crédito hipotecario por pago no es automática, y que se necesita el consentimiento del acreedor hipotecario para que se lleve a cabo; lo cual no indica que ese acreedor hipotecario requiera necesariamente una capacidad mayor para consentir en la cancelación que en recibir el pago.

En efecto, de este consentimiento especial exigido en el artículo 179 RH, que pone fin a una pretendida cancelación automática de la hipoteca basada en su carácter accesorio respecto al crédito que garantiza, no puede extraerse la conclusión de que sea consecuencia de la capacidad mayor o especial necesaria para extinguir los derechos reales, debido a la diferenciación enérgica entre los derechos reales y los de crédito, como erróneamente lo ha interpretado la doctrina y jurisprudencia. En el artículo 179 RH, que no es sino una reiteración del más general artículo 82 LH, no se encuentra nada que justifique una capacidad mayor en el acreedor hipotecario para cancelar su hipoteca. La explicación o justificación de este consentimiento es consecuencia del principio de legitimación registral, que protege tanto al titular registral, que no permite que se cancele y, por tanto se le prive de un derecho, sin su aceptación. Además, la capacidad necesaria para cancelar un crédito hipotecario extinguido por pago es también la capacidad de administración y no la de disposición, como sostiene la doctrina jurisprudencial; pues, como ya hemos dicho, la cancelación de la hipoteca, al extinguirse por pago la obligación que garantiza, es un acto debido del acreedor hipotecario, para el cual es suficiente dicha capacidad.

En resumen, con todo esto quiero decir que para cancelar una hipoteca extinguida por pago es necesario el consentimiento de su titular —acreedor hipotecario—, tal y como establece el artículo 179 RH, pero nada se dice sobre cuál debe ser la capacidad que debe tener el acreedor para poder consentir a dicha cancelación. La regla general de que para cancelar es necesaria la capacidad de disponer parece que quiebra en el supuesto concreto del pago de la obligación, a diferencia de lo que tradicionalmente ha mantenido la DGRN y la doctrina.

Lo que se ha dicho hasta ahora es válido para la cancelación de hipoteca debida al pago del crédito que asegura, en general; pero, hay que plantearse qué ocurre en la hipoteca ganancial, y cuál es la capacidad necesaria para cancelar una hipoteca ganancial extinguida por pago. Por eso se hace un breve repaso a la historia legislativa en este asunto.

2. CANCELACIÓN DE HIPOTECA GANANCIAL POR PAGO

Hasta este momento, la persona que debía prestar el consentimiento necesario para la cancelación de una hipoteca ganancial era únicamente, el

marido. Esto ocurría así porque regía en nuestro Derecho la norma general de que era el marido, no sólo el administrador de la sociedad de gananciales, sino también el único que estaba legitimado para la disposición de los bienes de la sociedad; la mujer quedaba excluida y no tenía capacidad ni para enajenar, ni para administrar. Por lo tanto, sólo a él podía corresponder la facultad de cancelar los créditos hipotecarios gananciales, pues sólo él tenía capacidad de disposición, y ya se ha dicho que se exigía para cancelar la misma capacidad que para enajenar. Por eso, el original RH de 1947, donde aparece por primera vez el artículo 178, relativo a la capacidad necesaria para cancelar, no decía nada sobre la capacidad para cancelar hipotecas de carácter ganancial, se supone que se aplicaba a dicha cancelación, la regla general; es decir, correspondía cancelarlas al marido, pues es el único que dirige la sociedad de gananciales, tanto en actos de administración como de disposición.

En 1958 se reformó el Código Civil en determinados aspectos, por la Ley de 24 de abril. Esta reforma fue muy importante, ya que modificó el régimen de administración de la sociedad de gananciales, en el sentido de exigir junto al consentimiento del marido, el consentimiento de la mujer —o en su defecto autorización judicial—, sólo para aquellos actos de disposición de bienes inmuebles y establecimientos mercantiles pertenecientes a la sociedad de gananciales, tal y como dispuso la nueva redacción del artículo 1413 del Código Civil (5). Este cambio en la legislación civil ocasionó problemas y distintas interpretaciones en la doctrina hipotecaria, sobre todo en cuanto a la cancelación de créditos hipotecarios gananciales: ¿quién debe prestar el consentimiento para la cancelación, sólo el marido, o si se considera como un acto de enajenación, debe complementarlo con el de su esposa?

La doctrina, como tantas veces, se muestra disconforme. Para PASCUAL LACAL (6), el nuevo artículo 1413 del Código Civil debe interpretarse de manera restrictiva, de forma que la cancelación de hipotecas no debe quedar dentro de su ámbito, no siendo, por lo tanto, necesario el consentimiento de la esposa para llevarla a cabo; es más, califica a su intervención como «innecesaria y superflua». Sin embargo, BORRACHERA (7) mantiene la postura contraria, exigiendo el consentimiento de la esposa en la cancelación de hipotecas gananciales, ya que no cabe duda de que se trata de un acto de disposición a los que se refiere el artículo 1413 del Código Civil.

La respuesta hipotecaria no se hizo esperar, y un año después se publicó la Ley de Reforma del Reglamento Hipotecario de 17 de marzo de 1959, para tratar de adaptar éste a la nueva legislación civil tras la reforma de 1958. Como consecuencia de la reforma de 1959, se modificaron los artículos 95 y 96 RH, que regulan la inscripción y la disposición registral de los bienes conyugales. En cuanto a los créditos hipotecarios, el nuevo artículo 95 posibilitó su inscripción a nombre de ambos cónyuges, si el crédito era adquirido por los dos, o

(5) Artículo 1413 del Código Civil, tras la reforma de 24 de abril de 1958: «el marido, además de las facultades que tiene como administrador, podrá enajenar y obligar, a título oneroso, los bienes de la sociedad de gananciales; pero necesitará el consentimiento de la mujer o, en su defecto, autorización judicial a solicitud fundada del marido y del modo previsto en el párrafo siguiente para actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles».

(6) Cfr. LACAL, P., «La presencia de la mujer casada en las escrituras de cancelación de hipotecas», en *RCDI*, 1959, págs. 39-41.

(7) Cfr. BORRACHERO, M., «La mujer casada y las escrituras de cancelación de hipotecas», en *RCDI*, 1959, págs. 243-250.

bien, a nombre de solo uno de ellos (marido o mujer) si se adquiría con dinero de la exclusiva propiedad de cada cónyuge. Por su parte, el artículo 96 RH establecía que los actos dispositivos sobre los créditos —entre los que se debe incluir a la cancelación— se realizarían con el consentimiento de ambos cónyuges en el primer supuesto del 95, o por uno de ellos con el consentimiento del otro, en el segundo caso. Por consiguiente, el consentimiento dual va a ser la regla general en los actos de disposición a partir de este momento. Pues bien, el hecho de que para cancelar se exigiera el consentimiento de la esposa, dio lugar a varios problemas en la práctica hipotecaria, ya que muchos de los créditos que se trataban de cancelar estaban únicamente inscritos a nombre del marido —según la antigua legislación—; y el exigir, también, el consentimiento de la mujer parece que se iba en contra de los artículos 20 y 82 LH, que sólo admiten para cancelar el consentimiento de quien aparezca como titular registral —en este caso, el marido—.

Para solucionar estos conflictos, la reforma de 1959 añadió al artículo 178 RH (creación del RH de 1947) su párrafo 5.º, en cuya virtud se establecía que: «basta el consentimiento del marido para la cancelación por pago de hipotecas inscritas a su nombre, que garanticen créditos gananciales». Para DE LA RICA Y ARENAL (8) se trataba de una norma de Derecho Transitorio, que encontraba su justificación en el hecho de facilitar la cancelación de esos créditos hipotecarios inscritos antes de 1959, a nombre exclusivamente del marido. No es sino una excepción a la regla general establecida en el párrafo 1.º del artículo 178 RH, en el artículo 96 RH y en el artículo 1314 del Código Civil, de que para enajenar y por lo tanto cancelar —según la jurisprudencia—, es necesario el consentimiento de ambos cónyuges. Su excepcionalidad la demuestra su colocación en un párrafo del artículo 178 RH, como otras excepciones a la regla general, y la propia Exposición de Motivos de la reforma de 1959, que permite la cancelación por el marido de créditos hipotecarios gananciales en «casos muy cualificados». Efectivamente, esta excepción a la regla general del consentimiento dual sólo podrá darse cuando se cumplan estos tres requisitos: 1) se trate de un crédito hipotecario inscrito sólo a nombre del marido; 2) que sea un crédito de carácter ganancial; y 3) que se otorgue la cancelación en virtud de pago. Su carácter de excepción a la regla general es puesto de manifiesto por la doctrina, como por ejemplo, DE LA RICA Y ARENAL, ROCA SASTRE, etc. (9).

Parece, entonces, que el artículo 178.5 RH encontró su sentido como norma de Derecho Transitorio, para facilitar la práctica de determinadas cancelaciones, y sólo para el caso excepcional de hipoteca ganancial extinguida por pago de la obligación garantizada. Como tal norma de Derecho Transitorio, debería aplicarse, únicamente, para las inscripciones de hipotecas inscritas a nombre del marido, antes de la reforma de 1959, haciéndose inútil para las inscripciones posteriores, a las que ya habría que aplicar el nuevo régimen del consentimiento dual, tal y como establecen los nuevos artículos 1413 CC y 96 RH.

(8) Cfr. DE LA RICA Y ARENAL, R., «La mujer casada y la cancelación de créditos hipotecarios gananciales», *ob. cit.*, pág. 255, y en «Comentarios a la Reforma del Reglamento Hipotecario», *ob. cit.*, pág. 133.

(9) Cfr. DE LA RICA Y ARENAL, R. M., «Libro homenaje a don Ramón de la Rica y Arenal», *ob. cit.*, pág. 111; ROCA SASTRE, R. M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., «Derecho Hipotecario», tomo III, (1995), *ob. cit.*, pág. 153.

Sin embargo, y a partir de la reforma de 1959, queda en entredicho la tesis sostenida hasta ahora, al surgir una nueva línea doctrinal (10) y jurisprudencial que, en vez de aplicar la regla general para la cancelación de créditos hipotecarios gananciales, es decir, exigir el consentimiento de ambos esposos para la misma —por equipararse la cancelación con un acto de dominio—, va a permitir que consienta a la cancelación únicamente el marido, sin necesidad del consentimiento de su esposa; o sea, aplica la excepción, sin justificar su carácter excepcional, basándose sólo en la accesoriedad de la hipoteca.

En efecto, las Resoluciones de 23 de mayo, 3 y 8 de junio de 1964, y 23 de febrero de 1966, tras declarar la efectiva diferenciación existente entre los actos de cobro o administración y la cancelación, que lleva a que una persona que pueda recibir el pago (acto de administración) no pueda, sin más, extinguir un derecho real de hipoteca, y después de declarar que la cancelación tiene naturaleza de acto dispositivo porque implica una enajenación; cuando parece que deberían concluir en la necesidad de que concurren los consentimientos de marido y mujer para la cancelación de créditos gananciales, resuelven diciendo que basta el consentimiento del marido para la cancelación de una hipoteca, con posterioridad a la reforma de 1959. La Resolución de 23 de mayo de 1964 alega las siguientes razones, que son copiadas por las otras resoluciones: «considerando que la reforma del artículo 1413 del Código Civil ha de entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1412, en el que expresamente se reconocen las facultades del marido como administrador de la sociedad legal de gananciales, por lo que, si bien es innegable su facultad para aceptar el pago de una obligación vencida, no debe olvidarse que, al haber quedado extinguida la obligación garantizada en razón de la accesoriedad del derecho real de hipoteca, parece permisible, para facilitar la armonía entre las declaraciones contenidas en los libros del Registro y la realidad jurídica extra-registral y para evitar perjuicios al propietario de la finca gravada y siempre que se observe lo dispuesto en el artículo 96 del Reglamento Hipotecario vigente, que el marido pueda consentir válidamente la cancelación». Esta resolución se basa en la absoluta accesoriedad de la hipoteca respecto a la obligación, y si el marido puede extinguir por sí sólo la obligación, porque él sólo puede realizar actos de administración, también podrá extinguir registralmente la garantía accesorial al crédito. El artículo 1413 del Código Civil no afecta al 1412 del Código Civil, y quien puede lo más —extinguir la obligación principal—, puede lo menos —extinguir la garantía accesorial—. También basan su resolución en la necesidad de facilitar la armonización entre el Registro y la realidad, y en evitar el perjuicio que podría ocasionar para el propietario de la finca hipotecada.

Se observa que la jurisprudencia se despega de lo hasta ahora tratado y, otorgando mayor importancia a la accesoriedad de la hipoteca, resuelve a

(10) Cfr. SANZ FERNÁNDEZ, A., «Los bienes gananciales y el Registro de la Propiedad», en *Volumen conmemorativo del Centenario de la Ley del Notariado*, Sección tercera, vol. 1.^a, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1964, págs. 338-339, en las que critica que el artículo 178 RH encuentre su aplicación, solamente como norma de Derecho Transitorio en los casos de hipotecas constituidas antes de la reforma de 1959 e inscritas únicamente a nombre del marido. Pues, este artículo puede aplicarse también a las hipotecas constituidas después de la reforma, inscritas a nombre de los dos esposos, debido a que la cancelación es consecuencia del pago, y por tanto es de carácter obligado en este caso. El que puede cobrar, puede cancelar, y por eso el marido puede por sí mismo cancelar estas hipotecas gananciales.

favor de la cancelación por el marido. Por lo tanto, no justifican el artículo 178.5 como una norma de carácter transitorio y excepcional al régimen general de la cancelación, sino más bien, como la consecuencia lógica de la accesoriedad de la hipoteca respecto al crédito. Ya que, en vez de considerar la cancelación de la hipoteca como un acto de disposición, pesa más su dependencia del crédito, y por consiguiente, quien puede extinguir éste —el marido, que tiene capacidad para actos de cobro por sí mismo—, puede extinguir y cancelar la hipoteca que lo garantiza. Parte de la doctrina (11) interpreta, también de este modo, el nuevo artículo 178.5 RH, justificando la capacidad de cancelar hipotecas gananciales sólo por el marido, en virtud de la accesoriedad de la hipoteca respecto al crédito, ya que al poder extinguir por sí mismo el crédito —por estar capacitado para realizar actos de administración por él solo—, se encuentra facultado para extinguir la garantía accesoría.

Creo que, aunque la solución adoptada por la jurisprudencia y parte de la doctrina es correcta, pues al marido le basta la capacidad de administración para cancelar la hipoteca extinguida por pago, sus argumentos no son del todo válidos. Y es que, como ya se ha adelantado, en el caso concreto de extinción de la obligación hipotecaria por pago del deudor, el acreedor que pudo recibir ese pago, puede, asimismo, cancelar la inscripción de hipoteca, pues la cancelación en este caso es un acto debido del acreedor (12). Consecuentemente, le basta para cancelar la misma capacidad que para cobrar, que es la de administrar sus bienes. Esto solo ocurre de forma excepcional cuando el pago es la causa de extinción del crédito hipotecario, por la propia naturaleza del pago. Por lo tanto, coincido con la decisión de estas resoluciones, el marido por sí solo puede cancelar, ya que en este caso la cancelación es un acto debido; pero, no es que sea posible en virtud de la accesoriedad de la hipoteca, pues,

(11) Cfr. DE LA CÁMARA, M., «La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad», en *ADC*, 1986, pág. 380; GÓMEZ GALLIGO, F. J., «La extinción de crédito hipotecario», en *BCEHC*, núm. 72, 1997, págs. 512 y 514. SANZ FERNÁNDEZ, A., «Los bienes gananciales y el Registro de la Propiedad», *ob. cit.*, pág. 337: «En el segundo, cancelación por pago —de la obligación garantizada con hipoteca—, la accesoriedad de la hipoteca y su fin específico de garantía imponen la extinción o cancelación en nuestro sistema, y la obligación de consentir que ésta se practique, para lo cual no será preciso el consentimiento *uxoris*».

(12) En este mismo sentido interpretó ROCA SASTRE el artículo 178.5 RH en ese momento, pues dicho autor mantiene lo siguiente: «si en definitiva reside en el marido el poder dispositivo de los bienes gananciales o presuntivamente gananciales y como administrador le compete el cobro de los créditos vencidos, sean o no hipotecarios, es enteramente lógico que corresponda al mismo la facultad de consentir la cancelación de las inscripciones de hipotecas gananciales o presuntivamente gananciales, por serlo el crédito garantido, sin necesidad de obtener el consentimiento concorde de su esposa ni la autorización judicial supletoria. Y ello porque esta cancelación es un acto obligado si el crédito correspondiente ha sido satisfecho o si vencido el plazo el deudor quiere satisfacerlo. La resistencia a consentir tal cancelación puede acarrear perjuicios a la comunidad ganancial y por consiguiente también a la esposa, sobre todo si el deudor acude a los Tribunales de justicia».

Asimismo, este autor defiende la posibilidad de cobro y correspondiente cancelación del crédito hipotecario únicamente por el marido, para facilitar estas cancelaciones, pues lo contrario ocasionaría mayores gastos y responsabilidades, entorpeciendo, de este modo, la agilidad del tráfico.

Véanse estas opiniones en ROCA SASTRE, R. M., *Derecho Hipotecario*, IV-1.º, Ed. Bosch, Barcelona, 1968, págs. 77-78.

aunque se defendiera la independencia o la unidad indisoluble de la hipoteca con el crédito, la solución sería la misma; es más, la teoría de la accesoriedad llevada hasta sus últimas consecuencias, exigiría, como se ha dicho, una cancelación automática, y no el consentimiento del cónyuge acreedor.

Hecho este comentario, hay que continuar con la evolución legislativa en el tema de gananciales. La legislación introduce un nuevo cambio. El Código Civil se vuelve a reformar por la Ley de 13 de mayo de 1981, que modifica importantes preceptos del mismo, introduciendo el principio de gestión conjunta en la sociedad de gananciales. Desde este momento, será necesario el consentimiento de los dos cónyuges para realizar todo tipo de actos, no sólo de disposición, sino también de administración y gestión. Llega la plena igualdad entre hombre y mujer, la dirección económica de la familia se otorga a ambos, y va a ser necesaria la intervención de los dos cónyuges en la gestión de los bienes comunes. Se sintetiza este principio en los artículos 1375 (13) y 1377 (14) del Código Civil. En ellos se va a exigir el consentimiento de ambos para realizar actos de disposición y de administración. La falta del consentimiento de un cónyuge deberá ser suplida por la correspondiente autorización judicial (arts. 1376 y 1377 CC); pero si, a pesar de todo, un acto se realiza por un solo cónyuge sin el consentimiento del otro y sin autorización judicial, dicho acto será anulable. Desde 1981, la gestión de la sociedad de gananciales es conjunta y en términos de plena igualdad entre hombre y mujer. El cambio experimentado en esta materia es profundo, ya que, antes, sólo en el caso de actos de disposición sobre bienes inmuebles, se exigía que el acto realizado por el marido fuese consentido por su mujer, sin que el consentimiento de ésta fuese necesario para nada más.

Esta reforma del Código tiene su eco en la legislación hipotecaria, que vuelve a sufrir una transformación. De este modo, se modifica, nuevamente, el Reglamento Hipotecario, mediante el Real Decreto de 12 de noviembre de 1982, que trata de acompasar la legislación hipotecaria con el nuevo Código Civil. En primer lugar y debido al nuevo principio de gestión conjunta en la sociedad de gananciales, se reforman los artículos 92, 93 y 94 RH, relativos al modo en que debe hacerse la inscripción de bienes gananciales, y los requisitos que ésta exige, sustituyendo a los antiguos 95 y 96 RH. Lo que interesa de esta modificación es la letra del artículo 93.2 RH que, en concordancia con el principio de gestión conjunta, exige que los actos de administración o disposición a título oneroso de los bienes gananciales a nombre de ambos, se realicen por ambos cónyuges, o por uno con el consentimiento del otro, o la autorización judicial necesaria, para ser inscritos en el Registro; y el párrafo 4.º exige, también, ambos consentimientos para la inscripción de los actos de disposición de los bienes gananciales que hayan sido adquiridos por uno solo de los cónyuges. Del tenor de este artículo, junto con el del artículo 1377 del Código Civil, resulta claro que los actos dispositivos sobre bienes gananciales han de hacerse conjuntamente por ambos cónyuges y con sus consentimientos, si se quieren inscribir; de donde, si la cancelación es un acto de disposición y exige la misma capacidad, hay que concluir que para llevarla a cabo, para consentirla, será necesario el consentimiento de ambos cónyuges.

(13) Artículo 1375 del Código Civil: «en defecto de pacto de capitulaciones, la gestión y disposición de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges, sin perjuicio de lo que se determina en los artículos siguientes».

(14) Artículo 1377 del Código Civil: «para realizar actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges».

La regla general está establecida: necesidad de actuación conjunta, consentimiento dual, una vez más, en los actos de disposición, y por lo tanto, en la cancelación.

Pero, después de esta nueva reforma, cabe preguntarse qué ocurre con el caso específico y particular de la cancelación por pago de una hipoteca ganancial. La pregunta vuelve a ser la misma, ¿es necesario el consentimiento de los dos cónyuges para cancelar una hipoteca ganancial, o basta un sólo consentimiento? En principio, parece que aplicando la regla general deberían ser necesarios los consentimientos de ambos cónyuges, como acto de disposición que es la cancelación. Pero, sin embargo, tras la reforma de 1982, aunque algo modificado, se sigue manteniendo el «molesto» artículo 178.5 RH. La modificación hecha consiste en la aplicación de la plena igualdad entre el hombre y mujer en la gestión de la sociedad de gananciales, que se traduce en que ahora podrá cancelar cualquiera de los dos cónyuges (marido o mujer), en vez del marido exclusivamente, como antes. Pero, como se ha dicho, esto es un cambio menor, ya que el tenor y el fondo del artículo son los mismos que antes de la reforma de 1981. Este artículo se mantiene, y sigue permitiendo al cónyuge a cuyo nombre aparezca constituido el crédito, cancelar por sí sólo la hipoteca ganancial que lo garantiza. Es decir, basta un sólo consentimiento para cancelar hipotecas gananciales. La regla general tiene una excepción en el artículo 178.5 RH, al permitir consentir en la cancelación a uno sólo de los cónyuges, en vez de exigir el consentimiento de los dos como sería lo normal.

La justificación de este artículo ya no está en ser una norma de Derecho Transitorio, pues las hipotecas pueden inscribirse, desde 1959, a nombre de ambos cónyuges, lo cual no requiere, como antes, el consentimiento del titular para cancelar que era sólo el marido. Además, ya no es el marido el que consiente en la cancelación, sino cualquiera de los cónyuges.

Tampoco podría valer tras esta reforma, en principio, el argumento de que la cancelación de crédito hipotecario extinguido por pago no es un acto dispositivo, sino un acto de administración, y que, por eso, basta para cancelar, únicamente, un consentimiento —tal y como parece exigir el art. 178.5 RH—; pues, también hoy, se exige el consentimiento dual para los actos de cobro y administración de bienes o derechos gananciales. ¿Qué sentido tiene entonces este artículo?

Se trata, simplemente, de una excepción al principio de la gestión conjunta de la sociedad de gananciales, y, en concreto, a la necesidad de dos consentimientos para los actos de disposición y administración. Es un supuesto excepcional que sólo se entiende en la cancelación por pago de una hipoteca ganancial, y cuando el crédito garantizado esté constituido a favor de un sólo cónyuge. La excepción viene justificada por la agilidad y facilidad del tráfico, para hacer más sencilla la gestión de los bienes comunes, evitando el perjuicio que a veces puede ocasionar el tener que obtener un consentimiento más. Este artículo estaría en la misma línea que los artículos 1384 y 1385 del Código Civil que pretenden, precisamente, facilitar la gestión de la sociedad de gananciales, permitiendo hacer actos de administración y disposición por parte del cónyuge a cuyo nombre figuraran los bienes y derechos. En el caso contemplado, y por la conjugación del artículo 1385 del Código Civil, por el cual «los derechos de crédito, cualquiera que sea su naturaleza, serán ejercitados por aquel de los cónyuges a cuyo nombre aparezcan constituidos», y la accesoriedad de la hipoteca, podría también alegarse, que si se permite a un cónyuge ejercitar por sí solo

los derechos de crédito a cuyo nombre aparezcan constituidos, parece lógico —y siguiendo la línea jurisprudencial iniciada en los años sesenta—, que por la accesoriedad de la hipoteca, se le permitiera —también a él sólo—, su cancelación, al estar ya extinguida por pago la obligación que garantizaba. Así parece entender GÓMEZ GALLIGO (15) el artículo 178.5 RH, pues, para él, el hecho de que el cónyuge a cuyo nombre esté inscrito el crédito hipotecario ganancial, pueda cancelar por sí mismo, no es más que la consecuencia lógica «del principio general de que los derechos de crédito, cualquiera que sea su naturaleza, deben ser ejercitados por aquel de los cónyuges a cuyo nombre aparezcan constituidos (art. 1385 CC)». En este sentido se expresa con claridad DE LA CÁMARA (16), considerando que el ejercicio del derecho de crédito, presupone la reclamación judicial y la facultad de cobrarlo; «consecuentemente —continúa este autor— si el cónyuge a cuyo nombre está constituido el crédito puede percibir su importe, hecho que comporta no sólo la extinción del crédito en sí, sino también de las garantías que se hubieren constituido para garantizarlo y, por consiguiente, la extinción de la hipoteca si se trata de un crédito hipotecario, es lógico que la escritura de cancelación pueda ser otorgada unilateralmente por el cónyuge en cuestión». Además, como dice LACRUZ BERDEJO (17), el consentimiento dual no será necesario cuando la enajenación es obligada o forzosa, y en este caso, al pagarse el crédito y extinguirse, la hipoteca se extingue automáticamente, y parece obligado a cancelarla.

Por lo tanto, hay que contemplar este artículo como una excepción al principio del consentimiento dual y gestión conjunta que, por razones de agilidad y sencillez, hay que aplicarlo para el caso determinado que allí se describe. Como excepción que es, debe interpretarse restrictivamente, y sólo para el caso contemplado en el artículo 178.5 RH —cancelación por pago de hipoteca ganancial en garantía de un crédito constituido a nombre de un sólo cónyuge—. De manera que, como declara DE LA CÁMARA (18), no podrá cancelarse por uno sólo de los cónyuges la hipoteca ganancial en garantía de un crédito constituido a nombre de los dos, en cuyo caso se aplicará la regla general de gestión conjunta, y serán necesarios ambos consentimientos o la autorización judicial correspondiente.

Por último, quiero señalar que, además de tratarse de un supuesto excepcional, el artículo 178.5 RH puede ser la prueba de que no siempre la cancelación equivale a una enajenación, y, por consiguiente, no siempre se necesita para cancelar la capacidad necesaria para disponer, debido, precisamente, a

(15) Cfr. GÓMEZ GALLIGO, F. J., «La extinción del crédito hipotecario», *ob. cit.*, pág. 514.

(16) Cfr. DE LA CÁMARA, M., «La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad», *ob. cit.*, pág. 378.

(17) Cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. A., *Elementos de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia*, José M.^a Bosch, editor, Barcelona, 1997, pág. 330.

(18) Cfr. DE LA CÁMARA, M., «La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad», *ob. cit.*, págs. 381-382: «consecuentemente, si el crédito está constituido a nombre de ambos cónyuges, el pago hecho a uno de ellos no sería *prima facie* un pago válido salvo ratificación expresa o tácita del otro esposo; no basta, pues, que el marido o la mujer manifiesten que han cobrado, ni siquiera que declaren haberlo hecho los dos juntos si esa circunstancia no se justifica más que por medio de la propia declaración. Todo ello lleva a la conclusión de que si el marido y la mujer aparecen como acreedores, la escritura de cancelación deberá ser otorgada por ambos, por uno de ellos con el consentimiento del otro o con autorización judicial».

que el carácter dispositivo de la cancelación por pago es bastante dudoso (19). Es más, solamente si consideramos a la cancelación de hipoteca por pago del crédito que asegura, como un acto debido, se explica la excepción recogida en el artículo 178.5 RH. Pues, en efecto, el caso descrito en este artículo se justifica por la posibilidad excepcional de realizar actos de administración (cobro del crédito) por uno solo de los cónyuges, si los derechos o bienes se encuentran inscritos o constituidos a su nombre, lo que, combinado con el carácter accesorio de la hipoteca respecto al crédito o siguiendo la teoría de la unidad indisoluble entre ambos, hace posible la cancelación otorgada por uno sólo de los cónyuges, como un acto debido que es, para extinguir totalmente y frente a terceros ese crédito hipotecario. Al acreedor que ha cobrado y ha recibido el pago del deudor, no le queda más remedio que cancelar la inscripción, porque si no lo hiciera estaría produciendo un perjuicio al deudor; por eso está «obligado» a cancelar. Es decir, se está cancelando porque se está llevando a cabo un acto de administración especial, la extinción completa o total de un crédito hipotecario por pago.

Como conclusión, uno sólo de los cónyuges puede cancelar, de modo excepcional, la hipoteca ganancial cuando ésta se ha extinguido por pago del crédito garantizado, debido a la naturaleza de acto debido que tiene la cancelación en este caso concreto y por la agilidad en el tráfico, para hacer más sencilla la gestión de los bienes comunes —cuando estén a nombre de uno solo de los cónyuges—; siempre como excepción al principio de gestión conjunta de la actualidad. Así se explica que el artículo 178.5 RH no exija la capacidad de enajenar que, como regla general, es necesaria para consentir las cancelaciones.

IV. CONCLUSIONES

1. Aunque la cancelación negocial pueda considerarse *a priori* como un negocio dispositivo, porque así se deduce de sus exigencias de capacidad, hay que atender a la causa de dicho negocio para determinar su verdadera naturaleza dispositiva o no.
2. Independientemente de la naturaleza de la cancelación como acto dispositivo o no, sí se puede afirmar que la regla general con respecto a la capacidad de cancelación es la capacidad máxima o de disposición.
3. Por eso, para cancelar una hipoteca, es necesaria la capacidad y formalidades necesarias para realizar un acto dispositivo (art. 178 RH). Sin embargo, esta regla general tiene una excepción: cuando el crédito hipotecario se haya extinguido por pago de la obligación garantizada, bastará la capacidad de administrar, al ser la cancelación por pago un acto debido.
4. Para cancelar una hipoteca extinguida por pago es necesario el consentimiento de su titular —acreedor hipotecario—, tal y como establece el artículo 179 RH, pero nada se dice sobre cuál debe ser la capacidad que debe tener el acreedor para poder consentir a dicha cancelación.

(19) Cfr., a este respecto, el epígrafe VI.1.1.C.e. del presente trabajo, relativo al presunto carácter dispositivo del negocio cancelatorio.

5. El artículo 178.5 RH establece una excepción a la regla general sobre la capacidad para cancelar. La justificación del artículo 178.5 RH ya no está en ser una norma de Derecho Transitorio, como fue en su origen, pues las hipotecas pueden inscribirse, desde 1959, a nombre de ambos cónyuges, y ahora, tras la reforma del RH de 1982, se permite que sea cualquiera de los cónyuges —el que la tenga inscrita a su nombre—, el que cancele la inscripción, y no solo el marido.
6. Después de la reforma de 1981 del Código Civil, tampoco se puede justificar la excepción del artículo 178.5 RH, en la tesis de que la cancelación de crédito hipotecario extinguido por pago no es un acto dispositivo, sino un acto de administración, pues, también hoy, se exige el consentimiento dual para los actos de cobro y administración de bienes o derechos gananciales.
7. El sentido y justificación de este artículo 178.5 RH, se encuentra en ser una excepción al principio de la gestión conjunta de la sociedad de gananciales, y, en concreto, a la necesidad de dos consentimientos para los actos de disposición y administración. Es un supuesto excepcional que sólo se entiende en la cancelación por pago de una hipoteca ganancial, y cuando el crédito garantizado esté constituido a favor de un sólo cónyuge.
8. La excepción viene justificada por la agilidad y facilidad del tráfico, para hacer más sencilla la gestión de los bienes comunes, evitando el perjuicio que a veces puede ocasionar el tener que obtener un consentimiento más. Este artículo estaría en la misma línea que los artículos 1384 y 1385 del Código Civil, que pretenden, precisamente, facilitar la gestión de la sociedad de gananciales, permitiendo hacer actos de administración y disposición por parte del cónyuge a cuyo nombre figuraran los bienes y derechos.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- BORRACHERO, M.: «La mujer casada y las escrituras de cancelación de hipotecas», en *RCDI*, 1959, págs. 243-250.
- CHICO Y ORTIZ, J. M., y BONILLA ENCINA, J. F.: *Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral*, tomo I, Madrid, 1963.
- DE LA CÁMARA, M.: «La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, 1986, págs. 340-385.
- DE LA RICA MARITORENA, R.: «La cancelación registral», en *RCDI*, 1974, págs. 1287-1317.
- DE LA RICA Y ARENAL, R.: «La mujer casada y la cancelación de créditos hipotecarios gananciales», en *RCDI*, 1965, págs. 245-288.
- *Comentarios a la Reforma del Reglamento Hipotecario*, Madrid, 1959.
- *Libro Homenaje a don Ramón de la Rica y Arenal*, tomo II, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1976.
- GÓMEZ GALLIGO, F. J.: «La extinción del crédito hipotecario», en *BCEHC*, núm. 72, 1997, págs. 463-543.
- GONZÁLEZ ORDÓÑEZ, J. M.: *Apuntes de Derecho Hipotecario*, Centro de Estudios y Oposiciones, Madrid, 1953.
- LACAL, P.: «La presencia de la mujer casada en las escrituras de cancelación de hipotecas», en *RCDI*, 1959, págs. 39-41.

- LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. A.: *Elementos de Derecho Civil, III bis, Derecho Inmobiliario Registral*, Ed. Dykinson, Madrid, 2001.
- *Elementos de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia*, José M.^a Bosch, editor, Barcelona, 1997.
- ROCA SASTRE, R. M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho Hipotecario*, tomo III, Ed. Bosch, Barcelona, 1995.
- SANZ FERNÁNDEZ, A.: «Los bienes gananciales y el Registro de la Propiedad», en *Volumen Conmemorativo del Centenario de la Ley del Notariado*, Sección tercera, vol. I, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1964, págs. 267-396.
- *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1953.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

23 de febrero de 1966.
26 de octubre de 1964.
8 de junio de 1964.
3 de junio de 1964.
23 de mayo de 1964.
22 de junio de 1936.
24 de abril de 1936.
29 de mayo de 1935.
25 de octubre de 1932.
25 de abril de 1931.
27 de septiembre de 1924.
19 de julio de 1922.
20 de abril de 1909.
27 de abril de 1907.
3 de mayo de 1902.
15 de marzo de 1902.
31 de octubre de 1892.
24 de septiembre de 1891.
9 de octubre de 1880.
22 de septiembre de 1879.
29 de julio de 1878.
30 de agosto de 1876.
18 de noviembre de 1867.

RESUMEN

CANCELACION
HIPOTECA
SOCIEDAD DE GANANCIALES

La cancelación de un asiento en el Registro de la Propiedad a través de un negocio jurídico cancelatorio, exige siempre que el sujeto que consiente la cancelación tenga la capacidad de

ABSTRACT

CANCELLATION
MORTGAGE
COMMUNITY PROPERTY REGIME

Cancellation of a property registration entry through a juristic act of cancellation always requires the subject consenting to the cancellation to have the capability to act and the power of

obrar y facultad de disposición, pues la cancelación, tradicionalmente se ha considerado como un negocio de carácter dispositivo. Sin embargo, el artículo 178 RH establece alguna excepción a esta regla, ya que permite cancelar a sujetos que no tienen dicha facultad de disposición, o la tienen incompleta. Tal es el caso de la cancelación de una hipoteca de carácter ganancial, cancelada únicamente por uno de los cónyuges, cuando el principio de gestión conjunta que rige la sociedad de gananciales, exige que los actos de disposición se realicen con el consentimiento de ambos cónyuges (art. 1377 CC). Se analiza en este trabajo el porqué de esta excepción, cuál es su sentido y cuál ha sido la evolución histórico-legislativa del precepto, para poder interpretarlo, hoy en día, correctamente.

disposal, whereas cancellation has traditionally been regarded as being in the nature of an act of disposal. However, section 178 of the Mortgage Regulation establishes exceptions to this rule, because it permits individuals who have no such power of disposal or an incomplete power of disposal to cancel registration entries. Such an exception is made in the case of a mortgage taken under a community property regime and cancelled by only one of the spouses, even though the rule of joint management of community property demands that any acts of disposal be performed with the consent of both spouses (1377, Civil Code). This paper looks at why this exception is made, what its meaning is and what the historic and legislative evolution of the rule has been, so that it can be interpreted correctly today.

1.4. Sucesiones

MEMORIAS Y CÉDULAS TESTAMENTARIAS: REVISIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE EL TESTAMENTO OLÓGRAFO Y SUS REQUISITOS Y CARACTERÍSTICAS SEGÚN EL DERECHO COMÚN, FORAL CATALÁN Y NAVARRO

por

MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ

Profesora Contratada Doctora

del Departamento de Derecho Civil de la UNED

Secretaria IDADFE

SUMARIO: I. LAS MEMORIAS TESTAMENTARIAS Y LA GARANTÍA DE LA VOLUNTAD DEL CAUSANTE: SU ORIGEN CONSUETUDINARIO Y EL RÉGIMEN JURÍDICO COMÚN ESTABLECIDO POR EL CÓDIGO CIVIL: 1. EL ESTADO PREVIO A LA CODIFICACIÓN: ORIGEN CONSUETUDINARIO DE CÉDULAS O PAPELES PRIVADOS TESTAMENTARIOS Y PREVISIONES Y EXIGENCIAS MERAMENTE PROCEDIMENTALES DE LAS LEYES DE ENJUICIAMIENTO CIVIL PREVIAS AL CÓDIGO CIVIL. 2. EL RÉGIMEN DEL ARTÍCULO 672 Y LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA SEGUNDA DEL CÓDIGO CIVIL: LA TIPIFICACIÓN DE LAS MEMORIAS TESTAMENTARIAS. 3. SISTEMATIZACIÓN DE LOS CARACTERES Y REQUISITOS O PRESUPUESTOS DE LAS MEMORIAS TESTAMENTARIAS EN EL DERECHO COMÚN. 4. LAS MEMORIAS TESTAMENTARIAS Y SU PROTOCOLIZACIÓN Y ADVERSIÓN SEGÚN LA LEC DE 1855 Y LA DE 1881.—II. LAS MEMORIAS Y CÉDU-

LAS TESTAMENTARIAS EN EL DERECHO CIVIL FORAL NAVARRO Y CATALÁN: 1. LAS LEYES 196 Y 198 DEL FUERO NAVARRO: LA PRECEPTIVA AUTOGRAFÍA ÍNTEGRA DE LA MEMORIA TESTAMENTARIA. 2. EL OBJETO DE LAS MEMORIAS EN EL LIBRO CUARTO DEL CÓDIGO CIVIL CATALÁN: LA AMPLIACIÓN DEL PORCENTAJE DEL ACTIVO HEREDITARIO AL DIEZ POR CIENTO DEL CAUDAL RELICTO Y LA FIRMA ELECTRÓNICA. 3. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA, DE 7 DE ENERO DE 1993: NULIDAD DE DOCUMENTO AUTÓGRAFO POR FALTA DE CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DEL TESTAMENTO OLÓGRAFO E INEFICACIA COMO CODICILO. 4. LAS MEMORIAS COMO NEGOCIO *MORTIS CAUSA PER RELATIONEM*: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA CATALÁN, DE 16 DE ENERO DE 1995, Y LA INEFICACIA DE LAS MEMORIAS QUE EXCEDEN DE SU LÍMITE: MEMORIAS DISPOSITIVAS Y LAS ACLARATORIAS O INTERPRETATIVAS. 5. LA INNECESARIEDAD DE LA PROTOCOLIZACIÓN DE LAS MEMORIAS TESTAMENTARIAS SEGÚN EL DERECHO CIVIL FORAL CATALÁN: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA CATALÁN, DE 9 DE JUNIO DE 1997, Y EL DERECHO CIVIL CATALÁN COMO ORDENAMIENTO CERRADO Y COMPLETO.—III. MEMORIAS, CÉDULAS, TESTAMENTOS Y JURISPRUDENCIA: CUESTIONES SOBRE SU EFICACIA Y DELIMITACIÓN CONCEPTUAL SEGÚN EL DERECHO COMÚN: 1. LOS HEREDEROS FIDUCIARIOS COMO HEREDEROS INSTITUIDOS CON CLÁUSULA MODAL Y LA AUSENCIA, NO INVALIDANTE, DE LAS MEMORIAS ANUNCIADAS EN TESTAMENTO: SSTs DE 30 DE OCTUBRE DE 1944, 19 DE NOVIEMBRE DE 1897 Y 14 DE MARZO DE 1866. 2. LOS REQUISITOS DE LAS MEMORIAS TESTAMENTARIAS Y LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE OBLIGATORIEDAD DE LA ADVERACIÓN Y PROTOCOLIZACIÓN: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1956. 3. CONCRECIÓN JURISPRUDENCIAL DE LOS PERFILES DE LAS MEMORIAS Y CÉDULAS TESTAMENTARIAS: LAS SSTs DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2007 Y LA DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2009.—IV. REFLEXIONES CONCLUSIVAS: LA SOLEMNIDAD TESTAMENTARIA.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. LAS MEMORIAS TESTAMENTARIAS Y LA GARANTÍA DE LA VOLUNTAD DEL CAUSANTE: SU ORIGEN CONSUETUDINARIO Y EL RÉGIMEN JURÍDICO COMÚN ESTABLECIDO POR EL CÓDIGO CIVIL

1. EL ESTADO PREVIO A LA CODIFICACIÓN: ORIGEN CONSUETUDINARIO DE CÉDULAS O PAPELES PRIVADOS TESTAMENTARIOS Y PREVISIONES Y EXIGENCIAS MERAMENTE PROCEDIMENTALES DE LAS LEYES DE ENJUICIAMIENTO CIVIL PREVIAS AL CÓDIGO CIVIL

Estas memorias y cédulas testamentarias, cuyos antecedentes más inmediatos residen en su uso y práctica consuetudinaria, consisten en el acto de disposición de última voluntad por el que el otorgante, sin observar las solemnidades del testamento pero con mención a él, añade ciertas previsiones complementarias *mortis causa* (1).

(1) Vid. ESPÍN CÁNOVAS, «Comentario al artículo 672 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1690 a 1692; HERNÁNDEZ GIL, «Las memorias testamentarias y el testamento ológrafo», en *Obras completas*, 4, Madrid, 1989, págs. 789 a 800, y «La institución por partes iguales. La desigualdad de las adjudicaciones y el valor de las memorias testamentarias en Navarra», en *Obras completas*, 4, Madrid, 1989, págs. 801 a 814, y ALBALADEJO GARCÍA, «Comentario del artículo 672», en *Comentarios al Código Civil*, Tomo IX, Vol. 1 A, Edersa, Madrid, 1990.

No exentas de críticas, dada la inseguridad sobre la auténtica voluntad del causante, la mejor doctrina de la época señalaba sus múltiples riesgos y reclamaba mayores garantías para su evacuación.

De este modo advertía que «las leyes guardan silencio sobre las memorias testamentarias, que sin embargo se hallan autorizados por una larga y antigua práctica. La Ley de Enjuiciamiento ha venido también a confirmar su validez al establecer en algunos de sus artículos el modo de verificar su protocolización, y varias sentencias del Tribunal Supremo de Justicia en recursos de nulidad las han reconocido igualmente (2). Las memorias testamentarias consisten en un papel, sin distinción de sellado o no, en que el testador consigna varias de sus disposiciones, y aun expresa el nombre del heredero instituido en el testamento; pero es preciso que en éste se haga referencia a la memoria: requisito tan esencial que su omisión produciría la nulidad de ella. Es también absolutamente indispensable que conste la autenticidad de la memoria o cédula, para cuyo efecto habrá de reunir todas las señales y circunstancias designadas en su testamento por el testador. Este modo de disponer de sus cosas, opuesto abiertamente al espíritu y letra de nuestra legislación antigua, es bastante arriesgado y está muy sujeto a fraudes, por lo cual veríamos con gusto establecida su derogación» (3).

Teniendo presente dicha aspiración sobre la seguridad jurídica que ha de presidir un acto de tanta trascendencia sucesoria, fue incorporada su adopción y protocolización en la Ley riuaria de 1855, así como en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, ambas previas, por cierto, a la aprobación del Derecho Sustantivo (4).

(2) Con cita de las SSTs de 17 de mayo de 1858 y de 28 de enero de 1862.

(3) GÓMEZ DE LA SERNA y Manuel MONTALVÁN, *Elementos del Derecho Civil y Penal de España*, tomo segundo, Madrid, 1865, 7.^a ed., págs. 12 y 13.

(4) 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. No presentando dichos documentos, dictará el Juez providencia mandando que se traigan a los autos. Artículo 1970. A continuación del escrito se extenderá por el actuario diligencia suficientemente expresiva del estado en que se halle la memoria y de las circunstancias por las que pueda juzgarse de su identidad con la indicada en el testamento. Firmará esta diligencia el que presente la memoria; y si no supiere o no quisiere firmar, se hará lo que queda dispuesto en el párrafo 2 del artículo 1958. En seguida se extenderá por el actuario testimonio de la cláusula o cláusulas del testamento exhibido que se refieran a la memoria, devolviéndoselo al que lo exhiba, quien firmará su recibo. Artículo 1971. El Juez dictará providencia mandando que se proceda a la lectura de la memoria y confrontación de sus señales con las expresadas en el testamento, fijando el día y hora en que habrá de practicarse esta diligencia. Los interesados en el testamento podrán concurrir a ella, a cuyo efecto se les instruirá de dicho señalamiento con la prevención de que su falta de asistencia no impedirá la celebración del acto ni será motivo para su nulidad, cualquiera que sea la causa que se alegue. Artículo 1972. Si la memoria estuviere contenida dentro de un pliego cerrado, procederá al Juez a su apertura y lectura en secreto, y no encontrando disposición del testador en que ordene que no se publique alguna cláusula hasta día o época determinada, la entregará al actuario para que la lea en voz alta. Si contuviere dicha disposición, se omitirá la lectura de las cláusulas a que se refiera, y no se podrá dar testimonio de ellas quedando cerrada y archivada la memoria hasta que llegue el día o época determinados por el testador. Artículo 1973. Acto continuo se procederá a la información

Por tanto, el alcance que ha de atribuirse a su incorporación a las normas procedimentales no es otro que su mera concreción ritual. En este mismo sentido se pronunciaba la doctrina de la época que decía: «la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuya misión no podía ser la de introducir un nuevo derecho, ni la de modificar, ni siquiera la de aclarar el existente, no hizo más que determinar la clase de procedimiento que tenía que emplearse con las memorias testamentarias si fuesen encontradas o presentadas. Ni las aprobó, ni las condenó doctrinalmente» (5).

En definitiva, siendo un hecho consumado la existencia de las Memorias testamentarias aquellas normas, sin extralimitación de sus competencias, se limitaron a diseñar los requisitos procedimentales para su reconocimiento.

2. EL RÉGIMEN DEL ARTÍCULO 672 Y LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA SEGUNDA DEL CÓDIGO CIVIL: LA TIPIFICACIÓN DE LAS MEMORIAS TESTAMENTARIAS

Al margen de los proyectos codificadores y teniendo a la vista la referencia hecha por el de 1851, la reglamentación que hace el Código Civil sobre las memorias testamentarias, se integra en el Libro III, *De los diferentes modos de adquirir la propiedad*; Título III, *De las sucesiones*; Capítulo I, *De los testamentos*; Sección segunda, *De los testamentos en general*, habiendo sido mantenidos sus términos hasta la presente fecha.

El artículo 672 dispone: «Toda disposición que sobre institución de heredero, mandas o legados haga el testador, refiriéndose a cédulas o papeles pri-

y examen de las señales requeridas en el testamento para que deba tenerse como legítima la memoria, con las halladas en ésta. De esta diligencia se extenderá la oportuna acta, que firmarán el Juez y los demás concurrentes interesados. Artículo 1974. Resultando del expediente que la memoria reúne las condiciones exigidas por el testador para que se la considere auténtica, se dictara auto mandando protocolizarla, sin perjuicio del derecho de los interesados para impugnarla en el juicio correspondiente. Artículo 1975. La protocolización se hará en los registros del Notario que autorizó el testamento, y juntamente con éste. Si esta circunstancia no fuere posible, se pondrá por el Notario en el registro del testamento, nota marginal expresiva de la existencia de la memoria y del libro y folio en que se halle protocolizada. Artículo 1976. Cuando el testador haga referencia a alguna memoria escrita de su puño y letra, o sólo firmada por él, sin mencionar ninguna otra señal especial que la identifique, presentada que sea acompañada de los documentos expresados en el artículo 1969, el Juez mandará que sea reconocida por tres testigos que conocieran perfectamente la letra del testador, pudiendo también designar a parientes que no hayan sido favorecidos por dicha memoria. Los testigos o parientes declararán, bajo juramento, que no abrigan duda racional de que el citado documento está escrito por el testador, y si estuviere sólo firmado, que es suya la firma y rúbrica. Artículo 1977. Si además lo creyere el Juez conveniente, podrá confrontar, asistido por dos peritos, la letra, firma y rúbrica de la memoria, con otra indubitada del testador que obre en cualquier documento público u oficina del Estado. Artículo 1978. Resultando auténtica la memoria, el Juez mandará protocolizarla en la forma establecida en el artículo 1974. Artículo 1979. Cuando la presentación de la memoria tuviere lugar estando pendientes las diligencias para elevar a escritura el testamento otorgado de palabra, o para su apertura siendo cerrado, se unirá la memoria a dicho expediente, y en él se practicarán las diligencias que quedan expresadas para su protocolización.

(5) BARRIO, *Discurso leído en la Universidad Central. ¿Las memorias testamentarias son contrarias al espíritu y recto sentido de las leyes? Y una vez admitidas, ¿qué cosas pueden dejarse en ellas?*, Madrid, 1867, págs. 26 y 27.

vados que después de su muerte aparezcan en su domicilio o fuera de él, será nula si en las cédulas o papeles no concurren los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo» (6).

De su lectura se deduce que el precepto establece el régimen jurídico completo —con reenvío incluido al testamento ológrafo— en cuanto a sus requisitos y presupuestos de eficacia. Por tanto, las memorias son investidas de certeza normativa con la finalidad de que puedan desplegar la totalidad de sus efectos, una vez revisado el cumplimiento de los presupuestos imperativos para su validez. A mayor abundamiento, no olvida el nuevo texto codificado las cuestiones que podría suscitar la exigibilidad de dichas previsiones y, de este modo, se fija la irretroactividad de las nuevas exigencias para aquellas memorias testamentarias ya redactadas en el momento de la entrada en vigor del texto codificado. En todo caso, no se obvia ni deroga el régimen procedimental preexistente y del que se ha hecho referencia en líneas anteriores.

Los términos precisos de la *Disposición Transitoria segunda* establecen que: «Los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma, con las limitaciones establecidas en estas reglas. En su consecuencia, serán válidos los testamentos aunque sean mancomunados, los poderes para testar y las *memorias testamentarias* que se hubiesen otorgado o escrito antes de regir el Código, y producirán su efecto las cláusulas *ad cautelam*, los fideicomisos para aplicar los bienes según instrucciones reservadas del testador, y cualesquiera otros actos permitidos por la legislación precedente; pero la revocación o modificación de estos actos o de cualquiera de las cláusulas contenidas en ellos no podrá verificarse, después de regir el Código, sino testando con arreglo al mismo».

Por tanto, como acertadamente subraya la mejor doctrina, en cuanto atañe a la materia sucesoria esta Disposición: «lo que salva no son los eventuales derechos de los favorecidos con el testamento, sino el negocio jurídico mismo, otorgado según la legislación anterior, y por ello salva la validez de ciertos testamentos o negocios testamentarios que serían nulos según el Código Civil (...) Pero en consonancia con el principio general de esta disposición, su último inciso establece la sujeción al nuevo régimen de los testamentos que revocaran o modificaron los anteriores» (7).

(6) Vid., sobre el contenido de este precepto, 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. En cuanto a los requisitos específicos del testamento ológrafo, vid., ROCA SASTRE, *Derecho de Sucesiones, I*, Barcelona, 1995, 2.^a ed., pág. 163 y sigs. Y, por su parte, el artículo 688 especifica que: «El testamento ológrafo sólo 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 contuviese palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, las salvará el testador bajo su firma. Los extranjeros podrán otorgar testamento ológrafo en su propio idioma».

(7) REGLERO CAMPOS y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentarios a las Disposiciones Transitorias», en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), Aranzadi-Thompson, Madrid, 2009, 3.^a ed., pág. 2252.

3. SISTEMATIZACIÓN DE LOS CARACTERES Y REQUISITOS O PRESUPUESTOS DE LAS MEMORIAS TESTAMENTARIAS EN EL DERECHO COMÚN

De modo que a tenor del artículo 672 y de los requisitos exigidos mediante el reenvío al ológrafo del 688, sumados a los caracteres ordinarios del testamento, sus presupuestos serían los siguientes:

- 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 (8).

En cuanto a los requisitos o presupuestos necesarios de las cédulas o memorias testamentarias y para que desplieguen plena eficacia como disposición *mortis causa*, podemos señalar, atendiendo el tiempo, la pluralidad, el sujeto y el objeto, así como la forma:

1. De carácter subjetivo: como excepción al régimen ordinario, para evacuar válidamente las memorias resulta necesario ostentar la ma-

(8) La sentencia de la Audiencia Provincial de Orense, de 27 de mayo de 2003, desestima el recurso de apelación y confirma la sentencia de instancia en tanto en cuanto declara no haber lugar a la reclamación de cantidad por la que el oficial de la Notaría pretendía obtener una retribución de los servicios prestados, según los términos de una supuesta memoria testamentaria. Por tanto, «la resolución de la cuestión litigiosa pasa por un detenido análisis de la cláusula sexta del testamento al que se aludió en el fundamento anterior. Esa cláusula señala expresamente que “nombra albacea, comisario, contador-partidor, a don Raúl A. R., mayor de edad, casado, Oficial de la Notaría, vecino de esta villa, dándole para el desempeño de su cometido el plazo de un año, contado desde que fuere requerido para ello. Le faculta especialmente para hacer entrega de legados, hacer inventario y cumplir en todo momento lo dispuesto por la testadora, encareciéndole asesore en todo lo posible —como lo viene haciendo hasta la fecha— a la heredera, en cuestiones de venta total o parcial de los bienes de la disponente. Será retribuido tal y como consta en un documento que presentará una vez ocurrido el fallecimiento de la testadora”. El documento al que se pretende anudar la cláusula anterior es el contenido al folio 4 de los autos, en el que explícitamente se contiene que una vez ocurrido el fallecimiento de la testadora, al término de seis meses, o antes si puede ser y con cargo a la herencia de ésta, se impone la obligación de entregar la suma de cinco millones de pesetas al contador partidor de la propia herencia, a la sazón el demandante, en prueba de los servicios que viene prestando y que confía en que seguirá haciendo, así como por el gran afecto que le tuvo tanto la testadora como el difunto esposo de ésta». En una encomiable tarea de recopilación de doctrina y jurisprudencia, el Ponente desestima la petición ya que, «así las cosas, resulta absolutamente indiferente que el contenido del escrito privado por el que se asigna al demandante la suma de cinco millones de pesetas, sea un legado o una carga modal impuesta al heredero por cuanto bien se trate de un supuesto o del otro se está en cualquiera de los presupuestos fácticos del artículo 672, legado o institución, modal en este caso. No es cierto, como sostiene el recurrente (folio 2171), que el establecimiento de una carga modal no se sujete a las prescripciones del artículo 672. La carga modal supone una alteración de la institución, una clase de institución que se encuadra perfectamente en el propio enunciado del artículo 672 del Código Civil, sin que el propio precepto, a la vista de los antecedentes históricos que informaron su génesis y el sistema del propio Código Civil en cuanto a las formalidades de las disposiciones *mortis causa*, admita otra interpretación que la de la máxima exigencia de la forma del testamento ológrafo para cualquier disposición *mortis causa*, de conformidad con el precepto anterior».

yoría de edad (9), para el debido concurso de la voluntad testamentaria (10).

2. De carácter objetivo: las memorias pueden contemplar la institución de heredero, mandas o legados, así como otra disposición *mortis causa* (11).
3. De carácter formal: se requiere la autografía completa del testador, la incorporación del año, mes y día del otorgamiento y la firma del testador. Adicionalmente su existencia ha de haber sido aludida expresamente en un testamento vigente y no revocado (12).
4. De carácter ritual: para que despliegue eficacia como disposición *mortis causa*, se requiere su adveración o comprobación judicial de la

(9) Sobre las cuestiones de relativas a la presencia o no de capacidad natural en el supuesto de personas mayores, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 22 de enero de 2004, ventila un asunto sobre el testador al que se le ha diagnosticado una enfermedad neurológica. En la resolución con cita de la abultada jurisprudencia común aplicable al Derecho Foral, concreta que ha de determinarse atendiendo al grado de afectación concreto de sus capacidades volitivas y cognoscitivas, no apreciando ausencia de capacidad natural para entender el hecho de la realización de testamento: «Que la aseveración notarial respecto de la capacidad de testamentifacción del otorgante, puesta de relieve en el caso de autos adquiere, dada la seriedad y prestigio de la institución notarial, una especial relevancia de certidumbre, constituyendo una enérgica presunción *iuris tantum* de aptitud que sólo puede ser destruida mediante una evidente y completa prueba en contrario (SSTS de 8 de mayo de 1922, 23 de febrero de 1944, 25 de marzo de 1952, 16 de abril de 1959, 7 de febrero de 1967 y 21 de junio de 1968). Tal doctrina es aplicable en Cataluña con arreglo a lo que disponen los artículos 125 y siguientes del Codi de Successions por causa de muerte en el Derecho Civil de Catalunya, que regulan la nulidad, revocación y otras causas de ineficacia de los testamentos, codicilos y memorias testamentarias, añadiendo el artículo 104 que son incapaces para testar los que no tienen capacidad natural en el momento del otorgamiento; precepto que al igual que el artículo 663 del Código Civil ante toda referencia a la declaración judicial de incapacidad, debiendo valorarse tal aptitud e idoneidad para testar al margen de toda declaración judicial sobre la capacidad de la persona. El Tribunal Supremo ha declarado asimismo que la aseveración notarial de capacidad de testador constituye una presunción *iuris tantum*, así como que la capacidad se presume, debiendo acreditarse su ausencia de un modo completo y evidente, sentencias del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1987, 18 de marzo de 1988 y 27 de enero de 1998».

(10) Así lo ratifica ALBALADEJO GARCÍA, *Comentario del artículo 672*, cit. Por otra parte, cabe la posibilidad de que el testador las redacte siendo menor de edad y después verifique válido testamento en que se incorpore la mención a dicha memoria, sanando, a mi juicio, la falta de plena capacidad de obrar.

(11) Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de febrero de 1984, niega el carácter de acto de última voluntad a la conformidad o aceptación de la esposa a unas notas testamentarias redactadas por su marido y dice que: «en cuanto tal aceptación-declaración de voluntad está destinada a producir efectos después de la muerte de su esposo, no después de su propio fallecimiento, lo que impide se le pueda considerar como acto *mortis causa*, y c) porque además de lo expuesto, y como se ha dicho anteriormente, la referida aceptación o conformidad de la esposa a la distribución de bienes que su esposo hace en tales notas, se realiza en acto separado, independiente y posterior aunque lo sea a continuación de ellas, y por tanto, y cualesquiera que sean sus efectos, en ningún caso podrían calificárseles de disposiciones testamentarias mancomunadas». Por tanto, dichas notas o memorias carecen del contenido de un acto de última disposición.

(12) Es la causa de que este acto sea accesorio de la disposición testamentaria principal y siga su suerte.

identidad de la letra y firma del causante, así como la protocolización posterior a la adveración, en los registros notariales.

5. De carácter temporal: puede ser redactada antes o después del testamento en que se mencionan.
 6. De carácter singular o plural: el otorgante puede redactar una o varias memorias siempre y cuando se rodeen de los requisitos de obligado cumplimiento (13).
4. LAS MEMORIAS TESTAMENTARIAS Y SU PROTOCOLIZACIÓN Y ADVERACIÓN SEGÚN LA LEC DE 1855 Y LA DE 1881

Discutida es la naturaleza de las memorias como testamento *per relationem*, argumento útil para que quienes califican a estas disposiciones como testamento ológrafo complementario de otro (14) exijan idénticos requisitos que dicho testamento de puño y letra, referidos a su adveración y protocolización, como para lo contrario (15).

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 memorias válidas como testamento ológrafo exigen como éste su protocolización conforme a la LEC» (16).

En todo caso HERNÁNDEZ GIL, con la doctrina más clásica en la materia, 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

(13) Criticaba, por insegura, esta posibilidad GÓMEZ DE LA SERNA, si bien la doctrina jurisprudencial que la contempló es previa a la tipificación institucional del Código. Dice la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de enero de 1862, que «aunque el testador hable en su testamento de una sola memoria, y se halle mayor número, se podrán todas considerar como una misma y continuación de la primera, cuando así aparezca de su contexto, haya entre ellas conexión y enlace, de los sucesos ocurridos resulten necesarias las posteriores, y sea una misma la forma de su redacción» (*op. y loc. cit.*).

(14) Vid., ROCA SASTRE, *op. y loc. cit.*

(15) Discutidos son, como decimos, los aspectos referidos a la necesidad o no de la protocolización. En el sentido contrario a que resulte ésta un requisito de las memorias, se pronuncian Díez-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 jurisprudencial de que las memorias han de protocolizarse como el testamento ológrafo (sentencias de 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).

(16) ESPÍN CÁNOVAS, «Comentario al artículo 672 del Código Civil», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Díez-Picazo y PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ, SALVADOR CODERCH (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1691.

incluso llamarse la atención sobre la coincidencia literal de la palabra “requisito” en los artículos 672 y 689» (17).

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, por lo que parece que lo más ajustado al sentido del artículo 672 del Código Civil, es el cumplimiento de ese presupuesto procesal, en el entendido de que es necesario 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 testamentarias. Así y en cuanto a las Disposiciones aplicables a codicilos y memorias testamentarias, 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» (18).

Por fin y en tanto no se materialice un nuevo cuerpo legislativo sobre jurisdicción voluntaria, vigente como sigue en la materia la antigua LEC de 1881, el precepto básico a estos efectos es el transcrito 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».

II. LAS MEMORIAS Y CÉDULAS TESTAMENTARIAS EN EL DERECHO CIVIL FORAL NAVARRO Y CATALÁN

1. LAS LEYES 196 Y 198 DEL FUERO NAVARRO: LA PRECEPTIVA AUTOGRAFÍA ÍNTEGRA DE LA MEMORIA TESTAMENTARIA

El Derecho Civil Foral navarro, en el Libro Segundo, *Sobre el testamento y sus diversas formas*, regula el Capítulo IV, *De las memorias testamentarias*. Dice la Ley 196 sobre su *concepto*: «Pueden otorgarse memorias testamentarias como rectificación o complemento de un testamento anterior, siempre que el testador o testadores se hubieren reservado la facultad de otorgarlas, determinando, a la vez, los lemas, signos u otros requisitos que habrán de contener para su eficacia».

En cuanto a su *Forma*: «Deberán estar firmadas en todas sus hojas por el testador o testadores y llevar los lemas o signos y cumplir los demás requisitos

(17) HERNÁNDEZ GIL, «Las memorias testamentarias y el testamento ológrafo», en *Obras completas*, 4, Madrid, 1989, pág. 799.

(18) ROCA SASTRE, *Derecho de Sucesiones*, I, Barcelona, 1995, 2.^a ed., pág. 233.

prevenidos en el testamento. También pueden otorgarse estas memorias como complemento de cualquier otro acto de última voluntad» (19).

Sigue la Ley 197, «*Contenido*. Se aplicará a las memorias lo establecido para los codicilos en la ley 195» (20). En cuanto a la *adveración y protocolización*, dice la Ley 198 que: «Dentro del plazo de cinco años, a contar de la fecha del fallecimiento del testador, las memorias testamentarias deberán presentarse para su abonamiento o adveración y protocolización, sin cuyo requisito quedarán ineficaces. En las otorgadas conjuntamente por dos o más personas, el plazo se contará a partir del fallecimiento de la última de éstas, a no ser que se ordenare otra cosa en el testamento o en la propia memoria. Para la protocolización habrán de cumplirse los trámites establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si las memorias hubieran sido otorgadas en el extranjero, las diligencias de protocolización podrán también practicarse ante Cónsul o Vicecónsul de España» (21).

En este sentido, la Audiencia Provincial de Pamplona, de 14 de abril de 2008, reitera 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 *ánimus 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».

En su virtud, la nulidad del alegado testamento ológrafo también produce la nulidad radical de las memorias testamentarias por lo que, en el caso de autos,

(19) Vid., NAGORE YÁRNOZ, «Comentarios a la Sección: Capítulo segundo, *De las formas del testamento*», Tomo XXXVII-1.º *Leyes 148 a 252 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra*, Edersa, Madrid, 1998.

(20) Ley 195. *Contenido*. Los codicilos podrán contener cualesquiera disposiciones de última voluntad, excepto la institución de heredero, las sustituciones hereditarias, modificaciones de una y otras, desheredaciones y la institución en la legítima foral.

(21) Vid., sobre la materia, HERNÁNDEZ GIL, «La institución por partes iguales. La desigualdad de las adjudicaciones y el valor de las memorias testamentarias en Navarra», en *Obras completas*, 4, Madrid, 1989, págs. 801 a 814.

procede la apertura de la sucesión intestada. En este último sentido también se pronuncia el Auto de la Audiencia Provincial de Pamplona, de 18 de abril de 2000, por lo que inexistente el testamento de hermandad donde se remitían a las memorias, no es posible su protocolización.

2. EL OBJETO DE LAS MEMORIAS EN EL LIBRO CUARTO DEL CÓDIGO CIVIL CATALÁN: LA AMPLIACIÓN DEL PORCENTAJE DEL ACTIVO HEREDITARIO AL DIEZ POR CIENTO DEL CAUDAL RELICTO Y LA FIRMA ELECTRÓNICA

La reforma y la nueva codificación catalana ha incluido ciertas novedades en la materia, suavizando los rigores en cuanto al importe máximo de su objeto. Así y como la Exposición de Motivos de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro cuarto de Sucesiones, anticipa: «en cuanto al contenido de los actos sucesorios, se flexibiliza, ampliándolo, el objeto de las memorias, que pueden contener disposiciones que no excedan del diez por ciento del activo hereditario, en vez del cinco por ciento que establecía el artículo 123 del Código de Sucesiones» (22).

En particular su Título II, *La sucesión testada*. Capítulo I, *Los testamentos, codicilos y memorias testamentarias*. Sección 1.^a, *Disposiciones generales*, y Sección 4.^a, *Los codicilos y las memorias testamentarias*. Artículo 421.20. Codicilo. «1. En codicilo, el otorgante dispone de los bienes que se ha reservado para testar en heredamiento, adiciona alguna cosa al testamento, lo reforma parcialmente o, si falta éste, dicta disposiciones sucesorias a cargo de sus herederos *ab intestato*. 2. En codicilo no se puede instituir o excluir ningún heredero ni revocar la institución otorgada anteriormente. Tampoco puede nombrarse albacea universal, ni ordenar sustituciones o condiciones, salvo que se impongan a los legatarios. 3. Los codicilos deben otorgarse con las mismas solemnidades externas que los testamentos».

El artículo 421.21 se ocupa en los siguientes términos de las memorias testamentarias: «1. Las memorias testamentarias *firmadas por el testador en todas las hojas o, si procede, por medio de una firma electrónica reconocida* y que aluden a un testamento anterior (23) valen como codicilo, sea cual sea su forma,

(22) ROCA TRIAS, «Sección: Sección cuarta, *De la preterición y la inoficiosidad*», Tomo XXVIII, Vol. 2.º *Artículo 122 a 161 de la Compilación de Cataluña*, Edersa, y NAGORE YÁRNOZ, «Comentarios a la Sección: Capítulo segundo, *De las formas del testamento*», Tomo XXXVII-1.º *Leyes 148 a 252 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra*, Edersa, Madrid, 1998.

(23) 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 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 ar-

si se demuestra o se reconoce en cualquier tiempo su autenticidad y cumplen, si procede, los requisitos formales que el testador exige en su testamento. 2. En las memorias testamentarias, solo pueden ordenarse disposiciones que no excedan del diez por ciento del caudal relicto y que se refieran a dinero, objetos personales, joyas, ropa y menaje de casa (24) o a obligaciones de importancia moderada a cargo de los herederos o legatarios. 3. En las memorias testamentarias pueden adoptarse previsiones sobre la donación de los propios órganos o del cuerpo y sobre la incineración o la forma de entierro» (25).

De dicha regulación se desprende que se trata de «una especie de codicilos de rango inferior, tanto en su contenido como en su forma» (26).

En cuanto al artículo 421.22, determina la aplicación supletoria de las reglas de los testamentos: «Se aplican a los codicilos y a las memorias testamentarias, en la medida en que lo permita su naturaleza, las disposiciones de los testamentos, incluidas las relativas a su nulidad e ineficacia». Y el artículo 421.23 sobre designación de beneficiarios de seguros de vida, dice: «La designación y modificación de beneficiarios de seguros de vida, de planes de pensiones y de instrumentos de ahorro y previsión análogos pueden hacerse en testamento o en codicilo, además de por los medios que establecen el contrato correspondiente o la legislación específica. La designación se puede modificar o revocar con otro testamento o codicilo o por cualquier otro medio admitido por el contrato o la Ley» (27).

título 672 del Código Civil, cuanto se ha dicho en relación con aquél, 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».

(24) Por su parte, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 6 de marzo de 2008, sobre la previsión contenida en el antiguo artículo 123.2 del Código de Sucesiones, aplicable su doctrina a todos los efectos, dado el tenor de la nueva normativa, aclara que la validez de esta disposición dependerá, a su vez, de que no exista mejor derecho, así, «se contempla la posibilidad de que el causante disponga, entre otros objetos, de la *roba i parament de la casa* por medio de memorias testamentarias, ya que la validez de esta disposición se encuentra condicionada, en todo caso, a la inexistencia de cónyuge superviviente con derecho de predetracción o a que se refiera a los objetos del ajuar excluidos de dicho derecho».

(25) La derogada Ley 40/1991, de 30 de diciembre del Código de Sucesiones por causa de muerte de Cataluña, decía sobre los requisitos de validez de las memorias testamentarias como codicilo. *Contenido de las memorias testamentarias*: Artículo 123. Las memorias testamentarias firmadas en todas sus hojas por el testador y que aludan a un testamento anterior valdrán como codicilo, cualquiera que sea su forma, siempre que se demuestre o reconozca en cualquier tiempo su autenticidad y reúnan, en su caso, los requisitos formales exigidos por el testador en su testamento. No obstante, en las memorias testamentarias sólo podrán ordenarse disposiciones referentes a dinero que no exceda de la vigésima parte del caudal relicto, a objetos personales, joyas, ropa y ajuar doméstico y a obligaciones de moderada importancia a cargo de los herederos o legatarios. En memoria testamentaria también podrá disponerse sobre la donación de los propios órganos o de los restos mortales, incineración o forma de entierro. En cuanto a las Disposiciones aplicables a codicilos y memorias testamentarias, el artículo 124 concretaba que: «Se aplicarán a los codicilos y a las memorias testamentarias las disposiciones de los testamentos».

(26) ROCA SASTRE, *Derecho de Sucesiones, I*, Barcelona, 1995, 2.ª ed., pág. 232.

(27) MEZQUITA GARCÍA-GRANERO ilustra los elementos básicos más destacables de la reforma y con buen criterio aprecia que: «Se mantiene el perfil básico de la figura,

3. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA, DE 7 DE ENERO DE 1993: NULIDAD DE DOCUMENTO AUTÓGRAFO POR FALTA DE CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DEL TESTAMENTO OLÓGRAFO E INEFICACIA COMO CODICILO

Por su parte, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia catalán, de 7 de enero de 1993, sobre 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 (28).

trasunto moderno de las llamadas *schedulae testamentariae* surgidas en el Medievo por vía consuetudinaria y que hoy son una forma escasamente utilizada de complemento a una disposición *mortis causa* anterior. Sus características básicas son su carácter aformal, los potentes límites a su contenido y la necesidad de que aludan a un testamento o heredamiento anterior, esto último si el heredamiento hace la reserva expresa que prevé el artículo 431-22. Centrándonos en las novedades de su regulación actual, destacaremos lo siguiente: a) Formalmente su característica sigue siendo precisamente su carácter aformal, sin perjuicio de las cláusulas *ad cautelam* que pueda contener el testamento sobre este punto y que deberán entonces cumplirse estrictamente para la validez de las memorias. La novedad aquí es el reconocimiento de las memorias firmadas por medio de firma electrónica reconocida. Sobre esta posibilidad para las memorias testamentarias entiendo que la nueva norma merece crítica por haberse asimilado de manera un tanto simple al supuesto antes tratado para el testamento cerrado, cuando hay una diferencia esencial. En las memorias, redacción y otorgamiento son lo mismo. En el testamento cerrado, el acto que le confiere la condición de tal es la autorización notarial. En ambos casos, la utilización de la firma electrónica reconocida plantea toda la problemática derivada del hecho de que el uso de dicha firma no garantiza la autoría real, sólo la legal por imputación de la ley. La clave con la que se ha suscrito el archivo es, efectivamente, la del sujeto X, pero ello no garantiza en absoluto que X fue justamente el que usó la firma, ni que lo hizo voluntaria, consciente y libremente. La simplificación, abaratamiento y agilización del tráfico que puede aconsejar la equiparación de la firma electrónica con la manuscrita en ciertos negocios *inter vivos*, asumiendo como coste subyacente un posible crecimiento de la litigiosidad, justifica quizá que la ley resuelva los casos de utilización fraudulenta o los supuestos de dolo, error o intimidación acudiendo al principio de responsabilidad objetiva o incluso a la doctrina de la *culpa in vigilando* para mantener el vínculo contractual en caso de fraude. Pero tales argumentos no son válidos en sede de negocios *mortis causa*, donde lo principal no es la protección de los intereses o expectativas generados a una contraparte o a un tercero de buena fe, sino la protección de la libre soberana voluntad del testador. En el caso del testamento cerrado, al menos el testador afirmará expresamente ante notario, quien indagará sus condiciones intelectivas y volitivas, que aquello que presenta es un testamento suyo. En el caso de las memorias testamentarias está sencillamente indefenso, tal y como quedan reguladas, ante un uso fraudulento de su firma electrónica. b) Sustantivamente se incrementa desde el 5 al 10% el porcentaje del caudal relicto del que puede disponerse mediante las memorias, pero junto con el límite se modifica la forma de computación de ese límite. En efecto, la redacción del artículo 123 CSC parecía referir el límite anterior del 5% sólo a las disposiciones de dinero, dando a entender que, aparte, podía disponerse de objetos personales, joyas, ropas y ajuar. La redacción era desafortunada porque no definía qué hay que entender por objetos personales, de un lado, cuando puede haberlos muy valiosos como un mueble o un coche antiguo, por ejemplo. Y, de otro, permitía disponer de joyas sin limitación. La actual redacción deja claro que el límite del 10% es conjunto y que debe computarse el valor de todo lo dispuesto, parece que incluso si se hace a través de obligaciones impuestas a herederos o legatarios» («El testamento en el nuevo libro IV del Código Civil de Cataluña», en *XV Jornadas de Derecho Civil catalán*, 2008).

(28) Y consta defendido, por cierto, por el reconocido abogado PINTÓ RUIZ.

En primera instancia, por el contrario, no sólo se desestima la totalidad de las pretensiones del demandante, sino que se aprecia la reconventional 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 X, meses más tarde, don 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, entre renglones y añadidos, ninguno de los cuales aparece salvado».

Se aprecia la 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 sólo 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 pequeñas 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.

4. LAS MEMORIAS COMO NEGOCIO *MORTIS CAUSA PER RELATIONEM*: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA CATALÁN, DE 16 DE ENERO DE 1995, Y LA INEFICACIA DE LAS MEMORIAS QUE EXCEDEN DE SU LÍMITE: MEMORIAS DISPOSITIVAS Y LAS ACLARATORIAS O INTERPRETATIVAS

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia catalán, de 16 de enero de 1995, que desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de los autos de juicio declarativo de menor cuantía sobre nulidad de cierta memoria testamentaria. El recurso de casación fue interpuesto por la demandada defendida por PINTÓ RUIZ, siendo la demandada y ahora recurrente, segunda esposa del pintor causante, beneficiaria de la memoria testamentaria cuya nulidad se declaró en primera y segunda instancia, desestimándose el recurso de casación interpuesto.

Resulta ineficaz por contravenir una norma imperativa, en lo que a la cuantía y límite de disposición se pueda verificar mediante memoria testamentaria. En particular «la disposición por causa de muerte en la que el testador ordena a favor de C., que fue después su segunda esposa, el importante legado (valorado en más de 160 millones de pesetas) que constituye la aludida obra pictórica del afamado causante, es una *Memoria Testamentaria* que en el Derecho catalán se caracteriza precisamente por la limitación y la tipificación de su contenido, pues conforme al párrafo segundo del artículo 107 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña de 1960 aquí aplicable, dada la fecha del instrumento, 5 de noviembre de 1982 (que hoy es el art. 123 del Código de Sucesiones del Derecho Civil de Cataluña, de 30 de diciembre de 1991) en las memorias testamentarias solamente «pueden ordenarse disposiciones referentes a dinero que no exceda de la vigésima parte del caudal relicto y a joyas, ropas y ajuar doméstico»; y es bien claro (nadie lo pone en duda) que el importante legado de la obra pictórica referida excede manifiestamente de todos aquellos contenidos sobre los que le hubiese sido posible operar con validez; y no siendo pues legalmente correcto en el derecho catalán que una *Memoria Testamentaria* contenga actos de disposición como los que determina la cuestionada, ordenando el legado referido, que se extralimita ampliamente del que puede ser el contenido de una memoria de esta clase, es patente su nulidad».

Apréciase que la conculcación del límite del contenido patrimonial de la Memoria en cuestión, es el fundamento para la desestimación del recurso interpuesto por parte de la demandada, segunda esposa del causante. Como advierte el Tribunal: «el tema de decisión no radica aquí en si se ha interpretado bien o no la voluntad del causante, sino en que su voluntad se ha expresado en un instrumento legalmente inidóneo; y no se puede afirmar que la memoria no establezca el legado y que solamente interpreta y aclara el ya establecido en el testamento, porque esto no es así, dado que es la memoria y no el testamento, la que hace la disposición de la obra pictórica. Y era la propia actual recurrente

te la que reconocía claramente en la primera instancia la inidoneidad de la memoria para transmitir aquella obra».

Añade la sentencia la interesante diferenciación entre dos tipos o clases de memorias, así como la inclusión de ambas categorías entre los negocios jurídicos *per relationem*. Dice así: «aun cuando es cierto que en el derecho civil catalán pueden existir los dos tipos de memorias testamentarias, las dispositivas y las aclaratorias o interpretativas, y que ambas constituyen un negocio por causa de muerte *per relationem* en el sentido de que es necesario que exista un testamento anterior con el que ellas se puedan relacionar, y que las memorias dispositivas *ordenan* legados y las interpretativas o aclaratorias se limitan a *aclarar, a interpretar o precisar* los ya ordenados por el testamento, aquí la memoria de que tratamos, como ya dice la sentencia de instancia sin impugnación eficaz, es *dispositiva* y no meramente *interpretativa o aclaratoria*, ya que es ella, y no el testamento, *la que ordena directamente el legado*» (29).

En definitiva, el documento redactado por el causante en fecha 5 de noviembre de 1982 y protocolizado en sobre cerrado según acta autorizada por Notario, constituye una memoria testamentaria y no una donación *mortis causa*, por lo que, excediéndose del límite impuesto legalmente, dicha memoria se declara nula de pleno derecho e ineficaz.

De modo que la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 20 de abril de 2010, reitera la necesidad de no extralimitación del porcentaje previsto en la Ley y determina las consecuencias de la conculcación de normas de carácter imperativo. Así declara: «No es discutido que los legados que se establecieron en la memoria testamentaria excedían el veinte por ciento del caudal relicto, lo que venía proscrito por el artículo 107 de la *Compilación de 1960*. Y no será malo traer otra vez a colación la ya citada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 16 de enero de 1995».

Sostiene también que «la cuestión es si los actos posteriores del heredero, dando cumplimiento en parte a la memoria testamentaria, la convalidan y obligan, a su vez, a los herederos de aquél. Pues bien, en el ámbito de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia, la sentencia de 28 de enero de 2002, establece, ante la invocación de la doctrina de actos propios de la que se seguiría la continuidad de efectos del causante a los herederos, al amparo del artículo 1 del *Código de Sucesiones*, que tal doctrina tiene su sentido en referencia a los actos irregulares celebrados por el causante, pero que los herederos no vienen obligados a respetar los actos realizados *contra legem*. El acto de disposición efectuado por la causante fue radicalmente nulo, y también lo fue, no pudiendo tener efecto alguno convalidante o subsanador, la

(29) Por tanto y como es lógico, sirven las memorias también para integrar el testamento tal y como recuerda la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 1 de diciembre de 2008. Declara en el asunto de autos que: «en efecto, no habiendo codicilos y memorias testamentarias que sirvan para integrar hermenéuticamente el testamento (art. 123 CS), o en ausencia de albaceas universales (art. 316 CS) o particulares (art. 56 CS) autorizados para hacerlo por sí mismos, la interpretación de la verdadera voluntad del causante podrán establecerla los propios interesados en la sucesión, por acuerdo unánime (art. 57 CS), sin que para ello deban someterse al significado literal de las palabras utilizadas en testamento (art. 110.1 CS), debiendo resolver las ambigüedades y las dudas *favor testamenti* en beneficio del favorecido e interpretar restrictivamente las disposiciones que le impongan cualquier carga (art. 110.3 CS). Sólo en defecto de cualquiera de las posibilidades mencionadas, es a los Tribunales de instancia a quienes corresponde la interpretación de las cláusulas testamentarias».

actuación a través del acto de conciliación. Sólo los negocios anulables pueden ser objeto de convalidación, confirmación o ratificación, pero no los radicalmente nulos e inexistentes».

5. LA INNECESARIEDAD DE LA PROTOCOLIZACIÓN DE LAS MEMORIAS TESTAMENTARIAS SEGÚN EL DERECHO CIVIL FORAL CATALÁN: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA CATALÁN, DE 9 DE JUNIO DE 1997, Y EL DERECHO CIVIL CATALÁN COMO ORDENAMIENTO CERRADO Y COMPLETO

En la sentencia del Tribunal Superior de Justicia catalán, de 9 de junio de 1997, el motivo nuclear objeto de controversia es la imputación a la legítima de ciertas cantidades, y habiendo sido alegada como cuestión nueva la nulidad de la memoria testamentaria en la que se hace una donación, el Tribunal no entra a su examen.

En cuanto a la obligación de protocolizar las memorias testamentarias como requisito de validez y eficacia, se rechaza también, toda vez que se funda en Derecho Civil Común y no en el Derecho Civil propio. Dice la sentencia que: «El segon motiu de cassació es fonamenta en el mateix apartat 4t de l'art. 1692 de la LEC, per infracció de l'art. 672 del Codi civil, en relació amb els articles 689 a 693 del mateix codi substantiu i jurisprudència interpretativa, respecte a l'obligació de protocolitzar les memòries testamentàries perquè obtinguin validesa i eficàcia. Sosté el recurrent que la memòria de les actuacions no cobreix aquests requisits de validesa i eficàcia, perquè segons l'art. 672 del CC són nul·les les memòries testamentàries que no reuneixin els requisits previstos per al testament hològraf, entre els quals es troba el de la seva protocolització. Tampoc aquest motiu no pot prosperar. Basar-se en el Dret comú que desconeix les memòries testamentàries en si mateixes, quan en el Dret propi de Catalunya la memòria testamentària té la seva història i la seva regulació, pel que fa al concepte, naturalesa i revocació (articles 123 i 133 del Codi de successions) és una postura absolutament rebutjable, com ho és també aplicar capriciosament a un mateixa institució jurídica unes vegades el Dret propi de la comunitat, com ho és l'art. 123, paràgraf segon, esmentat, i altres; el Dret comú, com ara s'intenta».

«El preàmbul de la Llei 40/1991, de 30 de desembre, del Parlament de Catalunya, que promulga el Codi de successions per causa de mort al Dret civil de Catalunya, deixa clar al seu capítol I la finalitat de la Llei i, en referir-se concretament a l'antiga regulació successòria continguda a la Compilació de Dret Civil de Catalunya diu: És tractava, per tant, d'una regulació extensa, però incompleta i parcial, que propiciava l'aplicació supletòria del Codi civil en un gran nombre d'institucions. L'aplicació del Codi civil per part dels tribunals i juristes ha provocat, al llarg dels trenta anys de vigència de la Compilació, una certa desnaturalització del dret català, entès sovint pels tribunals com una regulació apendicular dependent del mal anomenat dret comú. D'aquí que, a continuació, expressi, referint-se al Codi: Aquesta Llei conté una normativa autònoma, completa i global del dret successori català. S'hi regulen, de manera sistemàtica i ordenada, totes les institucions successòries vigents a Catalunya, per la qual cosa, per aplicació de l'article primer de la Compilació, s'exclou l'aplicació directa o supletòria del Codi civil a Catalunya. No sembla que calguin majors raonaments. El Codi de successions ha regulat de forma íntegra

i completa la matèria successòria vigent a Catalunya, excoient-ne absolutament i expressament l'aplicació directa o supletòria del Codi civil» (30).

III. MEMORIAS, CÉDULAS, TESTAMENTOS Y JURISPRUDENCIA: CUESTIONES SOBRE SU EFICACIA Y DELIMITACIÓN CONCEPTUAL SEGÚN EL DERECHO COMÚN

1. LOS HEREDEROS FIDUCIARIOS COMO HEREDEROS INSTITUIDOS CON CLÁUSULA MODAL Y LA AUSENCIA, NO INVALIDANTE, DE LAS MEMORIAS ANUNCIADAS EN TESTAMENTO: SSTs DE 30 DE OCTUBRE DE 1944, 19 DE NOVIEMBRE DE 1897 Y 14 DE MARZO DE 1866

En la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1866, siendo ponente ORTIZ DE ZÚÑIGA, se pretende infructuosamente, por la sobrina del causante, la apertura de la sucesión intestada ante la alegada ineficacia del testamento cerrado que se había protocolizado. Dicho testamento se refería a unas memorias testamentarias que no aparecieron, por lo que esta falta de localización era el argumento que, a su juicio, sustentaba dicha ineficacia.

En dicho testamento, cerrado y otorgado en 1853, se nombra un heredero fideicomisario general para que éste «disponga de mis bienes y los distribuya del modo que le tengo encargado»; el heredero fiduciario otorga escritura donde manifiesta que ante las instrucciones verbales y escritas recibidas del finado, sobre cláusulas piadosas y mandas en favor de algunos parientes —entre ellos la demandante— acepta el cargo y distribuye la herencia atendiendo las instrucciones recibidas.

Se desestima el recurso interpuesto, toda vez que no se ha discutido la nulidad de la institución fiduciaria, por lo que se habrá de estar al «cumplimiento de su voluntad, según sus literales palabras, es necesario estar a la declaración hecha por éste respecto a las instrucciones que aquel le tenía comunicadas para la distribución de sus bienes, sin que su cumplimiento dependiese del otro testamento que dijo estaba formando y no se ha encontrado, pues no impuesto semejante limitación, de lo cual se deduce que no se han infringido dichas leyes de Partida».

En el caso resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de octubre de 1944, la causante soltera y de condición civil navarra, falleció en Zara-

(30) En cuanto al depósito de la memoria en una Notaría, la Audiencia Provincial de Barcelona, de 17 de enero de 2008, ratifica la validez de un testamento ológrafo depositado en la notaría a los pocos días de otorgar testamento abierto, porque no se estima probado que mediara engaño, violencia o intimidación. En el recurso de apelación se «denuncia que la Juzgadora de Instancia ha otorgado una especial relevancia a la declaración del Notario, pero lo cierto es que tras el visionado del CD del juicio, el Tribunal debe ratificar su conclusión. El aquí recurrente incluso renunció a efectuarle pregunta alguna. De su declaración (1:20:18 y siguientes del CD), cabe destacar que recuerda al causante por lo insólito de la situación. Hizo el testamento, o más propiamente el codicilo y a los pocos días le preguntó como cambiarlo. Relata que preguntó mucho y de muchas cosas; que quería hacer testamento ológrafo; que él le asesoró; que lo veía clara y contundentemente convencido; que no era disminuido ni incapacitado desde ningún punto de vista. Quería hacerlo bien y que no se pudiera anular. Es cierto que no vio la redacción propiamente dicha, pero debe estimarse probado que la entrega, con conocimiento de su alcance y trascendencia, se efectuó con total libertad. Se trató de un depósito voluntario del testamento ológrafo, y por ello no cabe imputar ninguna violación del Reglamento Notarial».

goza en el año 1940, bajo testamento otorgado en Tudela en 1913 y en el cual, después de instituir en la legítima foral navarra y aragonesa, incorpora la cláusula objeto de controversia.

La discutida cláusula sexta del testamento dice que «si entre sus papeles, tanto en su casa de Valtierra como en la de Zaragoza, o si en poder de alguna persona que la presente, se encontrase alguna memoria testamentaria en sobre cerrado y lacrado que indique serlo, que esté toda escrita de letra de la testadora, firmadas todas sus hojas por la misma y que principie con las palabras siguientes: “Vivan Jesús, María y José”, los herederos fiduciarios que nombrará la presentarán al Juzgado para la declaración de tal, se protocolizará en la notaría de esta ciudad que corresponda, y darán cumplimiento a la misma en todas sus partes».

Adicionalmente nombra herederos fiduciarios al párroco y al médico de la localidad, «para que los dos juntos o cada uno de ellos por separado realicen su herencia y cumplan todo lo que se consigne en la memoria testamentaria». Ambos son requeridos sin éxito para que presentaren o diesen noticia de la memoria a que el testamento se refería, y los actores, parientes transversales en cuarto grado de la causante, solicitan se declare que el testamento carece de virtualidad para regir su sucesión y que por tanto se declarase desierta la herencia y se abriera la sucesión intestada.

Por su parte, el párroco y el médico demandados reconviene y son apreciadas sus alegaciones por lo que se declara que el testamento es válido y eficaz en su totalidad, sin que su eficacia ni su validez se subordine en todo ni en parte a la existencia o inexistencia de memoria testamentaria alguna; que ninguno de los demandantes (parientes en cuarto grado de la causante) tiene derecho alguno *mortis causa* sobre los bienes de la causante (fuera de la cantidad que represente su institución en la legítima foral); que en el caso de no aparecer la memoria testamentaria a que el testamento hace referencia los herederos fiduciarios vendrán obligados en conciencia a dar cumplimiento a cuantas instrucciones reservadas tienen recibidas de la causante, pero siendo únicos en cuanto a sostener y continuar su personalidad. Por tanto se declara la improcedencia de la apertura de la sucesión intestada de dicha causante, pretendida por los parientes en cuarto grado.

En particular, considera la sentencia sobre la naturaleza de los herederos fiduciarios del supuesto de autos «que *el régimen jurídico de la fiducia ofrece, sin embargo, características muy distintas y especiales cuando, en vez de confiar el testador al heredero fiduciario las instrucciones reservadas (verbales o escritas) relativas al destino de los bienes, se remite —como en el caso de estos autos— a las que puedan estar contenidas en algún escrito o memoria testamentaria*, sin que pueda inferirse que la intención del testador haya querido establecer un ligamen esencial o de mutua condicionalidad entre la institución a favor del fiduciario y las instrucciones determinantes de la aplicación de los bienes hereditarios, pues en estos casos —que en realidad quedan fuera del sentido estricto, tipificado por la doctrina, de la herencia de confianza— *la posición del fiduciario se separa radicalmente de la del mero ejecutor, aproximándose, en cambio, a la del heredero instituido con cláusula modal*; y ésta es la orientación que aparece reflejada en la sentencia de este Tribunal, de 19 de noviembre de 1897, la cual, al resolver acerca de un caso en el que cierto testador había nombrado por único y universal heredero a cierta persona para que dispusiera de los bienes, según instrucciones que el otorgante dejaría escritas y firmadas de su mano y letra, estableció que *“la falta de las instrucciones que el testador*

dijo que dejaría escritas de su mano y letra no vicia e invalida la institución de heredero en el concepto en que fue hecha, ya porque la eficacia de la misma no depende ni se hizo depender de la existencia, de aquélla ya porque han podido extraviarse..., ya porque se trata de un acto de la libérrima voluntad del difunto, como era el dejar o no tales instrucciones escritas”».

2. LOS REQUISITOS DE LAS MEMORIAS TESTAMENTARIAS Y LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE OBLIGATORIEDAD DE LA ADVERACIÓN Y PROTOCOLIZACIÓN: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1956

Como se verá, la sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de febrero de 1956, y la de 29 de septiembre de 1956, ratifican las exigencias procesales como requisito de validez, tal y como, a su vez, hizo la de 27 de abril de 1940 y reiteraría, en idéntico sentido, la de 3 de febrero de 1966.

En el caso de autos de la sentencia de 29 de septiembre de 1956, los actores dedujeron demanda sobre validez de nota testamentaria y otros extremos, estimándose sus pretensiones. En apelación se revoca la sentencia, absolviéndose a los demandados, pronunciamiento que es mantenido por el Tribunal Supremo, al desestimarse los recursos de casación interpuestos.

Los concretos términos de la sentencia dictada, siendo Ponente BONET RAMÓN, son los siguientes: «en el Derecho anterior al Código Civil, las memorias testamentarias eran manifestaciones de última voluntad, escritas de puño y letra de los testadores, o al menos firmadas por ellos, que arrancaban su fuerza de testamento, en que había de hacerse mención de ellas, o reservarse el testador la facultad de ordenarlas, disponiendo que si fuera encontrado a su muerte alguna nota o escrito autografiados o firmados o que estuvieran revestidos de determinadas circunstancias, se tuvieran como parte integrante del testamento, que adicionaban o reformaban, imponiendo nuevas condiciones a los instituidos, fijando las reglas a que hubiera de ajustarse la sucesión, o estableciendo algunas mandas o legados».

«Que esta institución testamentaria no se originó en fuente legal alguna de nuestro Derecho, siendo introducida por la costumbre y práctica jurídicas, reconocidas por la jurisprudencia, y más tarde regulada por la Ley de Enjuiciamiento Civil, obedeciendo su existencia, a remediar un estado de cosas que la realidad imponía, para satisfacer los deseos del testador que, por motivos muy respetables, quisiera dejar hasta última hora, la expresión de ideas o mandatos que al principio se estaba en el caso o no quería dar a conocer, la manifestación de ser su heredero legatario quien, en ocasión para él más propicia, designase, etcétera, sin necesidad de recurrir al otorgamiento en forma solemne y, por tanto, más molesta, dispendiosa y difícil de un testamento con escribanos, testigos y demás formalidades, siendo reconocida actualmente esta necesidad por el legislador civil, al ordenar que la memoria testamentaria se haga constar por lo menos en la forma de testamento más sencilla y más al alcance de todas las personas».

«Que no había predeterminada solemnidad alguna por la Ley Procesal, y sí solo debía reunir la memoria testamentaria aquellas circunstancias que produjeran su identificación y vinieran a demostrar su autenticidad, la cual se acreditaba, generalmente, por contener la contraseña, lema o palabras con que se dijo en el testamento serían encabezadas aquélla o aquéllas que el testador se reservaba otorgar él mismo, y por la observación judicial ulterior de que había de ser

objeto al presentarse al Juez, o a tenor de lo establecido en los artículos 1969 a 1979 de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente».

«Que el Código Civil no prohíbe en absoluto las memorias y cédulas testamentarias, como hace con el testamento de mancomún y con el testamento por comisario, sino que se limita a declarar nulas e ineficaces las disposiciones hechas en esa forma, y que no reúnen los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo, lo que presupone la validez y eficacia de aquellas que estén revestidas de dichas formalidades, tanto intrínsecas como extrínsecas, simultáneas a su redacción, o posteriores o complementarias; pero si bien permite la subsistencia de dichas memorias y cédulas, no es con el carácter y efectos que les daba la antigua jurisprudencia, sino como un nuevo testamento, revestido de todas las formalidades del ológrafo, aunque supongan la existencia de un testamento que las insinúa, al cual complementan, modifican o derogan».

«Que tanto en el anterior orden legal como en el vigente, es indispensable para la eficacia de las cédulas, papeles privados y memorias testamentarias, que éstas se eleven a instrumento público o se protocolicen, según su clase, para cuya formalidad, la Ley de Enjuiciamiento Civil tenía establecido en los Títulos VI y VII, primera parte de su Libro III, el procedimiento a seguir en cada uno de los casos, pero equiparadas al testamento ológrafo dichas manifestaciones de última voluntad, en cuanto a los requisitos precisos para su validez, ha de emplearse para la protocolización de las mismas, el establecido en los artículos 689 a 693 del Código Civil, y no el ordenado en dicha Ley, cuyos preceptos en este punto han quedado derogados virtualmente».

«Que como tiene declarado esta Sala en su sentencia de 27 de abril de 1940, el testamento ológrafo formalizado por el testador, única persona que interviene en su otorgamiento, prescindiendo de toda formalidad de carácter público, no adquiere validez, según el artículo 689 del Código Civil, hasta la protocolización, que le confiere una especie de confirmación judicial que lo eleva a la categoría de documento público, y este artículo formulado en forma imperativa —deberá protocolizarse— lo que exige es que se obtenga la protocolización, sin otra determinación en cuanto al modo de proceder que la presentación del testamento al Juez de Primera Instancia del último domicilio del testador y al del lugar en que éste hubiera fallecido, y con el requisito esencial de que esa presentación se realice dentro de cinco años, contados desde el día del fallecimiento, estableciendo el citado precepto un plazo de caducidad o decadencia, de cesación del valor jurídico del testamento, con efecto radical y automático y con determinación precisa del día en que comienza su computación, por lo que no puede invocarse para su interpretación el artículo 1969 del mismo Código Civil, sólo aplicable a la prescripción, institución ésta sujeta a otros principios en atención a que, reconociendo por causa la inercia del titular del derecho, admite impedimentos *ratione initu* y motivos de interrupción y de suspensión, no pudiendo ser omitidas las solemnidades establecidas por la ley para los actos jurídicos, sin que se produzca el efecto de la invalidez, especialmente en materia de testamentos, pues en cuanto a éstos, las prescripciones legislativas, propenden a garantizar los derechos del testador, los de terceras personas que pueden tenerlos adquiridos y a veces el interés social, y la protocolización tiene en el testamento ológrafo extraordinaria importancia, por ser la solemnidad que le imprime carácter de documento público».

«Que como también tiene declarado esta Sala en su sentencia de 11 de febrero del año actual, establecido en los artículos 689 y siguientes del Código Civil, los requisitos inexcusables para advenir los testamentos ológrafos, y el

modo, tiempo y forma de hacer esta adveración, no es posible sin que se cumplan esos inexcusables requisitos, tener como última voluntad del finado, lo que puede expresarse en los documentos, ni suplir de oficio esos requisitos, ni pretender que en el pleito y al socaire de las concretas pretensiones que en él se formularon, se obtengan tardíamente declaraciones que tienen inicialmente su cauce adecuado, aunque últimamente pueden ser combatidas en un ulterior proceso declarativo».

3. CONCRECIÓN JURISPRUDENCIAL DE LOS PERFILES DE LAS MEMORIAS Y CÉDULAS TESTAMENTARIAS: LAS SSTs DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2007 Y LA DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2009

La sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de noviembre de 2007, siendo Ponente SALAS CARCELLER, estima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia de Málaga y, por tanto, no aprecia la alegada infracción del artículo 672, toda vez que declara que dicho precepto «se refiere a las cédulas o memorias testamentarias que menciona en su testamento el propio testador y ésta no es la situación que se da en el caso, en el que simplemente la Audiencia tuvo en cuenta para interpretar el alcance del legado la existencia de un sobre dirigido a los actores que se encontraba en una caja bancaria y que se refería a las monedas de oro y plata, lo que le llevó a deducir la voluntad de la testadora en un sentido que no es el ahora aceptado».

Por su parte la sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de noviembre de 2009, en la que es Ponente ROCA TRÍAS, ventila un supuesto sobre la validez de un testamento otorgado en inminente peligro de muerte en las siguientes circunstancias declaradas como hechos probados: «El 27 de marzo de 2001, don Dámaso, que se hallaba ingresado en la UCI del Hospital de la Cruz Roja en Murcia, quiso otorgar testamento. El médico requirió a cuatro personas para oír al testador y presentes cinco testigos, el enfermo declaró que quería que su última voluntad fuese la que había manifestado en su domicilio unos días antes a la oficial de la Notaría de Santomera. Esta habría recogido en unas notas las previsiones sucesorias del causante, que se archivaron en un documento informático, en el ordenador de la notaría, pero no se llegó a elevar a testamento debido a la mala salud del declarante».

Se insta la protocolización del documento que figura sólo en fotocopia y extendido en el Hospital y firmado por el causante con letra muy deformada, que «desea que se cumpla el borrador que existe en la Notaría» y tras sucesivas vicisitudes se rechaza la pretensión toda vez que los testigos presentes ignoraban los términos del contenido de la manifestación última de voluntad incluida, según se pretende, en el borrador de la Notaría.

Concluye la resolución fijando que «el problema real que presenta el actual recurso de casación no se refiere a la forma, sino al contenido del testamento, puesto que lo que se discute aquí es si existió o no auténtica voluntad testamentaria. El testamento otorgado ante testigos cuando el testador se hallare en peligro de muerte, previsto en el *artículo 700 del Código Civil*, constituye una modalidad del testamento abierto, en el que se sustituye la presencia del notario por la de cinco testigos. A tal efecto el *artículo 679 del Código Civil* define este testamento de la siguiente manera: Es abierto el testamento siempre que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone y el *artículo 700*

del *Código Civil* dispone que cuando el testador se hallare en inminente peligro de muerte, puede otorgarse testamento ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de Notario. Al tratarse de un testamento abierto, debe cumplirse lo establecido en el *artículo 695 del Código Civil*, que exige que el testador manifieste oralmente o por escrito su voluntad ante el Notario, sustituido en este caso por los cinco testigos, que de hecho cumplen el mismo rol. Esta manifestación constituye la declaración de voluntad precisa para la existencia de testamento (STS de 27 de junio de 2000). En el caso actual, el difunto declaró que quería que valiera un pretendido borrador, que ni tan sólo había escrito, sino que constituía un simple resumen de lo que había manifestado a la oficial de Notaría, a la espera de otorgar testamento».

Tampoco resulta admisible el valor del documento evacuado en el Hospital como Memoria testamentaria, toda vez que para que así hubiese sido habría de haber completado los requisitos de fondo y forma del artículo 672, cosa que tampoco se ha hecho en el caso de autos (31).

IV. REFLEXIONES CONCLUSIVAS: LA SOLEMNIDAD TESTAMENTARIA

No cabe duda que la historia más inmediata y la jurisprudencia sobre las menciones y cédulas testamentarias es, cuando menos, reveladora de la necesidad de dotar de las máximas garantías a la voluntad de la persona en uno de los actos que tendrán efectos después de su muerte.

Por ello y de consuno con las críticas doctrinales elevadas con carácter previo a la aprobación del *Código Civil*, se ha de reiterar la necesidad de dar cumplimiento a las formalidades que deba revestir el acto o actos en cuestión.

Con todo, ha de apreciarse que la razón última de estas formalidades no pretende volver a rigideces más propias de otras épocas y sistemas del derecho, antes bien, tiene como objetivo la protección del contenido del testamento. Es decir, las normas testamentarias tienen la pretensión y finalidad, de observar fielmente la voluntad testamentaria, siempre y cuando dicha voluntad, efectivamente, exista.

Lo anterior no impide que, por otra parte, habrá de dotarse de las debidas garantías y superarse, asimismo, ciertos recelos por lo que se refiere a la presencia de las nuevas tecnologías en el ámbito sucesorio, como la firma electrónica.

(31) La pluralidad doctrinal del TS se evidencia en las apreciaciones que SALAS CARCELLER, Ponente de la mencionada STS de 20 de noviembre de 2007, en que se descartaba la consideración de memoria testamentaria a un sobre depositado en una caja, sin mención de ningún tipo en el testamento, vierte sobre esta STS de 4 de noviembre de 2009: «la sentencia del Tribunal Supremo niega, en el presente caso, la existencia de un testamento válido otorgado por el causante. No cabe duda de que ha imperado la rigidez de las normas sobre validez y eficacia de los actos de última voluntad. Sin duda, el fallecido don Dámaso confiaba en la honradez de la oficial de la Notaría y, como a ella había expresado los términos en los que pensaba hacer testamento —no consta con cuánta antelación a su muerte— entendió que bastaba la referencia ante los testigos a lo allí manifestado. Pero el rigor de la ley, y su imperativa aplicación en el caso, no entiende en este caso de “confianza” alguna, porque evidentemente existía una voluntad manifestada por el causante, pero la misma no había quedado expresada en forma legal que gozara de las garantías exigibles para producir el efecto pretendido tras su fallecimiento» («Un caso de ineficacia testamentaria», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 4, 2010).

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.
- AMAT LLARI, «Las memorias testamentarias en el Derecho Civil catalán», en *La Llei de Catalunya i Balears*, 117, 1995, pág. 1 y sigs.
- BARRIO, *Discurso leído en la Universidad Central. ¿Las memorias testamentarias son contrarias al espíritu y recto sentido de las leyes? Y una vez admitidas, ¿qué cosas pueden dejarse en ellas?*, Madrid, 1867.
- DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, *El negocio jurídico per relationem en el Código Civil*, Madrid, 1994, 2.^a ed.
- DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil, IV. Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2006, 9.^a ed.
- 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, págs. 1690 a 1692.
- GÓMEZ DE LA SERNA y Manuel MONTALVÁN, *Elementos del Derecho Civil y Penal de España*, tomo segundo, Madrid, 1865, 7.^a ed.
- HERNÁNDEZ GIL, «Las memorias testamentarias y el testamento ológrafo», en *Obras completas*, 4, Madrid, 1989, págs. 789 a 800.
- «La institución por partes iguales. La desigualdad de las adjudicaciones y el valor de las memorias testamentarias en Navarra», en *Obras completas*, 4, Madrid, 1989, págs. 801 a 814.
- LACRUZ BERDEJO y SANCHEZ 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, 2008, 5.^a ed.
- 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.
- MESTRE RODRÍGUEZ, *La interpretación testamentaria: notas a la regulación del Código Civil*, Murcia, 2003.
- MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, «El testamento en el nuevo libro IV del Código Civil de Cataluña», en *XV Jornadas de Derecho Civil catalán*, 2008.
- NAGORE YARNOZ, «Comentarios a la Sección: Capítulo segundo. *De las formas del testamento*», Tomo XXXVII-1.º *Leyes 148 a 252 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra*, Edersa, Madrid, 1998.
- PUIG FERROL, «Las formas testamentarias en Cataluña», en *RJC*, 1972, págs. 139 y sigs.
- REGLERO CAMPOS y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentarios a las Disposiciones Transitorias», en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), Aranzadi-Thompson, Madrid, 2009, 3.^a ed., pág. 2250 y sigs.
- ROCA SASTRE, *Derecho de Sucesiones, I*, Barcelona, 1995, 2.^a ed.

- SALAS CARCELLER, «Un caso de ineficacia testamentaria», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 4, 2010.
- SAN SEGUNDO, Manuel, «Intervención del notario en los testamentos otorgados en peligro inminente de muerte», en *RCDI*, 699, 2007, pág. 320 y sigs.
- TORRES GARCÍA, *El testamento ológrafo*, Madrid, 1977.
- Vaquer Alcoy, *La casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña*, Pamplona, 1997.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

STS de 28 de enero de 1862.
STS de 14 de marzo de 1866.
STS de 19 de noviembre de 1897.
STS de 20 de diciembre de 1913.
STS de 29 de noviembre de 1916.
STS de 27 de abril de 1940.
STS de 13 de mayo de 1942.
STS de 30 octubre 1944.
STS de 3 de abril de 1945.
STS de 25 de octubre de 1947.
STS de 11 de febrero de 1956.
STS de 29 de septiembre de 1956.
STS de 3 de febrero de 1966.
STS de 10 de noviembre de 1973.
STS de 6 de febrero de 1978.
STS de 13 de febrero de 1984.
STS 20 de noviembre de 2007.
STS de 4 de noviembre de 2009.
STSupJ Cataluña, de 7 de enero de 1993.
STSupJ Cataluña, de 16 de enero de 1995.
STSupJ Cataluña, de 9 de junio de 1997.
STSupJ Cataluña, de 6 de marzo de 2008.
STSupJ Cataluña, de 1 de diciembre de 2008.
SAP de Barcelona, de 22 de enero de 2004.
SAP de Barcelona, de 17 de enero de 2008.
SAP de Barcelona, de 20 de abril de 2010.
SAP de Madrid, de 27 de diciembre de 2003.
SAP de Orense, de 27 de mayo de 2003.
AAP de Pamplona, de 18 de abril de 2000.
SAP de Pamplona, de 14 de abril de 2008.
SAP de Zamora, de 10 de mayo de 2005.

RESUMEN

MEMORIAS Y CÉDULAS
TESTAMENTARIAS
TESTAMENTO OLÓGRAFO
TESTAMENTO EN PELIGRO
DE MUERTE

Las memorias o cédulas testamentarias, como manifestaciones de última voluntad escritas de puño y letra del causante referenciadas en otro testamento, eran viejas conocidas por la práctica, doctrina y jurisprudencia antecedentes al Código Civil. Así, tempranamente, el Tribunal Supremo ratificó su valor jurídico como elemento integrante de los testamentos de referencia, siempre y cuando fuesen mencionados en él. Por su parte, y desde la entrada en vigor del Código Civil, en el Derecho Común sólo desplegarán eficacia, caso de reunir idénticos presupuestos que el testamento ológrafo —mayoría de edad, autografía, fecha y firma, así como su adveración y protocolización—, por lo que bien puede ser calificada como testamento ológrafo complementario de otro testamento. A estas y otras cuestiones controvertidas se dedicará este trabajo, teniendo en cuenta la jurisprudencia más reciente pronunciada sobre la materia, y la forma como garantiza de la auténtica voluntad testamentaria.

ABSTRACT

TESTAMENTARY MEMORANDA
HOLOGRAPHIC WILL
WILL MADE IN DANGER
OF DEATH

Testamentary memoranda, as statements of a person's last will written in that person's own handwriting and incorporated by reference into another will, were old familiar documents in pre-Civil Code practice, doctrine and case law. Accordingly, at an early stage the Supreme Court ratified their legal value as an integral element of the wills to which they belong, provided that they are mentioned in it. In general law, on the other hand, ever since the Civil Code took force, testamentary memoranda are effective only if they meet the very same conditions as a holographic will: They must be made by a person of full legal age, written by that person, dated and signed, attested and notarised. Therefore such a document could well be classified as a holographic will complementary to another will. This paper is devoted to these and other controversial questions, taking account of the most-recent case law on the subject and form as a guarantee of genuine testamentary wishes.

1.5. Obligaciones y Contratos

LA TRANSMISIÓN DE DOMINIO EN LA COMPRAVENTA:
EL PACTO DE RESERVA DE DOMINIO

por

ROSANA PÉREZ GURREA
Abogado

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. LA OBLIGACIÓN DE TRANSMITIR LA PROPIEDAD EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA: 1. POSICIÓN DOCTRINAL

NAL. 2. POSICIÓN JURISPRUDENCIAL.—III. EL PACTO DE RESERVA DE DOMINIO: 1. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA. 2. ASPECTOS REGISTRALES. 3. EFECTOS.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS.

I. PLANTEAMIENTO

La naturaleza del contrato de compraventa viene determinada en nuestro Derecho por los siguientes caracteres: es un contrato consensual, bilateral, ya que genera obligaciones recíprocas entre los dos contratantes, oneroso por implicar equivalencia entre las posiciones jurídicas de comprador y vendedor, conmutativo, aunque puede ser aleatorio en ciertos casos como cuando se trata de cosas futuras y se celebra el contrato a riesgo del comprador, y traslativo del dominio en el sentido de que sirve de título para las transmisiones de propiedad.

Estos caracteres tienen su reflejo en el artículo 1445 del Código Civil cuando dice que el contrato de compraventa es aquél por el que «uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o en signo que lo represente», aunque sin dejar claro si el vendedor está obligado o no a transmitir el dominio de lo vendido.

El contrato de compraventa se perfecciona por el mero consentimiento, y en nuestro ordenamiento jurídico, la concurrencia de declaraciones contrapuestas de comprar y vender no produce, como regla general, el traspaso del derecho real sobre la cosa, sino que únicamente genera obligaciones entre las partes. También hay que tener en cuenta que aunque la finalidad sea la de transmitir el dominio, nadie puede dar lo que no tiene por lo que la transmisión dominical sólo tendrá lugar cuando el vendedor sea titular y tenga la libre disposición del derecho vendido. Por lo tanto, lo que planteamos es si siendo el efecto normal del contrato la transmisión del dominio, si no tiene lugar ésta, si podrá impugnarse el contrato o resolverse por incumplimiento o si por el contrario el vendedor no tiene la obligación de transmitir la propiedad al comprador sino simplemente de mantenerlo en el goce pacífico de la cosa vendida.

En el Derecho Romano el vendedor no se obliga a transmitir la propiedad al comprador, sino simplemente el contenido debitorio de su posición jurídica consiste en entregar la cosa y mantener al comprador en su pacífica posesión (1).

Lo especialmente llamativo era que junto a la obligación de transmitir la posesión, el vendedor se obligaba a responder de su goce pacífico, lo que no dejaba y no deja en la actualidad de constituir una clara contradicción, ya que el vendedor en tal caso no pone en funcionamiento todos los medios para cum-

(1) ALBADALEJO señala que la garantía más importante de la obligación de entrega en la compraventa es la responsabilidad por el *evincere* o evicción y por los vicios ocultos, de manera que el comprador no puede dirigirse contra el vendedor por el solo hecho de que no haya existido transmisión del dominio. Afirma que hay que esperar a la evicción, salvo que el vendedor hubiere vendido a sabiendas una cosa ajena sin que lo supiese el comprador, en cuyo caso por la concurrencia del dolo, podría éste ejercitar la *actio empti* sin esperar a la evicción. Citando a GIRARD declara ALBADALEJO que el vendedor está obligado a entregar la cosa vendida y nada más, es decir, que no se obliga a entregar la titularidad sobre el objeto, sino el goce del derecho, no quedando obligado a *dare* sino a *facere*, lo que justificaría la plena validez de la venta de cosa ajena.

plir la segunda obligación sin asegurar frente a terceros ser dueño, aunque el Derecho ciertamente ofrezca medios de tutela a la simple posesión.

El comprador carecía de acción para exigir la transmisión de la propiedad, adquiriendo la simple posesión, y debiendo utilizar la acción derivada del saneamiento por evicción para el caso en que fuere privado de la posesión de la cosa por reclamarla el tercero propietario, salvo cuando la cosa se hubiere vendido siendo ajena a sabiendas, por tratarse de venta dolosa, caso en el que podía ejercer la *actio empti* para obtener el resarcimiento correspondiente de los daños y perjuicios causados.

El Proyecto de 1851 que constituye el antecedente más próximo de nuestro Código Civil no se pronuncia sobre la obligación del vendedor de transmitir la propiedad en el contrato de compraventa, por su parte GARCÍA GOYENA (2) considera que no existe tal obligación por parte del vendedor y si el comprador descubre que la cosa no era propia de quien se la vendió, le corresponde el derecho al saneamiento por evicción.

Expuestos estos antecedentes, pasamos a examinar la obligación de transmitir el dominio en el Código Civil español.

II. LA OBLIGACIÓN DE TRANSMITIR LA PROPIEDAD EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA

1. POSICIÓN DOCTRINAL

Cuando decimos que el contrato de compraventa es un contrato traslativo de dominio, consideramos que es apto para poder transferir el dominio, pero que no necesariamente ha de transmitirlo, ya que la única obligación que tiene el vendedor en sentido estricto es la transferir la posesión pacífica sobre la cosa vendida al comprador.

Entiendo que no hay ningún precepto del Código Civil que obligue al vendedor a ser propietario de la cosa vendida, puesto que tal obligación es en principio indiferente para la eficacia de la compraventa en sí: si es propietario mediante la *traditio* se transfiere el dominio al comprador y si no lo es, le transferirá el poder y posesión que él tuviere sobre la cosa debida.

Comparto la opinión de ROCA SASTRE que se declara defensor de la teoría romana pura, según la cual el vendedor únicamente está obligado a transmitir la posesión pacífica al comprador, presentando en consecuencia un perfil puramente obligacional.

Esta tendencia que podemos considerar como «no transmisionista», la comparte también García Cantero (3) basándose, en primer lugar, en razones histórico-jurídicas, ya que dicha pretendida obligación no aparece impuesta en

(2) GARCÍA GOYENA señala que «no se obliga a transmitir al comprador la propiedad de la cosa, sino a ponerle en posesión de ella, y a defenderle contra todos los que después quisieran hacérsela dejar o reclamaran algunos derechos sobre ella. Esta decisión ha tenido sus impugnadores; yo la encuentro justa: el comprador no tiene acción contra el vendedor de buena fe mientras no se verifiquen los dos casos indicados, aunque llegue después a descubrir que el vendedor no era propietario de la cosa, en *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, 1974, pág. 386.

(3) GARCÍA CANTERO, «Comentarios al artículo 1461», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XIX, Madrid, 1980, págs. 170 y sigs.

las Partidas ni en textos posteriores, lo cual hizo que no se incorporase al Proyecto de Código Civil de 1851 ni al Anteproyecto de 1882, y en consecuencia, la Base 1.^a de nuestra Ley de Bases de 1888 tampoco pudo imponerla en el nuevo Código Civil de 1896.

En segundo lugar afirma que nuestro Código no sigue al Código Civil francés (art. 1599) cuando no se declaró legalmente la nulidad de la compraventa de cosa ajena.

En tercer lugar, el Código Civil impone tal obligación al vendedor, limitándose el artículo 1445 a describir la prestación que éste asume, afirmando que «se obliga a entregar una cosa determinada», lo que después se corrobora cuando los artículos 1461 y 1462, respectivamente, hablan de la obligación de entregar y de poner en poder y posesión de la cosa vendida al comprador.

En cuarto lugar, aunque el artículo 1502 del Código Civil se refiere a la posibilidad de que el comprador se viera perturbado «en la posesión o dominio» de la cosa vendida, prueba que no necesariamente ha de transmitirse el dominio y que la ratio legis del precepto es anticiparse a las consecuencias de la evicción y que únicamente funciona cuando el precio se ha aplazado.

Por último, el autor mencionado se refiere al artículo 1160 del Código Civil señalando que extraño habría sido que el legislador hubiera establecido esta obligación del vendedor, precisamente al regular el pago o cumplimiento de las obligaciones en general, ya que antes que invocar la aplicabilidad del artículo 1160, cuyo ámbito de aplicación es general, habría que probar la existencia de dicha obligación en particular.

Como autor especialmente representativo de esta tendencia no transmisio-nista tenemos que referirnos también a ALBADALEJO, el cual después de realizar un estudio comparativo con el Derecho francés e italiano y con nuestros antecedentes históricos, especialmente el Derecho romano, analiza los preceptos del Código Civil, relativos al contrato de compraventa y califica de infundadas las razones que se alegan para configurar la obligación del vendedor de transmitir el dominio.

Entiende que subsiste en nuestro Código la compraventa romana y la transmisión de la propiedad no es esencial para que se produzca el cumplimiento y no es éste tampoco un efecto natural del contrato en el sentido de que normalmente acompañe a sus efectos salvo pacto en contrario. Se trata de un efecto simplemente normal porque normalmente el que vende será dueño y en tal caso transmitirá la propiedad al comprador. Y añade lo siguiente: «Las cosas son así: es indudable. No podemos separar la causa de sus efectos. Si la obligación de transmitir pesa sobre el vendedor, hemos de aceptar sus consecuencias. Si el objeto de la venta no es ya la transmisión de una cosa considerada en su realidad material, sino por el contrario, es la transferencia de la propiedad el fin que modernamente se le asigna, el derecho de resolverla por la mera no transferencia de ésta, es patente: asiste al comprador. Y para evitar estos efectos inadmisibles en nuestro derecho, es claro que tendremos que suprimir la causa, y la única forma posible de suprimirla es no imponer al vendedor la obligación de transmitir la propiedad. Como tributo a la verdad, es lo que tenemos que hacer, siendo lo verdaderamente lamentable que hayamos de hacerlo sin razones racionales, por una sola razón legal, o si se quiere, por una sin razón legal» (4).

(4) ALBADALEJO, «La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa», en *Separata RGLJ*, abril de 1947, pág. 91.

Por su parte, los autores partidarios de que el vendedor tiene la obligación de transmitir la propiedad al comprador se apoyan en los siguientes argumentos jurídicos:

1. *Obligación de poner la cosa en poder y posesión del comprador: el artículo 1462.1 del Código Civil*

El mencionado artículo dice: «Se entenderá entregada la cosa vendida cuando se ponga en poder y posesión del comprador». En base a la combinación de los artículos 1445 y 1461 de los que se infiere que el vendedor está obligado a entregar la cosa vendida, se argumenta que la palabra «poder» añade algo a la simple posesión o entrega. Por ello, se ha defendido que el concepto de «posesión» se refiere a un poder de hecho sobre la cosa y en cambio, que el concepto de «poder» debe referirse necesariamente a un poder de derecho identificado con el dominio, surge así el binomio poder de hecho versus poder de derecho.

Este artículo podemos relacionarlo con el artículo 1160 del Código Civil que dice: «En las obligaciones de dar no será válido el pago hecho por quien no tenga la libre disposición de la cosa debida y capacidad para enajenarla». Un argumento a favor del concepto de «poder» del artículo 1462.1 Código Civil sería el de que si bien la venta de cosa ajena en su fase obligacional es válida, el pago consistente en la entrega de la cosa en el momento del cumplimiento no es válido si no implica poner en poder y posesión del comprador la cosa, es decir, en hacerlo propietario.

En base a ello y, de acuerdo con nuestro sistema del título y el modo regulados en los artículos 609 y 1095 del Código Civil, se producirá el efecto legal de la transmisión del derecho real del patrimonio del vendedor al del comprador, es decir se consigue la finalidad traslativa del dominio característica del contrato de compraventa.

Por mi parte, considero que la palabra «poder» utilizada en el artículo 1462.1 del Código Civil no impone, por sí sola, ningún tipo de obligación del vendedor de transmitir el dominio.

2. *Responsabilidad por la posesión «legal» y pacífica de la cosa vendida: el artículo 1474.1 del Código Civil*

También se ha utilizado por parte de la doctrina el artículo 1474.1 del Código Civil para fundamentar la obligación de transmitir del vendedor, este artículo tipifica que el vendedor responderá al comprador de la posesión legal y pacífica de la cosa vendida.

La doctrina argumenta que en el Proyecto de 1851 el mismo precepto no contenía la palabra «legal», sino únicamente la de entregar la posesión pacífica (5).

(5) Entre los partidarios de asimilar el concepto «legal» con propiedad destaca DIEZ-PICAZO, que dice: «Es dudoso, sin embargo, que el Código Civil haya seguido en este punto al Proyecto de 1851, pues introduce una importante matización. En él se hablaba sólo de la posesión “pacífica”, y en el vigente artículo 1474.1 de posesión “legal y pacífica”. El calificativo legal implica necesariamente que el poder de hecho que puede ejercerse sobre la cosa transmitida deriva de un derecho a tal ejercicio», en *Sistema de Derecho*

En mi opinión, del artículo 1474 solamente se puede deducir que el vendedor debe garantizar la posesión legal y pacífica y está claro que el poseedor no lo es exclusivamente el propietario. El artículo 446 del Código Civil protege a todo poseedor, y dicha posesión derivada y protegida por la ley es obvio que se trata de una posesión legal, por ello podemos concluir que ese término «legal» no es útil para fundamentar la obligación del vendedor de transmitir la propiedad.

3. *La perturbación en la posesión o dominio de la cosa adquirida: el artículo 1502 del Código Civil*

Este precepto cuando habla de las obligaciones del comprador, deja entrever la finalidad traslativa del contrato de compraventa. Dice que: «Si el comprador fuere perturbado en la posesión o dominio de la cosa adquirida o tuviere fundado temor de serlo por una acción reivindicatoria o hipotecaria, podrá suspender el pago del precio».

Algún autor ha considerado que este artículo es fundamental para sostener que el vendedor debe transmitir la propiedad al comprador al mantener que si se puede suspender el pago por temor a ser inquietado, es porque el vendedor debe responder del dominio de la cosa vendida. Sin embargo la mayor parte de la doctrina opina que no hay fundamento para extraer dichas conclusiones del precepto. Se argumenta que en el Derecho romano ya existía esta posibilidad de suspender el pago del precio y en ese momento sabemos que el vendedor no estaba obligado a transmitir el dominio.

Entiendo que el artículo 1502 del Código Civil no es suficiente para demostrar la obligación de transmitir del vendedor, en realidad estamos ante una *exceptio non adimpleti contractus*, que en cumplimiento del sinalagma funcional del contrato permite de manera objetiva la posibilidad de oponerse a la acción de cumplimiento si la otra parte no ha cumplido exactamente o no está dispuesto a cumplir su prestación.

4. *Traditio consistente en poner en poder del comprador los títulos de propiedad: artículo 1464 del Código Civil*

Algunos autores han defendido que la forma de *traditio ficta* para los bienes incorpóreos que señala este artículo, consistente en «poner del comprador los títulos de pertenencia», implica la obligación del vendedor de transmitir la propiedad, dicha propiedad se demuestra con la entrega del documento justificativo del derecho. Otros han señalado que una de las obligaciones del vendedor es la de entregar al comprador los títulos de pertenencia y en general de «facilitarle los informes necesarios para hacer valer el derecho transmitido y los elementos necesarios para asegurar su autenticidad y publicidad mediante la inscripción en el Registro público adecuado» (6).

Civil, II, 9.ª ed., Madrid, 2001, pág. 262. En contra, CUENA CASAS en *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, Barcelona, 1996, pág. 451.

(6) Señala la STS de 4 de enero de 1989 (RAJ 92) que: «Toda vez que para producir real y efectiva entrega jurídica de lo vendido se precisa que el vendedor entregue los

Considero que este argumento no es útil para fundamentar la obligación del vendedor de transmitir el dominio, ya que resulta coherente que cuando se está ante derechos incorporales el ordenamiento jurídico permita que la tradición o entrega con finalidad traslativa pueda efectuarse mediante el traspaso posesorio de los títulos que demuestran la existencia de esos derechos (7).

2. POSICIÓN JURISPRUDENCIAL

Para empezar por el origen de la cuestión, debemos partir de la sentencia del TS, de 26 de junio de 1924, que considera que: «La compraventa es un contrato consensual, bilateral y oneroso por el cual una persona se obliga a transferir a otra el dominio de una cosa mediante la obligación, que es recíproca de entregar a aquélla la cantidad estipulada con el carácter de precio».

Posteriormente se refuerza la existencia de un deber de transmitir el dominio en base a la sentencia de 4 de junio de 1928, que dice en relación con la pretendida definición contenida en el artículo 1445, que «...dice con alguna impropiedad que el vendedor se obliga a entregar la cosa, y no que se transfiere el dominio, cuando la naturaleza del contrato es precisamente la transferencia de la propiedad, aunque sea necesaria la entrega de la cosa».

La ausencia de objeto y la consiguiente inexistencia de contrato ha sido alegada en sentencias como la de 27 de diciembre de 1932, en la que el TS utiliza el aforismo romano *nemo dat quod non habet* para argumentar que si los vendedores carecían del dominio sobre la cosa vendida al tiempo de realizarse la compraventa, falta un elemento esencial para la existencia del contrato mismo, criterio también seguido por la sentencia de 1 de junio de 1948, siendo la sentencia de 20 de octubre de 1950 la que con mayor claridad se refiere a los efectos cuando declara que en tal supuesto, «el contrato cuya nulidad se pretende no es simplemente anulable sino radicalmente nulo o inexistente... no concurren en el contrato todos los requisitos exigidos por el artículo 1261 del Código Civil, por no tener realidad el derecho de propiedad de las actoras, que se hace figurar como objeto de la contratación y sobre el que no puede recaer consentimiento de los contratantes que conocían la carencia de esa realidad».

Por su parte, la sentencia de 23 de junio de 1951 analizó las características del objeto del contrato y declaró que al tiempo de realizarse la venta que era objeto de impugnación, «ya no estaba la finca vendida en poder del vendedor y no pudo transferir su propiedad, por lo que carecía de objeto ese último contrato, según doctrina de las sentencias de 27 de diciembre de 1932 y 1 de junio de 1948, ya que esa falta es de apreciar no sólo en el caso de inexistencia material del objeto, sino también por la imposibilidad jurídica de ser materia del contrato en cuestión la cosa sobre la que se pretende contratar».

títulos de pertenencia y cuantos informes y elementos sean necesarios, que debe tener aquél a su disposición para la eficacia del derecho transmitido e inscripción en el registro correspondiente».

(7) La sentencia de 23 de octubre de 1934 entiende que la entrega de los títulos de pertenencia son obligaciones del vendedor omitidas por el Código, pero que han de ser estimadas como auxiliares o complementarias de la obligación de entregar y necesarias para que no quede frustrada la finalidad traslativa del contrato e impedidos los efectos registrales del mismo.

La sentencia de 31 de enero de 1963 declaraba que la falta de disponibilidad sobre la cosa vendida por parte del disponente «no provocaría la nulidad del contrato por ilicitud de causa sino por falta de objeto».

Las sentencias citadas no hacen referencia a supuestos en los que la exigencia de ser propietario y transmitirlo por la relación jurídica contractual entablada sea dimanante simplemente de un pacto basado en el artículo 1255 del Código Civil, que como estipulación transformase en *condictio sine qua non* dicha circunstancia. Por el contrario, considero que se trata de una creencia amparada en la funcionalidad del negocio y en el hecho de que la compraventa sea un contrato traslativo del dominio, no como una simple característica, sino como una verdadera exigencia funcional derivada de su naturaleza jurídica.

Las sentencias del Tribunal Supremo, de 15 de octubre de 1973, 4 de enero de 1989 y 6 de julio de 1992, abundan en la ineficacia del contrato cuando el vendedor no es propietario alegándose el error como vicio del consentimiento.

Entre las sentencias que defienden la tesis no transmisionista destaca la de 10 de febrero de 1936, en la que el TS declara que «se amplía prudentemente el contenido de la obligación de entrega... y no es lícito derivar de ello la existencia de una amplia obligación legal de garantizar la perfecta titularidad de la cosa que es el objeto del contrato, en un país como el nuestro en que ni los textos legales vigentes imponen una absoluta y rigurosa garantía de los vicios jurídicos, ni los usos del tráfico permiten que se entienda implícitamente pactada esa responsabilidad».

En definitiva, se trata de la admisión de una ampliación contenida en la obligación de entrega, que bien podría alcanzar a meras obligaciones accesorias, sin que se modifique el marco natural impuesto por la ley, que no es otro que la transferencia posesoria y la obligación de saneamiento. Y dicha doctrina se consolida en sentencias posteriores como las de 24 de septiembre de 1963 y 27 de abril de 1964.

Autores como GARCÍA CANTERO se han basado en esta orientación jurisprudencial para defender la inexistencia de una obligación específica de transmitir el dominio, que además en ningún caso se podría considerar como un requisito esencial de la compraventa de forma que su incumplimiento nos llevaría únicamente a aplicar la doctrina derivada del artículo 1124.

Según la doctrina no transmisionista, la transferencia del dominio únicamente sería constitutiva de una obligación específica cuando las partes lo hubieren pactado expresamente, atribuyéndole a su cumplimiento la máxima eficacia del negocio jurídico celebrado, por funcionar a modo de *condictio sine qua non*.

Es mayoritaria la jurisprudencia transmisionista basada en la conservación del fin del negocio jurídico, siendo muchos los pronunciamientos jurisprudenciales que reconducen la cuestión al error o al dolo, como hace la sentencia de 21 de octubre de 1981 cuando declara aplicables los artículos 1269 y 1270 al caso de una compraventa en la que la parte vendedora no ignoraba que carecía de título dominical sobre el objeto del contrato celebrado.

También son muchas las sentencias en las que el TS declara el deber de indemnizar a la parte compradora cuando se aprecia la ausencia de capacidad dispositiva en la parte vendedora, aunque lo hacen tras el reconocimiento de la inexistencia de un deber específico para el vendedor de transmitir el dominio como declara la sentencia de 12 de abril de 1982: «el contrato privado de compraventa, válido y eficaz en derecho como contrato consensual y suficiente para legitimar al comprador en su derecho a exigir su cumplimiento, bien

confirmando la transmisión ya operada, ora su transformación en el equivalente indemnizatorio supuesto en que el vendedor no tuviera la real titularidad o no pudiera adquirir el bien», criterio también sentado en la sentencia de 21 de mayo de 1992.

Nuestra jurisprudencia parece mostrarse reacia a una aplicación directa del artículo 1124 del Código Civil en los casos de ausencia de dominio en el vendedor porque considera que el Código no le obliga a serlo cuando contrata, razón por la que cumple la prestación debida simplemente con la transferencia de la posesión pacífica, respondiendo en su caso por evicción.

Este es el caso contemplado en la sentencia de 9 de octubre de 1997 en la que se declara que se admite plenamente la validez de la venta de cosa ajena, liberando en principio al vendedor de la justificación de la propiedad sobre la cosa, no admitiendo la aplicación del artículo 1124, criterio que también siguen las sentencias de 31 de diciembre de 1997 y de 31 de mayo de 2002.

La sentencia de 27 de mayo de 1997 califica a la compraventa como negocio meramente obligacional, sin perjuicio de la aplicación posterior de las normas que rigen el saneamiento, idea que se deduce también de la sentencia de 31 de mayo de 2002, referida a la aplicabilidad del artículo 1124 en relación con el 1504 en una compraventa de inmuebles.

La consecuencia de nulidad o anulabilidad del contrato cuando concurren los vicios del consentimiento o los que afecten a los elementos esenciales de forma que los hagan desaparecer, habrá de valorarse en cada caso concreto. Si bien hay que tener en cuenta que si el vendedor no tiene la propiedad de la cosa que vende, y el comprador ignora dicha circunstancia, considero que existe un error en la sustancia del contrato que determinaría su anulabilidad por el juego de los artículos 1266 y 1301 del Código Civil.

III. EL PACTO DE RESERVA DE DOMINIO

1. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

Con el nombre de pacto de reserva de dominio se conoce aquel pacto expreso por virtud del cual las partes acuerdan que la entrega o *traditio* no transmita la propiedad de la cosa al comprador sino hasta el momento en que éste cumple definitivamente su obligación.

La determinación de su naturaleza jurídica es una cuestión compleja que carece de una solución unitaria desde un punto de vista doctrinal. RIVERA FERNÁNDEZ (8) considera que «este estado de incertidumbre sobre la naturaleza jurídica de la reserva de dominio es sumamente dañosa para el tráfico comercial, teniendo en cuenta la difusión que tal cláusula ha obtenido en la venta a plazos. Ello obedece a que la elección de una u otra construcción condicionará decisivamente las soluciones a adoptar sobre los múltiples problemas que presenta la institución».

Entre las diferentes posiciones doctrinales que han intentado explicar la naturaleza jurídica de la reserva de dominio destacamos la de la «adquisición progresiva de la propiedad», utilizando la terminología de RIVERA FERNÁNDEZ, que ha sido apuntada en diferentes sistemas de derecho comparado y que consiste

(8) RIVERA FERNÁNDEZ, *La posición del comprador en la venta a plazos con pacto de reserva de dominio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pág. 27.

en la existencia de cuotas variables de propiedad que se van adquiriendo a medida que se desarrolla la vida del contrato. Esta teoría no ha tenido refrendo doctrinal, ya que deja sin resolver varias cuestiones como, por ejemplo, el tratamiento fiscal que le correspondería o quién respondería de los daños sufridos por la cosa enajenada mientras está vigente el contrato.

En la doctrina italiana ha tenido acogida la teoría que considera la reserva de dominio como una hipótesis de venta obligatoria, respecto de ella entiende RIVERA FERNÁNDEZ (9), que «se construye la reserva de dominio como una consecuencia normal de la bilateralidad del contrato, donde se distingue un sinalagma genético, existente en el momento estático de la conclusión del contrato, y un sinalagma funcional propio de la ejecución contractual. Si el pago se retrasa por acuerdo voluntario de las partes, la transmisión de la propiedad como consecuencia de la bilateralidad contractual también se demora hasta el pago íntegro del precio, produciéndose entonces sí, una adquisición *ex nunc* de la propiedad y no *ex tunc*, como sucedería en el supuesto de considerar la venta con reserva de dominio sometida a condición suspensiva».

También existe una posición doctrinal que ha visto en la reserva de dominio una promesa de venta por parte del vendedor al comprador con la modalidad de entender que el comprador llega a adquirir un derecho de opción a la adquisición de la cosa vendida con reserva de dominio. La principal objeción que se le hace a esta tesis es que no se corresponde con la voluntad de las partes que verdaderamente están celebrando un contrato de compraventa pero concediendo una garantía a favor del vendedor respecto del precio aplazado.

Se ha intentado también explicar la naturaleza jurídica de esta figura considerándola como una venta sujeta a término, es decir, entender que se trata de una venta perfecta pero con una posposición temporal de los efectos traslativos del dominio. Esta teoría ha sido criticada por autores como RIVERA FERNÁNDEZ, que consideran que en ningún caso podemos considerar la reserva de dominio como una venta a término, por la simple razón de que el pago del precio carece de las características propias del término ya que es *incertus an e incertus quando*. Por su parte, FERRARA SANTAMARÍA entiende que la propiedad será adquirida por el comprador, aunque no haya pagado todo el precio mientras que el vendedor deberá soportar todos los riesgos que se derivan de esta transmisión, inconvenientes que con la reserva de dominio había querido evitar.

Parte de la doctrina la califica como una prenda sin desplazamiento, esta teoría tiene su principal aplicación en el ámbito de los bienes muebles, el pacto funcionaría como una condición resolutoria, adquiriendo el comprador la propiedad gravada y en caso de incumplimiento el pacto no conllevaría que el vendedor recuperara la propiedad del bien vendido sino que autorizaría al vendedor a la realización del mismo y con la cantidad obtenida en la enajenación se procedería a la satisfacción del crédito. La principal duda que plantea es si esta teoría sería aplicable también a la venta de bienes inmuebles, respecto de esta cuestión entiendo que la reserva de dominio es una figura jurídica de carácter unitario y que tiene un mismo contenido con independencia del objeto sobre el que recaiga la venta. Autores como ALONSO PÉREZ (10) ponen de relieve las diferencias entre la prenda y la reserva de dominio, al considerar que la reserva no significa una condición suspensiva de la tradición y que lo único que puede someterse a condición es el negocio y no las prestaciones

(9) RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 37.

(10) ALONSO PÉREZ, *El riesgo en el contrato de compraventa*, Madrid, 1972, pág. 372.

derivadas del mismo, diferencias que también parecen claras si atendemos a la función económica de una y otra figura jurídica.

Finalmente la mayoría de la doctrina entiende que la naturaleza jurídica de la reserva de dominio se asemeja a la condición, distinguiendo entre quienes consideran que se trata de una condición suspensiva y que por lo tanto no se producen los efectos típicos de la compraventa hasta que tiene lugar el cumplimiento de la condición, y los que entienden que se trata de una condición resolutoria cuyos efectos se producen «desde luego» pero teniendo en cuenta que si se cumple la condición se retrotraen los efectos al momento anterior a la celebración del contrato.

En mi opinión se trata de una condición suspensiva y no resolutoria, ya que si atendemos a la finalidad de las partes, se trata de retrasar el efecto traslativo de la propiedad hasta el momento del cumplimiento definitivo. La finalidad práctica es garantizar el pago del precio aplazado, reservándose el vendedor la propiedad de la cosa vendida hasta el íntegro pago de la última cuota de aquél. En base a esta teoría, que considero que es la más acertada y que también ha sido seguida por la jurisprudencia del TS, aplicaríamos las normas que nos ofrece nuestro Código Civil para este tipo de condiciones y así se podrían resolver las diferentes cuestiones relativas a su funcionamiento.

Respecto de su admisibilidad en la venta de bienes inmuebles es unánime el criterio jurisprudencial que considera que nos encontramos ante un pacto lícito que encuentra su apoyo en el principio de autonomía de la voluntad tipificado en el artículo 1255 del Código Civil y que respeta los límites que respecto de la misma constituyen la ley, la moral y el orden público. Esta admisibilidad se fundamenta en una derogación convencional del efecto traslativo de la propiedad que viene determinado por la entrega de la posesión acompañada de un título suficiente, en base a ello podemos diferenciar la reserva de dominio de una serie de pactos que aunque tengan una finalidad semejante se realizan a través de distintos medios.

Por todo lo que hemos expuesto, la reserva de dominio es un medio de garantía del precio aplazado en las compraventas que resulta más beneficioso que la hipoteca o que cualquier otro modo de garantía real para el acreedor, ya que sigue siendo propietario del bien enajenado y tiene las mayores garantías tanto respecto del comprador como respecto de los terceros.

2. ASPECTOS REGISTRALES

El acceso al Registro de la venta de un inmueble con reserva de dominio ha sido una cuestión muy discutida en la doctrina. Se trata de una cuestión importante, ya que si entendemos que la posición jurídica del comprador tiene acceso al Registro, tendría un medio de publicidad adecuado para su oponibilidad frente a terceros de buena fe.

En cuanto a la forma de su acceso al Registro, podemos señalar las siguientes, siguiendo a RUIZ RICO:

Se podría considerar como un pacto de reserva de dominio en sí mismo que como integrante del negocio jurídico que se inscribe podría tener su constatación tabular en el fondo del asiento registral conforme al artículo 10 de la LH y de los apartados 5 y 6 del artículo 51 del RH.

También podría tener acceso al Registro mediante su configuración expresa como una condición suspensiva en garantía del pago del precio aplazado, copiándose literalmente en base a lo dispuesto en el artículo 51.6 del RH.

La tercera posibilidad sería hacerlo constar como una condición resolutoria explícita siguiendo los criterios establecidos en el artículo 51.6 del RH.

Autores como GÓMEZ GÁLLIGO y AMORÓS GUARDIOLA consideran que para su estudio debemos partir más que de la forma de acceso al Registro, de un análisis acerca de si reúnen los requisitos necesarios para la inscripción.

GÓMEZ GÁLLIGO (11), que ha estudiado con detenimiento esta cuestión, considera que la compraventa sujeta a condición suspensiva del pago del precio en la que se estipula que llegado el vencimiento del precio aplazado si no se ha pagado se tendrá por incumplida la condición y por tanto no efectuada la venta, mientras que si se paga dicho precio adquirirá el comprador el pleno dominio del inmueble, no es inscribible. Los argumentos serían los siguientes:

1. No nos encontramos ante una verdadera condición, ya que su cumplimiento o incumplimiento depende de la voluntad del deudor, lo que implicaría la nulidad de la obligación en base al artículo 1115 del Código Civil.
2. Se produciría una contravención de la prohibición del pacto comisorio *ex* artículo 1859 del Código Civil, ya que el vendedor, que es acreedor del precio aplazado, puede apropiarse del inmueble en caso de falta de pago de dicho crédito.
3. Se trata de eludir la interpretación restrictiva que hace la jurisprudencia del TS y de la DGRN del artículo 1504 del Código Civil y del artículo 59 del RH, los cuales matizan el carácter automático de la resolución cuando el comprador se opone a ella en el requerimiento de pago y exigen para que tenga lugar la reinscripción a favor del vendedor la consignación global de las cantidades percibidas por el vendedor, incluidos los intereses sin que se pueda deducir nada en concepto de cláusula penal, ya que la misma queda sujeta a la moderación y arbitrio por parte de los Tribunales en todo caso, también a efectos de su constatación registral.
4. Se plantea el problema de la inscribibilidad de las compraventas en las que no existe transmisión propia de la propiedad a favor del comprador, la cual queda condicionada al pago del precio.

Entiende GÓMEZ GÁLLIGO que la cuestión puede resumirse en que, si bien la reserva de dominio se admite jurisprudencialmente, siendo discutida su naturaleza, es por razones de equidad para proteger al comprador frente a los embargos del vendedor. Por ello, frente a su validez, se discute su inscribibilidad, ya que es discutible que atribuya derecho real alguno al comprador a quien tan solo se le entrega la posesión, salvo siempre el caso que se considere expresamente inscribible por alguna norma positiva como la Ley 483 de la Compilación de Navarra con la finalidad de dotarle de eficacia frente a terceros y convirtiendo la posición del comprador en un *ius ad rem*.

(11) GÓMEZ GÁLLIGO, J., «Venta en la que no se transmite el dominio hasta el cumplimiento de la condición suspensiva de pago del precio», en *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, núm. 50 bis, págs. 125 a 127.

Por su parte, hay otros autores como AMORÓS GUARDIOLA que defienden la inscripción de la venta con reserva de dominio al considerarla como una garantía que merece publicidad tabular. A pesar de que el artículo 11 de la LH establece que: «La expresión del aplazamiento del pago no surte efectos en perjuicio de terceros a menos que se garantice aquél con hipoteca o se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita», AMORÓS GUARDIOLA entiende que la finalidad del artículo 11 LH no es enumerar las únicas garantías posibles del precio aplazado, sino establecer su eficacia frente a terceros de las formas más habituales de estas garantías como son la hipoteca y la condición resolutoria.

Considera que la intención del legislador al redactar el artículo 11 de la LH no era otra que diferenciar los efectos que produce frente a terceros la condición resolutoria según esté o no inscrita, ya que en el primer caso los posibles adquirentes y titulares de derechos respecto de la citada finca no pueden evitar quedar vinculados por la resolución mientras que en el segundo caso si concurren en el tercero los demás requisitos tipificados en el artículo 34 de la LH no quedarían afectados por la posible resolución posterior.

También argumenta en base a que si aceptamos la inscripción del dominio sujeto a condición resolutoria no hay razones para rechazar la inscripción del dominio sujeto a condición suspensiva, ya que ambas son condiciones sujetas a una misma regulación.

Finaliza su argumentación diciendo: «Entiendo que el pacto referido debe ser inscribible no sólo por las razones apuntadas, sino también porque a través de su inscripción podrá publicar el Registro las vicisitudes de la dinámica del derecho de dominio, reflejando así la variante y compleja realidad civil extrarregistral; porque en el sistema español la publicidad registral actúa también con plena eficacia respecto a los derechos condicionales; porque sólo así estaría adecuadamente protegido el comprador frente a los terceros, al ser la suya una situación provisional pero consolidable, valorable en dinero y susceptible de enajenación, si bien con su propia limitación de pendencia; y porque una vez admitida la reserva de dominio resulta imprescindible arbitrar un sistema de publicidad registral para dar a conocer a los terceros esta limitación, pues sin la publicidad la reserva de dominio queda sin efecto en cuanto el comprador enajene y el subadquirente desconozca la situación de pendencia, se rompe la seguridad del tráfico y se desvirtúa la garantía».

«Su inscripción resultaría indudable tanto si se piensa que lo que se inscribe en el Registro son meros títulos ya que la reserva de dominio va incluida en el contrato de compraventa formando parte del contenido normativo del negocio, como si se estima que se inscriben derechos subjetivos, aquí se trataría de un derecho de dominio suspensivamente condicionado en la compraventa de que deriva».

La DGRN en Resoluciones de 19 de enero de 1985 y de 6 de febrero de 1990 ha entendido que nos encontramos ante una figura creadora de una situación jurídico real susceptible de ser inscrita en el Registro de la Propiedad.

En mi opinión y partiendo de que carece de exteriorización que posibilite su conocimiento por terceros, creando además una apariencia de titularidad en el comprador, sería deseable la creación de un sistema de publicidad, la cual se lograría mediante el acceso al Registro de la Propiedad y con su constatación tabular se impediría que surgiera la figura del tercero de buena fe que ha confiado en la apariencia.

3. EFECTOS QUE PRODUCE LA RESERVA DE DOMINIO

Para analizar esta materia vamos a distinguir entre las siguientes posiciones jurídicas, la del vendedor, la del comprador y la de terceros acreedores del comprador y del vendedor.

A) *Posición jurídica del vendedor*

Se plantea si tiene la facultad de disponer del bien que ha enajenado con reserva de dominio y respecto de esto debemos distinguir el objeto de la disposición, el vendedor carece de la posibilidad de disponer del bien, como señala la Ley 483 de la Compilación navarra, pero ello no significa que no tenga capacidad dispositiva de aquello que es titular, es decir, de un bien gravado con reserva de dominio. En caso de disposición el adquirente se subrogará en su posición con las facultades que le correspondan y sólo en el supuesto en que el comprador incumpliera su obligación de pago llegaría a ser pleno propietario.

En su posición jurídica no parece que responda de los menoscabos que la cosa vendida puede sufrir desde el momento de la entrega del disfrute material a favor del comprador, el cual sí asume la responsabilidad de los mismos. Por su parte, el vendedor está obligado a asumir la responsabilidad por evicción y por los vicios ocultos que tuviera lo vendido, comenzando a computarse los plazos de prescripción de sus acciones respectivas desde el momento en que se produjo la entrega material del bien.

La sentencia del TS, de 19 de mayo de 1989, contempla la posibilidad de ejercitar una tercería de dominio por el comprador que ha cumplido su obligación de pago como consecuencia de un embargo trabado por los acreedores del vendedor. En esta sentencia se contempla la posición jurídica del vendedor como propietario de los inmuebles en cuestión, pero teniendo en cuenta que es titular de un derecho real de propiedad limitado por la propia reserva de dominio y que si el comprador va cumpliendo puntualmente sus pagos, no puede considerarse que el bien forma parte del patrimonio del vendedor a la hora de establecer su responsabilidad patrimonial universal.

B) *Posición jurídica del comprador*

Su situación jurídica se caracteriza por ostentar la posesión del bien, pero no como un mero detentador sino como titular de un derecho sobre el bien. Dicha titularidad incluye la facultad dispositiva de su derecho sin incurrir en extralimitación de sus facultades y por lo tanto es también susceptible de ser gravada a favor de terceros. Esta posición conlleva además una expectativa de consolidación dominical en la medida en que cumpla su obligación de pago dentro de los plazos establecidos.

La jurisprudencia ha partido de posiciones excesivamente restringidas al analizar la posición jurídica del comprador tanto al reconocerle una simple detentación sin derecho alguno sobre el bien como al impedirle el ejercicio de tercerías de dominio en caso de embargo del bien por los acreedores del comprador, para ir progresivamente flexibilizando su doctrina y reconocerle como poseedor legítimo.

C) *Posición jurídica de los terceros*

La cuestión que más problemas plantea en la práctica es la determinación de los bienes que pueden ser atacados tanto por los acreedores del comprador como por los del vendedor. La resolución de esta cuestión viene determinada por la posición que adoptemos respecto de la posición jurídica de comprador y vendedor, así como los derechos que se le atribuyan a cada uno de ellos durante la pendencia de la condición así como en el momento de su cumplimiento.

Si entendemos que el vendedor sigue siendo propietario de la cosa enajenada y que el comprador es exclusivamente titular de una expectativa, los acreedores del primero pueden embargar el pleno dominio del citado bien perjudicando los derechos del comprador, sin que los acreedores de este segundo pudieran ejercitar derecho alguno. Pero si por el contrario entendemos que es el comprador el propietario del bien desde el momento de la perfección del contrato, son sus acreedores los legitimados para solicitar la traba respecto del bien, sin que ni el vendedor ni sus acreedores tengan un derecho similar de afección.

El TS ha evolucionado en su jurisprudencia desde una posición clásica en la que los acreedores del vendedor tenían preferencia sobre el bien enajenado frente al comprador aún en el caso de que fuera cumpliendo puntualmente sus obligaciones de pago, hasta un segundo momento en que se invierte dicha preferencia a favor del comprador.

Podemos entender que las titularidades entre ambos no son incompatibles, sino que por el contrario cabe su establecimiento conjunto al referirse a aspectos diferentes. Los acreedores del vendedor podrán solicitar el embargo de los derechos que sobre el mismo ostenta en el bien, traba que es compatible con la realizada por los acreedores del comprador respecto de los derechos que le corresponden respecto al mismo bien.

Por ello puede considerarse que respecto del mismo bien se traben embargos a favor de los acreedores de ambas partes, ya que dichos embargos tendrían objetos distintos y por lo tanto serían compatibles entre sí.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- AMORÓS GUARDIOLA, M.: «El pacto de reserva de dominio en los bienes inmuebles», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1972, núm. 488, págs. 9 a 41.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1989», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 29, 1989, págs. 571 a 581.
- CASAS VALLÉS, R.: «La reserva de dominio en la venta de inmuebles. Apuntes sobre su naturaleza jurídica a la vista de algunas sentencias del Tribunal Supremo», en *Revista Jurídica de Cataluña*, año LXXXV, núm. 3, 1986, págs. 605 a 648.
- CECCHINI ROSELL, X.: *La obligación de transmitir la propiedad en el contrato de compraventa*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A.: «Sobre el pacto de reserva de dominio (a propósito de la sentencia de 19 de mayo de 1989)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1991, págs. 9 a 42.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J.: «Venta en la que no se transmite el dominio hasta el cumplimiento de la condición suspensiva de pago del precio», en *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, núm. 50 bis, págs. 125 a 127.

- «Inscripción de condición resolutoria en garantía de precio aplazado», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 613, año 1990, págs. 2492 a 2494.
- GUTIÉRREZ JEREZ, L. J.: *Transmisión de la propiedad y contrato de compraventa*, ed. Reus, Madrid, 2009.
- «Las características definitorias de la naturaleza jurídica del contrato de compraventa», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, tomo I, Centro de Estudios, Madrid, 2006, págs. 475 a 495.
- JEREZ DELGADO, C.: «Tradición y Registro», en *Cuadernos de Derecho Registral*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2004.
- «Eficacia de una escritura pública de venta cuando la propiedad es claudicante», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, tomo II, Centro de Estudios, Madrid, 2006, págs. 2469 a 2501.
- MONTÁNCHEZ RAMOS, M.: «Inscribibilidad de la venta con reserva de dominio», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albadalejo García*, tomo II, Centro de Estudios, Madrid, 2004, págs. 3335 a 3349.
- *Algunas reflexiones respecto del pacto de reserva de dominio*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2006.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Tomo I, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001.
- RIVERA FERNÁNDEZ: *La posición del comprador en la venta a plazos con pacto de reserva de dominio*, Tirant lo Blanch, 1993.

V. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS

STS de 26 de junio de 1924.
STS de 4 de junio de 1928.
STS de 27 de diciembre de 1932.
STS de 23 de octubre de 1934.
STS de 10 de febrero de 1936.
STS de 1 de junio de 1948.
STS de 20 de octubre de 1950.
STS de 23 de junio de 1951.
STS de 31 de enero de 1963.
STS de 24 de septiembre de 1963.
STS de 27 de abril de 1964.
STS de 15 de octubre de 1973.
STS de 21 de octubre de 1981.
STS de 12 de abril de 1982.
STS de 4 de enero de 1989.
STS de 19 de mayo de 1989.
STS de 24 de mayo de 1992.
STS de 6 de julio de 1992.
STS de 27 de mayo de 1997.
STS de 9 de octubre de 1997.
STS de 31 de mayo de 2002.
RDGRN de 19 de enero de 1985.
RDGRN de 6 de febrero de 1990.

RESUMEN

TRANSMISIÓN DEL DOMINIO
EN LA CV
PACTO DE RESERVA DE DOMINIO

En este trabajo pretendemos analizar la transmisión dominical en la compraventa, estudiando si el vendedor tiene la obligación de transmitir la propiedad al comprador o simplemente obliga a entregar la cosa y mantener al comprador en su pacífica posesión, para ello se parte del Derecho Romano y se conecta con las vigentes disposiciones del Código Civil.

Se analiza también el pacto de reserva de dominio que es el pacto expreso por virtud del cual las partes acuerdan que la entrega o traditio no transmita la propiedad al comprador hasta el momento en que éste cumple definitivamente su obligación de pago, centrándonos en el estudio de su naturaleza jurídica, su delimitación conceptual, los aspectos registrales, sus efectos, así como los criterios jurisprudenciales sentados en la materia.

ABSTRACT

TRANSFER OF OWNERSHIP
IN PURCHASES
OWNERSHIP RESERVATION
ACCORD

This paper attempts to analyse the transfer of ownership in purchases, looking at whether the seller has the obligation to transfer ownership to the buyer or is simply obligated to deliver the thing and preserve the buyer's peaceful possession of the thing. The starting point is Roman Law, and connections are made with the current provisions of the Civil Code.

There is also an analysis of ownership reservation accords, which are express accords under which the parties agree that the delivery or traditio does not transfer ownership to the buyer until the buyer has definitively discharged his or her payment obligations. Focus is placed on the study of the legal nature of such accords, their conceptual delimitation, their registration-related aspects, their effects and the established criteria of case law on the subject.

1.7. Concursal Civil

DACIÓN EN PAGO DE LA VIVIENDA HIPOTECADA Y PACTO COMISORIO

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS
Profesora Ayudante Doctora
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. LA DACIÓN EN PAGO EN EL ACTUAL CONTEXTO DE SOBREENDEUDAMIENTO HIPOTECARIO DE LOS CONSUMIDORES.—II. DACIÓN EN PAGO, CESIÓN PARA PAGO Y ADJUDICACIÓN EN PAGO.—III. EL PACTO COMISORIO.—IV. LA RATIO DE LA PROHIBICIÓN DEL PACTO COMISORIO.—V. EL PACTO COMISORIO Y LA DACIÓN EN PAGO.—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. LA DACIÓN EN PAGO EN EL ACTUAL CONTEXTO DE SOBREENDEUDAMIENTO HIPOTECARIO DE LOS CONSUMIDORES

Es innegable que vivimos un momento de sobreendeudamiento hipotecario de los consumidores. En tales circunstancias, es fácil que el deudor bancario consumidor llegue a una situación en la que le resulte imposible hacer frente al cuadro de amortizaciones pactado con el Banco. Una alternativa que se le presenta al deudor en tales casos es ofrecer en su lugar *bienes por valor equivalente al importe adeudado*. Es decir, verificar una dación en pago. Según ADÁN GARCÍA se ha constatado en las oficinas registrales un considerable aumento de daciones en pago de la deuda hipotecaria contraída con las entidades de crédito. Éstas evitan de este modo la morosidad y acudir a la vía ejecutiva (1).

En otros ordenamientos (países anglosajones), la entrega del bien hipotecado al acreedor extingue la obligación garantizada y libera al deudor de responsabilidad, pero no ocurre así en el Derecho español. Teniendo presente que la Jurisprudencia admite las daciones en pago parcial [SSTS de 29 de abril de 1991, *RJ* 1991/3106 (2); STS de 18 de noviembre de 1996, *RJ* 1996/8639 (3); SAP de Alicante (Sección 7.^a) de 1 de febrero de 2002, *JUR* 2002/112215, SAP de Nava-

(1) Si un crédito se declara moroso, el Banco de España impone a las entidades de crédito la obligación de provisionar, esto es, destinar parte de sus recursos a cubrir el riesgo potencial de insolvencia. Con esta solución, patrocinada por la Asociación Hipotecaria Española, se consigue no aumentar la tasa de morosidad y que no se modifiquen desfavorablemente los ratios de solvencia. ADÁN GARCÍA, M.^a E., «La dación en pago», en *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009, pág. 509 y sigs.

(2) El TS admite que una entrega de bienes muebles a la acreedora en pago de la deuda derivada de dos letras de cambio, entrega aceptada voluntariamente por aquélla, ha de subsumirse no en una compensación, cuyos requisitos (art. 1196 CC) no concurren, sino en una especie de pago parcial integrador de la figura liberatoria que la doctrina ha constituido bajo la denominación de dación en pago, *datio in solutum*, figura que ya se caracterizó ante el silencio del Código Civil (si bien presupone este modo extintivo de la obligación en sus arts. 1521 y 1636, entre otros), por sentencia, entre varias, de esta Sala de 4 de octubre de 1989 (*RJ* 1989/6881) al decirse: «La dación en pago se produce cuando el acreedor acepta para cumplimiento de una obligación anteriormente constituida la entrega de unos bienes distintos de aquéllos en que la prestación consiste; dicho en otras palabras, dación en pago es todo acto de cumplimiento de una obligación que, con el consentimiento del acreedor, se lleva a cabo mediante la realización de una prestación distinta a la que inicialmente se había establecido. El elemento fundamental consiste, según enseña la doctrina, en que la prestación que se ejecuta constituye un *aliud* respecto de la prestación prefigurada, es decir, algo distinto de lo inicialmente previsto *aliud pro alio*». En el caso de autos al no discutirse la aceptación voluntaria por parte del actor de esa entrega de muebles, se enerva el posible juego de lo dispuesto en el artículo 1169 del Código Civil. En definitiva, si bien no hay compensación parcial, sí es perfectamente viable que se acople esa entrega de los muebles con su correspondiente valoración [que se hará en ejecución de sentencia] al juego liberatorio del repetido *pago parcial por dación en pago*.

(3) Se trata de un caso de dación en pago parcial de inmuebles hipotecados, en que la otorgante de la dación pretende exigir una rendición de cuentas a la Caja de Ahorros acreedora. El Tribunal Supremo considera que al estar en presencia de una dación en pago y no de una cesión de bienes, tal rendición de cuentas no procede. La actora únicamente podía pedir la constatación del resultado económico: el saldo después de la impugnación, pero no dicha rendición de cuentas.

rra (Sección 2.^a) de 19 de abril de 2004, *JUR* 2004/151845 (4)], si el Banco considera que el valor del bien entregado no cubre el importe del crédito adeudado sólo admitirá un valor liberatorio parcial a la dación, y el deudor seguirá debiendo el importe restante (arts. 105 LH y 579 LEC) (5) (6). Sólo existe un supuesto en el que la responsabilidad hipotecaria se limita al bien dado en garantía. Es el caso del artículo 140 LH. La potestad de decisión última está pues en la entidad financiera, pues es necesaria su libre voluntad de aceptar el inmueble

(4) En este caso se trataba de la dación en pago de un inmueble hipotecado en pago parcial de unos préstamos hipotecarios. El recurso de apelación que plantean los deudores se basa en la discrepancia de criterio con el juez *a quo* en el sentido de admitir éste la dación en pago con eficacia extintiva parcial de la obligación para cuyo cumplimiento se efectúa la dación, considerando, en cambio, los recurrentes, que esa eficacia extintiva parcial la prevé el Código Civil (art. 1175) solo para la cesión de bienes, mientras que la dación en pago implica en todo momento y en todo caso eficacia extintiva total.

El recurso es desestimado. La Sala se inclina por el criterio del Juzgador *a quo*, por entender que cabe pactar una extinción parcial de la obligación, para lo cual se ceda en pago un bien, o parte alícuota del mismo o en *pro indiviso*. «Nada impide dicho pacto, válido conforme a lo que previene el artículo 1255 del Código Civil y Ley 7 del Fuero Nuevo, y al que expresamente no se opone la Ley 495.1.º del Fuero Nuevo, que contempla incluso la posibilidad de mantener por pacto expreso las garantías de la obligación. El Tribunal Supremo también admite la validez de la entrega de bienes en pago parcial (STS de 18 de noviembre de 1996)».

(5) Téngase en cuenta, la medida arbitrada por el Gobierno en el Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, en el que se establece que cuando como consecuencia de una ejecución hipotecaria de la vivienda habitual, el producto de la venta fuese insuficiente para cubrir el crédito garantizado, en la ejecución forzosa posterior, basada en el mismo título ejecutivo (escritura de constitución del préstamo), se incrementará la cuantía del salario, pensión, sueldo o retribución inembargable (que era el salario mínimo interprofesional), en un 10 por 100 más y en un 20 por 100 adicional por cada uno de los miembros del núcleo familiar que carezcan de ingresos propios regulares. En lo que los salarios, pensiones, retribuciones o sueldos del ejecutado, excedan del salario mínimo interprofesional, y en su caso, de las cantidades adicionales dichas, serán embargables conforme a la escala prevista en el artículo 607.2 LEC. Esta medida, que trata de paliar la situación de sobreendeudamiento hipotecario de las familias, resulta insuficiente, pues el deudor hipotecario, *habiendo perdido su vivienda familiar, sigue sujeto al pago del crédito restante, viéndose abocado a un embargo de nóminas prácticamente a perpetuidad*, pudiendo recurrir a una clandestinidad financiera y económica. Resulta mucho más expeditiva la solución que arbitraremos en estas líneas.

(6) Como señala Mireia Insa, no es suficiente devolver la vivienda para cancelar la hipoteca si el valor de la vivienda es inferior al capital que falta por amortizar, al contrario de lo que sucede en otros sistemas financieros. En países como Estados Unidos, el hipotecado que no puede hacer frente a su cuota mensual de crédito, puede adjudicar al Banco la vivienda y liquidar así su deuda con la entidad acreedora, sea cual sea el valor de la vivienda. No se contempla así en España, puesto que si el Banco fija el precio del piso que recibe en pago de la deuda hipotecaria por cantidad inferior a la del préstamo, entonces el deudor queda debiendo la diferencia. A partir de dicha fecha, el particular deberá responder con otros bienes patrimoniales o con la nómina el pago del importe restante, que seguirá devengando los intereses pactados con las actualizaciones establecidas. Además el Banco —según la autora— no tendría por qué aceptar como valor de la vivienda para una dación en pago el que aparece en la escritura de hipoteca a efectos de subasta. Ese valor es a efectos de subasta, no un compromiso perpetuo de recompra a un precio pactado (Insa, Mireia, «¿Qué hacer ante la imposibilidad de pagar la cuota hipotecaria? La dación en pago como vía para saldar la deuda hipotecaria», en *Inmueble. Revista del Sector Inmobiliario*, núm. 94, 2009, págs. 35 a 38).

como forma de pago, y en segundo lugar, de darse por satisfecha y otorgar carta de pago de la obligación, o reclamar mayor cantidad, considerando la dación un pago parcial (7).

Si el artículo 105 LH resulta una norma problemática, el pinchazo de la burbuja inmobiliaria y la práctica de las entidades bancarias ha agravado las consecuencias del principio que establece (la hipoteca no altera la responsabilidad patrimonial universal del deudor). Las entidades crediticias han estado concediendo créditos que han llegado al 100 por 100 y hasta el 120 por 100 del valor de tasación de los inmuebles (8) y en todo caso, aunque no llegase a tales límites, en un mercado inmobiliario *sobrevalorado*. Tras el pinchazo de la burbuja inmobiliaria, las tasaciones de inmuebles se han reajustado a la baja, y las entidades crediticias no admiten la dación en pago como liberatoria de la totalidad del crédito, sino solo por el *importe equivalente al actual valor de tasación del inmueble*. Sin embargo, como defenderemos en estas líneas, los bancos deberían aceptar la dación en pago según la tasación inicialmente efectuada de la vivienda, que bastaba para garantizar el importe prestado, *pues dicha tasación se efectuó con conocimiento de la sobrevaloración del mercado de*

(7) Señala Mireia INSA que la utilización de la dación en pago como forma de extinción del crédito hipotecario debe partir de una propuesta del propio cliente ante el Banco o entidad financiera. Para aceptar la propuesta, el Banco realiza un estudio que recoja la situación de pagos, amortizaciones, etc., en la que se encuentra la hipoteca, *así como una nueva tasación del inmueble*. «Conviene también saber —señala— *que cuando es el Banco quien compra o recibe la vivienda en pago de una deuda, sus tasadores lo avalúan a la baja. De todos modos, el interesado siempre puede solicitar un tasador independiente*». Para realizar el estudio, el Banco generalmente requiere estar al corriente en los pagos de luz y agua, en los pagos de la Comunidad de vecinos y no tener ningún recibo de IBI pendiente. Generalmente los costes de la tasación y del estudio suelen correr por cuenta del cliente, mientras los gastos de la notaría son abonados según acuerdo de las partes. En el conjunto de esta operación también puede pactarse un contrato de alquiler para que el deudor hipotecario pueda seguir ocupando la vivienda como arrendatario (*op. cit. loc. cit.*).

(8) *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 del crédito*. 10 de febrero de 2009, págs. 3, 8 y 9. Según *La Gaceta*, un 3,3 por 100 de las hipotecas de la banca española superan el valor de tasación de la vivienda y otro 12,6 por 100 oscila entre esa barrera y el 80 por 100 del precio del piso, tope que el Banco de España desaconseja superar. Son datos de *junio de 2009*, pero los desveló el 30 de noviembre de 2010 el supervisor en la revista de «Estabilidad Financiera». El porcentaje anterior revela que el 84,1 por 100 de las hipotecas es préstamo *prudente*, inferior al 80 por 100 de la tasación y sube al 88,4 por 100 en promoción inmobiliaria. Un 53,7 por 100 está en manos de familias, y sólo el 1,5 por 100 en manos de extranjeros («El 16 por 100 de las hipotecas son osadas». *La Gaceta*, miércoles, 1 de diciembre de 2010). No está claro sin embargo, que el 84,1 por 100 de las hipotecas sean préstamo *prudente*, pues si la tasación sobre la que se concede el préstamo está sobrevalorada, se corre igualmente el riesgo de que la garantía no cubra el préstamo hipotecario ante una caída del precio de la vivienda. En el Dictamen del Consejo de Consumidores y Usuarios, antes mencionado, se señala que «*hasta el verano de 2008 en la comercialización de préstamos y créditos las entidades financieras han recurrido de manera generalizada y habitual a prácticas y fórmulas que han situado a los consumidores en una situación especialmente grave frente a una crisis que esas mismas fórmulas han propiciado: ...*

— Concesión de importes que superaban el 100 por 100 de los valores de tasación (y llegando hasta al 120 por 100) en un mercado *de cuya sobrevaloración advirtieron reiteradamente el propio Banco de España y múltiples instituciones europeas e internacionales*».

la vivienda (9) y en la confianza de una posterior revalorización del inmueble por la expansión de la burbuja inmobiliaria, motivada, entre otros factores, por la creación incesante de dinero escritural (anotaciones en cuenta) a través de la concesión masiva de créditos. Las entidades crediticias eran conscientes de que concediendo préstamos con garantías sobre pisos sobrevalorados, si se producía el pinchazo de la burbuja inmobiliaria, a la larga la garantía no cubriría el préstamo. Se perfilaría una situación abusiva por parte de la entidad bancaria si la dación en pago sólo se admitiese por el valor de tasación reajustado a la baja. Hay que tener en cuenta, además, que la dación en pago, favorece también a la entidad crediticia según hemos explicado antes (10).

A continuación expondremos los argumentos que fundamentan esta posición (11).

II. DACIÓN EN PAGO, CESIÓN PARA PAGO Y ADJUDICACIÓN EN PAGO

La dación en pago (*datio pro soluto*), no acogida expresamente por el Código Civil, aunque éste la da por supuesta en artículos como el 1459.5.º, 1521, 1536, 1636 y 1849, goza de un amplio reconocimiento jurisprudencial. La STS, de 19 de octubre de 2006, la define como «aquel negocio jurídico por el que el deudor y el acreedor pactan que el pago se realice con una prestación distinta de la que era objeto de la obligación». En parecidos términos, las SSTs de 7 de octubre de 1992 y 28 de junio de 1997 (12). Desde luego, es un negocio jurídico bilateral con causa onerosa, que implica una transmisión onerosa, en la que el

(9) Habría que fijar la fecha a partir de la cual se puede entender que se inició la burbuja inmobiliaria y las entidades crediticias tenían tal conocimiento, para aplicar a partir de entonces la solución que arbitramos en este trabajo, por lo menos, mientras exista una situación de caída generalizada de los precios, situación que es la que contemplamos en el presente estudio.

(10) «Esto es debido al estricto régimen de dotaciones contables de insolvencias (provisiones que penalizan la cuenta de resultados de la entidad, en tanto que la reducen en iguales importes) de tal modo que para esa tipología de acreedores (bancos) se hace preferible hoy la adquisición presente del bien (con quita de parte de la deuda, si fuera menester) que la potencial adjudicación futura, tras la subasta judicial de ese mismo bien, que acabaría adjudicado en pago, soportando al mismo tiempo la provisión contable del 100 por 100 de la deuda impagada (Deuda provisionable = principal + intereses – indemnización)». GARCÍA MEDINA, J., «Alternativas a la subasta», en *Diario la Ley*, miércoles, 20 de enero de 2010, núm. 7324).

(11) La dación en pago, por otro lado, es el instrumento jurídico más utilizado con los extranjeros insolventes, carentes de arraigo en territorio nacional, que no poseen otros bienes. En la práctica los bienes hipotecados constituyen su único patrimonio, de modo que *de facto* jugaría el artículo 140 LH, pues el 1911 del Código Civil no alcanza más allá del inmueble hipotecado. No responde a criterios de justicia que *de facto*, juegue para la población inmigrante el artículo 140 LH, y la población autóctona quede sujeta al artículo 105 LH. Éste es un argumento más que justifica la posición que mantendremos en este trabajo.

(12) Aunque el pago debe consistir en la realización exacta de la prestación debida (art. 1166 CC. *Aliud pro alio invito creditore solvi non potest*, D. 12,1,2,1; *aliud pro alio invito debitore peti non potest*) si deudor y acreedor están de acuerdo, puede verificarse mediante otra prestación. Cuando el acreedor acepta la dación en pago está admitiendo que el deudor cumpla su obligación, aunque no sea de forma completa, y con otra prestación distinta a la inicialmente pactada, con lo que se produce la eliminación de características intrínsecas del pago como son la integridad y la identidad.

acreedor sucede al deudor en la titularidad del bien a título oneroso a cambio de la extinción total o parcial de la obligación incumplida.

Es muy discutida por doctrina y jurisprudencia la naturaleza jurídica de la dación en pago. Con ALBALADEJO y CASTÁN TOBEÑAS (13) entendemos que es una variante o forma especial de pago, un «subrogado del cumplimiento», como dicen las SSTs de 20 de febrero de 1967, 30 de noviembre de 1973, 13 de mayo de 1983, de 5 de octubre de 1987, 25 de mayo de 1999 y 27 de septiembre de 2002. Forma especial de pago en que por acuerdo de las partes se altera la identidad de la prestación (14) (15). Cuestión en la que no podemos entrar es la relativa a si la dación en pago consiste en un contrato real, compuesto por el acuerdo de acreedor y deudor y el cumplimiento de la prestación nueva (ALBALADEJO, BERCOVITZ) o en un contrato consensual, de modo que el pagar con la prestación nueva es ejecución de ese contrato y a la vez cumplimiento de la obligación antigua (subsistente y única existente sin haber sido modificada), como defienden ADÁN GARCÍA y Díez-PICAZO (16).

(13) ALBALADEJO, M., *Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones*, vol. 1, 9.^a ed. José María Bosch Editor, S. A. Barcelona, 1994. págs. 140 a 145. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, Común y Foral*. Tomo III, *Derecho de Obligaciones*, 16.^a ed., revisada y puesta al día por Gabriel GARCÍA CANTERO. Reus, S. A., Madrid, 1992, págs. 442 a 450.

(14) La RDGRN de 7 de febrero de 1941 señala que la adjudicación de inmuebles en pago de deudas, bien entrañe una novación por cambio de objeto con ejecución inmediata de la prestación o suponga un permiso concedido por el acreedor al deudor para que éste se libere mediante la entrega de un *equivalente*, su esencia y finalidad es la de constituir una modalidad de pago con transferencia de propiedad, ya sea una compraventa con precio anticipado o una cesión de bienes para liberarse de una deuda. *Cabe que sea parcial y debe haber una determinación del valor como precio*.

(15) Sin embargo, una concepción que ha estado muy generalizada en la doctrina, y que ha asumido el TS en un gran número de sentencias, es la que equipara la dación en pago a la compraventa (SSTs de 14 de noviembre de 1881, 11 de mayo de 1912, 22 de octubre de 1914, 9 de enero de 1915, 9 de diciembre de 1943, 7 de enero de 1944, 13 de marzo de 1953, 8 de noviembre de 1966, 7 de diciembre de 1983, 13 de febrero de 1989, 19 de octubre de 1992. Vid., también la RDGRN de 20 de septiembre de 1933). Se señala que su regulación ha de acomodarse analógicamente a las normas de la compraventa, al carecer de reglas específicas, adquiriendo el crédito que con tal dación se extingue la categoría de precio del bien que se entregue en pago. Otra concepción es la que ve en la dación en pago una novación por cambio de objeto. Así, las SSTs de 9 de diciembre de 1943 y 1 de marzo de 1969 (si bien la STS de 5 de marzo de 1965, niega en varios aspectos, carácter novatorio a la dación en pago). Sin embargo, ambas teorías tropiezan con dificultades. Como señala ALBALADEJO, las partes, al celebrar una compraventa se proponen crear obligaciones a cargo de vendedor y comprador y al celebrar una novación se proponen extinguir una obligación y dar vida a otra (si es novación extintiva) o modificar (si es modificativa), dejándola subsistente, la obligación preexistente, mientras que al dar y recibir en pago se proponen pura y simplemente extinguir la obligación mediante pago. Por otro lado, como señala Díez-PICAZO, la asimilación de la compraventa a la dación en pago no serviría para explicar la dación cuando el deudor ejecutase un *facere* en lugar de la prestación originaria, o el acreedor tuviese derecho a un *facere* del deudor y éste entregase una cosa para liberarse. Además el precio en la compraventa ha de consistir en *dinero o signo que lo represente* (art. 1445 CC). En cuanto a la asimilación a la novación, señala que la intención de las partes no es la de extinguir la antigua obligación, sino injertar en ella el convenio acerca del modo de cumplirla. (DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 9.^a ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2001, págs. 181 y 182).

(16) ADÁN GARCÍA (ADÁN GARCÍA, M.^a E., «La dación en pago», en *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009, págs. 509 a 534); Díez-PICAZO (*op. cit. loc. cit.*).

En cuanto a su regulación, siendo pago mediante otra prestación, la dación está sometida a las reglas del pago. También le son aplicables las reglas generales de la contratación (17) e igualmente le pueden ser aplicables reglas de la compraventa o de la novación. En este sentido, las SSTS de 15 de mayo de 1983 y 18 de abril de 1987, señalan que la dación en pago participa de las características del pago o cumplimiento, de la compraventa y de la novación por cambio de objeto.

La dación normalmente se verificará mediante escritura pública para que pueda tener acceso al Registro de la Propiedad y se beneficie de los efectos de la inscripción (arts. 32 y 34 LH). Como subrogado del pago, extingue la obligación y sus accesorios (entre ellos, la fianza, arts. 1847 y 1849 CC) (18). Con el pago deja de tener sentido la pervivencia de las garantías, al haber devenido inexistente su causa. En el plano real se ha producido una consolidación al haber devenido propietario del bien, el acreedor hipotecario que gozaba de una garantía real sobre el mismo. Procedería la cancelación de la hipoteca, si se practica la inscripción de dominio a favor del acreedor hipotecario (art. 190 RH y RDGRN de 12 y 16 de julio de 1999). En caso de dación en pago parcial, la obligación no se extingue totalmente. Sin embargo, se ha producido la consolidación en el plano real, y el deudor deberá buscar otro tipo de garantías o subsistirán las garantías personales con la extensión que marque la ley o el acuerdo entre las partes (19).

Es preciso distinguir la dación en pago de la cesión de bienes para pago, regulada en el artículo 1175 del Código Civil. Como señala la STS de 1 de marzo de 1969: «la cesión de bienes a los acreedores no debe confundirse con la dación en pago, pues, como ha precisado la doctrina de este Tribunal, aquélla implica abandono de los bienes del deudor en provecho de los acreedores para que éstos apliquen su importe líquido a la satisfacción de su crédito (20), mientras que en la dación en pago, regulada analógicamente en nuestro Derecho por las reglas de la compraventa al carecer de reglas específicas, el crédito que con ella se satisface adquiere la categoría de precio del bien o bienes que se entreguen; *en un caso se está en presencia de una cessio pro solvendo, pues como dice el legislador, el pago por cesión sólo libera al deudor de su responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos, mientras que el otro se trata de una cessio pro soluto en el sentido de que la entrega produce automáticamente la extinción de la primitiva obligación; debiéndose añadir que la diferencia es terminante en cuanto a la traslación de título real, puesto que así como la cesión sólo atribuye la posesión de los bienes con un poder de carácter personal que permite al acreedor efectuar la venta para cobrarse con su importe, en cambio en la dación se produce una verdadera transmisión del dominio, sin restricción ni cortapisa alguna*» (21).

(17) Así el artículo 1261 del Código Civil, de modo que se requeriría consentimiento de acreedor y deudor; objeto (prestación de cosa distinta de la inicialmente pactada); y causa (*animus solvendi*). (RUBIO DE ORELLANA PIZARRO, R., «La dación en pago y su efecto extintivo de las obligaciones pecuniarias», en *Instituciones del mercado financiero*. MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ y ALONSO UREBA (coord.), vol. 4, 1999). También las SSTS de 20 de febrero y 22 de junio de 1967 señalan que a la dación en pago le es aplicable la normativa general de los contratos.

(18) En este sentido, se discute cuáles son los derechos del acreedor si la cosa dada en pago se pierde por evicción.

(19) ADÁN GARCÍA, M.^a E. (*op. cit.*).

(20) Restituyendo el remanente al deudor (STS de 3 de enero de 1977. *RJ* 1977/1).

(21) En igual sentido, SSTS de 11 de mayo de 1912, 9 de diciembre de 1943, 13 de mayo de 1973, 13 de febrero de 1989, 7 de octubre y 19 de octubre de 1992 y 28 de junio

Difieren también dación en pago y cesión de bienes, en que aquélla no requiere necesariamente como presupuesto una situación de insolvencia, ni tampoco la pluralidad de acreedores, ni se extiende a todos los bienes del deudor. Por otro lado, el artículo 1849 no tiene aplicación cuando se trata de una mera cesión de bienes.

Otra institución que hay que diferenciar de la dación en pago es la adjudicación judicial en pago. Ambas tienen grandes analogías, ya que en ambas se recibe la prestación de un objeto distinto del pactado y se transmite su titularidad, pero difieren en función de las personas que intervienen. En los procedimientos de apremio judiciales o administrativos que culminan con la adjudicación de un bien, el dominio se adquiere por un acto del Estado, que a través de los órganos judiciales o administrativos, y en virtud de su *auctoritas*, se subroga en la posición del deudor, mientras que en la dación en pago es necesario un convenio previo alcanzado entre deudor y acreedor (22).

de 1997. Establecen también las diferencias entre ambas operaciones las SSTs de 26 de octubre de 1970, 3 de enero de 1977, 7 de diciembre de 1983, 5 de junio, 9 de julio y 5 de octubre de 1987, 26 de mayo y 23 de septiembre de 1988, 15 de diciembre de 1989 y 27 de febrero de 1993. Según GARCÍA MEDINA, lo que marca la verdadera diferencia de naturaleza entre dación en pago y cesión de bienes es la existencia o inexistencia de pactos de liberación de la totalidad de la deuda. También es el criterio que sigue la Jurisprudencia del TS en sentencia de 13 de febrero de 1989 (RJ 1989/831). Afirma el TS que en el caso se está en presencia de una *datio pro soluto* «al darse el requisito configurador de dicha institución consistente en entrega de bienes —que supone precio— a cambio de completa extinción del crédito —alcance o no a la cuantía de estos lo obtenido con los bienes adjudicados—». Según esta sentencia, pues, una dación en pago parcial sería un contrasentido, estándose, si no se otorga la liberación de la totalidad del crédito, en presencia de una cesión para pago. Según VON THUR, GIL RODRÍGUEZ Y PANTALEÓN, en caso de duda acerca de si se está en presencia de una dación en pago o una cesión pro solvendo, habrá de optarse por la cesión de bienes *como institución común y situación menos gravosa para el acreedor*.

Sin embargo, no está claro que sea únicamente la existencia o no de pacto de liberación lo que distinga ambas instituciones, pues la dación en pago, puede liberar solo parcialmente al deudor, y en la cesión para pago, aunque haya pacto de liberación, no hay transmisión del dominio por la cesión. La cesión de bienes trae consigo autorización de venta en beneficio de los acreedores, con lo que hace imposible las apropiaciones por éstos, mientras que en la dación sí cabe apropiación. Por ejemplo, en la STS de 7 de diciembre de 1983, no hay inconveniente para que pactada la renuncia por los acreedores a la parte de los créditos no satisfecha por la liquidación, se entienda que se está ante una cesión de bienes (FINEZ, J. M., *op. cit.*, págs. 1471 a 1474; GARCÍA MEDINA, J., «Alternativas a la subasta», en *Diario La Ley*, miércoles 20 de enero de 2010, núm. 7324).

(22) De acuerdo con el artículo 671 LEC, en la redacción dada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, «si en el acto de la subasta [verificada en el seno del procedimiento especial de ejecución de bienes hipotecados] 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...». En la práctica, la adjudicación se producirá por el 50 por 100 del valor de tasación, o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos si ésta es inferior al 50 por 100 del valor de tasación. Adviértase la diferencia con el artículo 1872 del Código Civil, según el cual el acreedor que se hace dueño de la prenda en caso de inexistencia de postores, debe *dar carta de pago de la totalidad de su crédito*. Igualmente, con las cuidadas disposiciones del Código de Justiniano [C.8,34 (33), 3]. Se prevé la posibilidad de adjudicación en dominio al acreedor de la prenda, pero «tenga el deudor, por consideraciones de compasión, humanitaria acción sobre su propia cosa dentro del término de dos años, contaderos desde el día de la

III. EL PACTO COMISORIO

El pacto comisorio es aquel que se introduce con carácter previo o coetáneo, pero en cualquier caso, como *condicionante del nacimiento de la obligación que se garantiza con hipoteca o prenda*, y por el que se conviene que, incumplida la obligación asegurada, la cosa dada en garantía, *pasa automáticamente a la propiedad del acreedor*. Con el pacto comisorio, la cosa, y no el resultado de su venta con retorno del sobrante, es lo que se sujeta directamente al cumplimiento de la obligación. El Derecho español recoge la prohibición del pacto comisorio en garantía (arts. 1859, 1884.2.º CC), siguiendo los precedentes históricos como ordenaba la Ley de Bases (23). La prohibición del pacto comisorio impide

sacra resolución [por la que se le adjudica al acreedor en dominio la prenda], y séale lícito ofrecer al acreedor, que ya fue hecho dueño, la deuda con los intereses y los perjuicios causados por su falta al acreedor, cuya cuantía debe manifestar bajo juramento el acreedor, y recuperar su prenda. Mas si hubieren transcurrido los dos años, tenga el acreedor y también dueño plenísimamente la cosa ya hecha suya irrevocablemente.

Mas si verdaderamente se hallara que importa menos la prenda y más la deuda, tenga el acreedor íntegra toda su acción respecto a lo que se conoce que importa más su crédito. Pero si por una y otra parte se hallara igual la cantidad, retenga sin ninguna duda toda la cosa antes empeñada. Y si verdaderamente importara menos la deuda y más la prenda, en este caso se le reservarán por nuestra ley al deudor íntegros todos los derechos sobre lo que excede de la deuda, no quedando ciertamente obligado a los acreedores del prestamista, sino reservado para otros acreedores del deudor o para el mismo deudor. Y para que por virtud de la comunidad no resulte alguna dificultad, se le dará licencia al acreedor o al dueño para ofrecerle al deudor o al acreedor del deudor, con la competente caución que respecto a él se debe prestar, el importe de lo sobrante.

Mas si después que con derecho de dominio poseyera el acreedor la cosa hubiere querido venderla, séale ciertamente lícito hacerlo, pero reservándole al deudor el sobrante que hubiera. Pero si hubiere surgido duda respecto a la venta, como por haber sido hecha por más bajo precio, sea compelido el acreedor a prestar juramento de que no empleó ningún ardid o engaño, sino que vendió la cosa por tanto en cuanto pudo ser vendida; y devuélvase solamente lo que en virtud del juramento se hubiere visto que sobraba. Mas también si por el juramento se hallara que obtuvo menos el acreedor, tenga íntegra acción por lo restante.

Pero queremos que competa al conocimiento judicial la estimación de la prenda, mientras permanezca en poder del acreedor y dueño, ya si respecto a la deuda es de mayor o menor cantidad, de suerte que prevalezca respecto a la estimación de la prenda lo que sobre esto hubiere determinado el juez».

En la misma línea, Partidas 5, 13, 44.

La posibilidad de que el acreedor hipotecario se adjudique el bien hipotecado por el 50 por 100 del valor de tasación (continuando debiendo el acreedor hipotecario el resto de la deuda) hacen que la dación en pago se perfile como una alternativa razonable para que el deudor reconduzca su situación.

(23) Prohibición por Constantino en una Constitución del año 320 ó 326, C. Th, 3, 2, 1; Justiniano recogió esta constitución en su Código: C. 8, 35 [34],3; Partida 5,5,41 y 5,13,12 (que, sin embargo, admite el pacto de *lex commissoria* en la compraventa siguiendo los precedentes romanos, P. 5, 5, 38) y artículos 1775 y 1806 del Proyecto de Código Civil de 1851. El pacto estaba, pues, prohibido en el antiguo Derecho de Castilla. Igualmente en el ordenamiento canónico como signo de actividades usurarias (el texto más significativo es el contenido en la decretal del Papa Inocencio III, datada en el año 1198: Decretales Gregorii IX, c. 7. X. De pign. 3.21). La misma tendencia se observa en los Proyectos oficiales o privados de Código Civil que se registran a lo largo del siglo XIX. Resulta de interés la regulación del Proyecto de 1836, por lo que dispone en cuanto a la adjudicación del bien dado en prenda o hipoteca. En el artículo 1702 establecía que

la apropiación *casualizada en la concesión del crédito* (24). El pacto comisorio en garantía engloba los aspectos directamente apropiatorios y los de ejecución fuera de los estrictos cauces previstos en la Ley (25).

Doctrina y jurisprudencia afirman que el artículo 1859 del Código Civil sanciona la nulidad del pacto comisorio (26). La STS de 26 de abril de 2001 (RJ 2001/2037) dice expresamente que: «la prohibición del pacto comisorio (arts. 1859 y 1884) es imperativa y de orden público *por afectar a la satisfacción forzosa de obligaciones en las que están involucrados no sólo los intereses del deudor sino de sus acreedores*». En la misma línea, la STS de 18 de febrero de 1997. Su infracción por tanto, lleva aparejada la nulidad (puesto que se protege más un interés general que intereses particulares y dado el art. 6.3 CC), siendo apreciable de oficio por los Tribunales, si bien la nulidad puede limitarse, según los casos, al mero y propio pacto comisorio, salvando el resto del contrato, incluida la garantía y configurándose así como un supuesto de nulidad parcial del contrato. Es decir, considerando por no puesta la cláusula en los pactos comisorios añadidos a garantías típicas, se corrigen las deficiencias del vínculo jurídico y éste retorna sobre sus cauces adecuados y lícitos. *Utile per inutile non vitiatur*.

También la normativa sobre consumidores y usuarios podría ser un cauce adecuado de defensa contra los abusos de los acreedores. En este sentido el artículo 88 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la LGDCU y otras leyes complementarias, señala que, en todo caso, se considerarán abusivas las cláusulas que supongan la imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido. Sin duda, en esta cláusula está comprendido el pacto comisorio.

por la entrega de la cosa en prenda sólo adquiere el acreedor el derecho de retenerla; pero la propiedad y demás derechos procedentes de ella quedan siempre a beneficio del deudor, aun cuando cabe la venta si así se pactó (art. 1708 con notificación al deudor y sus parientes), ejecución con autorización judicial y en almoneda pública precedidos de pregones (art. 1711) y estricta devolución del superfluum (art. 1712). *En caso de imposible venta, puede adjudicarse el acreedor, pero el deudor tendrá derecho a los excesos de valor* (arts. 1712 y 1727, para la hipoteca). (DURÁN RIVACOBÁ, R., *La propiedad en garantía. Prohibición del pacto comisorio*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1998, págs. 15 a 24).

(24) BLASCO GASCÓ, F. DE P., «Comentario al artículo 1859 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*. DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.), Editorial Lex Nova, 1.ª ed., Valladolid, 2010.

(25) La STS de 26 de diciembre de 1995 señala que infringe la prohibición del pacto comisorio el pacto por el que se estipula, para la ejecución de la garantía, un sistema extraprocésal de enajenación de la cosa distinto de los legalmente previstos. Según esta sentencia parecería, pues, que no es admisible el pacto marciano, a que nos referiremos después.

(26) SSTs de 3 de marzo, 21 de octubre y 3 de noviembre de 1902, 29 de enero de 1908, 27 de abril de 1918, 27 de marzo de 1926, 6 de febrero de 1931, 3 de marzo de 1932, 25 de mayo de 1971 y 19 de noviembre de 1981. En idéntica línea la DGRN. La RDGRN, de 10 de junio de 1986, señala que implícitamente se confirma la prohibición del pacto comisorio cuando con normas imperativas se determinan los señalados casos en que cumplidas las cautelas y los procedimientos establecidos el acreedor puede llegar a apropiarse de las cosas dadas en garantía [se refiere a las adjudicaciones en pago]. Luego a criterio de la DGRN, la excepción confirma la regla y de las extraordinarias circunstancias para las que se permiten las apropiaciones reales del acreedor deduce la vigencia general del axioma contrario en el ordenamiento español. En efecto, las adjudicaciones en pago no son sino una especie de pacto comisorio legal (DURÁN RIVACOBÁ).

La razón de la prohibición del pacto dice GUILARTE ZAPATERO, radica en que admitir su validez implica el riesgo de facilitar situaciones en las que aprovechándose el acreedor de circunstancias extremadamente adversas que pesan sobre el deudor, se beneficie a costa de éste, *excediéndose la finalidad de garantía, al apropiarse de las cosas gravadas por cantidades inferiores a su verdadero valor*. Por ello, la jurisprudencia ha ampliado la prohibición a otros pactos que sin ser exactamente el comisorio, permiten la misma consecuencia (27).

Por el contrario, por no entrañar tal riesgo, se ha planteado la posibilidad de que sean válidos determinados convenios.

Así, el pacto establecido al constituirse la garantía, por el que se acuerda que, incumplida la obligación, el acreedor se adjudicará la cosa, *valorada con arreglo a criterios objetivos, limitándose a compensar el valor de aquella con el de la deuda, en la concurrencia de ambos, y como señala Albaladejo con abono de la eventual diferencia en más*. Se trata del llamado pacto marciano (D. 20, 1, 16,9) (28), admitido por la legislación de Partidas (Partidas 5, 5,41 y 5, 13,12). Dice DURÁN RIVACOBA que: «en cuanto al pacto marciano, lograda la equivalencia de la deuda con el precio y la devolución del sobrante, consigue, como dice Gregorio LÓPEZ en su glosa y con cita de BARTOLO y BALDO, *una fórmula muy semejante a la datio in solutum*». Esta afirmación de Gregorio LÓPEZ es de gran trascendencia por lo que diremos después (29).

(27) Los pactos comisorios típicos (cláusulas de comiso añadidas a un contrato de hipoteca, prenda o anticresis) prácticamente han desaparecido del panorama jurídico español, pero en proporción inversa, se busca las mismas beneficiosas facultades para el acreedor a través de garantías atípicas (si el pacto comisorio se añade a garantías atípicas se habla de pacto comisorio autónomo). Para tales supuestos, también rige la prohibición, pues de otra manera se admitiría de forma indirecta lo que directamente se impide, y ello constituiría un verdadero mecanismo defraudatorio. Los pactos comisorios autónomos revisten formas muy variadas y sus encubrimientos muchas veces les hacen difíciles de ser detectados. Pueden esconder un pacto comisorio contrario a la prohibición del artículo 1859 del Código Civil, la venta en garantía o el pacto de retroventa [STS de 26 de abril de 2001 (RJ 2001/2037)]. Aplican la prohibición del pacto comisorio a las garantías reales atípicas las SSTs de 22 de diciembre de 1988 (RJ 1988/9748), 13 de mayo de 1998 (RJ 1998/3687), en cuyo fundamento segundo se declara a la prohibición del pacto comisorio «aplicable a toda garantía dadas las razones de moralidad e interés general en que se asienta»; 15 de junio de 1999 (RJ 1999/4474), 16 de mayo de 2000 (RJA 2000/5082), 26 de abril de 2001 (RJA 2001/2037) y 4 de diciembre de 2002 (RJ 2002/10424).

En el caso de pacto comisorio encubierto, indirecto y autónomo, el alcance de la nulidad es cuestión más compleja que requiere un estudio especial.

(28) D. 20, 1, 16, 9: «La dación de prenda o de hipoteca puede hacerse de modo que si dentro de cierto tiempo no se hubiera pagado la deuda, por derecho de comprador posea uno la cosa por el justo precio en que entonces haya de estimarse; porque en este caso parece en cierto modo que hay una venta condicional. Y así lo respondieron por rescripto el Divino Severo y Antonino».

(29) Dice BENITO GUTIÉRREZ que «no hay en este caso los peligros que acompañan al pleito [pacto] comisorio, porque apreciada la cosa se le da el valor que le corresponde: el acreedor recibe el importe de la deuda, y el deudor toma lo restante. A fin de poner en ejecución esta cláusula, lo que se acostumbra es que el acreedor cite al deudor para ponerse de acuerdo sobre nombramiento de peritos que hagan la tasación; aprobada ésta, todavía no se hace el acreedor dueño de la cosa, pues ha de recaer auto del juez que lo declare, auto en el que se dictan las medidas convenientes para asegurar al deudor el exceso si le hubiere». GUTIÉRREZ, B., *Códigos o Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil español*, Tomo V, Librería de Sánchez, Madrid, 1869, págs. 273 a 276.

Si el pacto comisorio se acuerda *con posterioridad al nacimiento de la obligación o de la garantía, pero antes del vencimiento de la obligación se habla entonces de pacto ex intervallo y la doctrina se pregunta por su licitud, admi-*

No se admite la valoración fijada por los interesados al constituir la garantía, pues en tal supuesto se dan los mismos riesgos que derivan del propio pacto comisorio, ya que por iguales razones por las que el deudor se ve forzado a aceptar éste, puede verse obligado a consentir en que se fije valoración igual a la representada por la deuda, siendo superior el valor del bien al de ésta. Por otro lado, aunque el valor concedido a la cosa fuera el justo en el momento en que se apreció, las alteraciones que suele experimentar el precio de los bienes podrían introducir el desequilibrio en la relación entre el valor de la cosa empeñada y el montante de la deuda garantizada. La valoración debe hacerse, pues, tras el incumplimiento de la obligación, como señala D. 20,1,16,9 y la generalidad de la doctrina y con la intervención imparcial de terceros designados de mutuo acuerdo tras el impago o designados con arreglo a criterios objetivos de elección prefijados.

Señala que no existe razón moral o jurídica que pueda prohibir el pacto marciano, la STS de 28 de noviembre de 1983.

El pacto marciano permite formas ejecutivas extrañas a los cauces formales preestablecidos, pero a partir de su justo precio. Ello implica que los derechos del deudor y de los demás acreedores queden salvaguardados, máxime cuando los resultados económicos suelen ser mucho más fructíferos que los procedimientos de ejecución (DURÁN RIVACOBÁ).

El pacto marciano se admite comúnmente, aunque los autores que fundan la prohibición del pacto comisorio en la inderogabilidad de los procedimientos legales de ejecución forzosa o en el efecto desnaturalizador de las garantías, de que hablaremos después, no admiten el pacto marciano. Así no admiten el pacto marciano GETE-ALONSO y GÓMEZ GALLIGO. Este último señala que en cuanto a la posibilidad de apropiación del bien por el acreedor por un procedimiento objetivo sin su realización, debe rechazarse, pues existen razones que excluyen tal configuración (carácter de orden público de los procedimientos de ejecución, evitar el perjuicio al deudor, inexistencia de causa justificativa de la transmisión, etc.) (GÓMEZ GALLIGO, F. J., «Titularidades fiduciarias», en *Actualidad Civil*, núm. 33, 14-20 de septiembre de 1992, págs. 544 y 545).

En opinión de GINÉS CASTELLET, el pacto marciano podría considerarse lícito y admisible siempre que *ad casum* se cumplieran las condiciones señaladas antes y, en todo caso, hubiese un control judicial de dicha operación, que serviría para asegurar una real estimación objetiva del bien y el cumplimiento de la obligación de entrega al propietario del bien, del eventual exceso. La exigencia de intervención judicial podría restar gran parte del interés práctico de la figura, pero no debe ignorarse que se trataría, en su caso, de una excepción a una regla imperativa que tiene lugar siempre que se den ciertas condiciones y solamente un control judicial podría asegurar que efectivamente esas condiciones se respetan. En todo caso, el pacto marciano podría resultar todavía atractivo a las partes desde el momento en que la ejecución forzosa del bien realiza, como regla, un valor inferior al efectivo del bien (GINÉS CASTELLET, N., *op. cit.*, págs. 493 y 494).

Dejamos a la mejor apreciación del lector la conveniencia de considerar admisible en el Derecho español el pacto marciano o no. En todo caso, tratándose de la única vivienda disponible (vivienda familiar o residencia habitual del deudor), y teniendo en cuenta la situación económica que ha vivido España (expansión de la burbuja inmobiliaria y sobrevaloración de las viviendas) y en la que se encuentra actualmente (pinchazo de la burbuja inmobiliaria y reajuste de los precios de la vivienda a la baja), situación que era previsible por parte de las entidades bancarias, por las mismas razones que expondremos en el epígrafe V, un pacto marciano por el que el acreedor pueda apropiarse de la vivienda por su precio *ex nunc*, resultaría abusivo para el deudor hipotecario. De ahí que esta razón, unida a que la existencia del pacto marciano impediría hacer uso del beneficio del artículo 693 LEC, nos llevan a entender que no es admisible actualmente un pacto marciano sobre la vivienda familiar.

El artículo 693 LEC señala:

tiéndola DE BUEN, ALBALADEJO, CARRASCO PERERA, MARÍN LÓPEZ y GUILARTE ZAPATERO (30).

No pensaba así la doctrina más antigua, con la cual coincidimos. Señala Benito GUTIÉRREZ que el pacto comisorio «en sentir de los intérpretes, es reprochado no sólo cuando se interpuso al contraerse la deuda sino en cualquier tiempo y aunque se estipule en forma de transacción, porque en cualquiera de estos casos existe el peligro que se desea precaver» (31). Son contrarios al pacto *ex intervallo* ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, DIEZ PICAZO-GULLÓN y GINÉS CASTELLET. Hay que tener en cuenta que muy fácilmente el pacto *ex intervallo* puede introducirse con fraude, haciendo aparecer en documento el pacto en cuestión como posterior, cuando en realidad fue coetáneo al nacimiento de la obligación. Por eso resulta necesario mantener las condiciones equitativas de las partes también en ese instante. En el sistema italiano ya no hay cuestión sobre el mismo, puesto que el artículo 2744 del *Codice Civile* viene a decir que el pacto comisorio es nulo incluso si es posterior a la constitución de la hipoteca o de la prenda, que es lo que caracteriza al pacto *ex intervallo*.

IV. LA RATIO DE LA PROHIBICIÓN DEL PACTO COMISORIO EN GARANTÍA

Varias son las razones que se apuntan para la prohibición del pacto comisorio. En primer lugar, el *favor debitoris* y la inmoralidad de la cláusula. La necesidad del deudor estuvo, sin duda, en el origen de la prohibición, que responde a una progresiva influencia del cristianismo en la legislación constantiniana. Se tutela al deudor frente a una coartación de su libertad, habida cuenta de la posibilidad de que, encontrándose en la urgencia de procurarse

«...2. Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes y este convenio constase inscrito en el Registro.

3. En el caso a que se refiere el apartado anterior, el acreedor podrá solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de la deuda, se comunique al deudor que, hasta el día señalado para la celebración de la subasta, podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviese vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte. A estos efectos el acreedor podrá solicitar que se proceda conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 578.

Si el bien hipotecado fuese la vivienda familiar, el deudor podrá, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades expresadas en el párrafo anterior.

Liberado un bien por primera vez, podrá liberarse en segunda o ulteriores ocasiones siempre que, al menos, medien cinco años entre la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial efectuada por el acreedor.

Si el deudor efectuase el pago en las condiciones previstas en los apartados anteriores, se tasarán las costas, que se calcularán sobre la cuantía de las cuotas atrasadas abonadas e intereses vencidos, y, una vez satisfechas éstas, el Secretario Judicial dictará decreto liberando el bien y declarando terminado el procedimiento. Lo mismo se acordará cuando el pago lo realice un tercero con el consentimiento del ejecutante.

(30) GUILARTE ZAPATERO, V., «Comentario al artículo 1859 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, Tomo XXIII, EDESA.

(31) *Op. cit. loc. cit.*

crédito, hubiera sido expuesto a una constricción por parte del acreedor; y por otro lado frente un potencial aprovechamiento por el acreedor del estado de necesidad de su deudor. En cuanto a la inmoralidad intrínseca de la cláusula, es una exigencia de Derecho natural mantener la conmutatividad de los contratos. En este sentido, la Exposición de Motivos de la LH de 1861 consideraba un escándalo su permisión, pues no es justo que haga el acreedor lucro a costa del deudor en apuros. El beneficio injusto del acreedor se juzga sobre la base de que la cosa dada en garantía tiene *a priori* más valía que la deuda (32). Una desproporcionada garantía corre peligro de convertirse a la larga en un injusto enriquecimiento. La prohibición del pacto comisorio entroncaría también con la secular represión de la usura.

En segundo lugar, el pacto comisorio despoja de su naturaleza típica a los derechos reales de garantía. Los contenidos del derecho de garantía son: sujeción de la cosa, facultad de realizar su valor por los cauces establecidos y preferencia para cobrar el crédito asegurado. El pacto comisorio es incompatible con una garantía típica porque tiene la virtualidad de impedir que el derecho de garantía despliegue su eficacia propia y característica.

En tercer lugar, puede encontrarse la *ratio* de la prohibición en la defensa de terceros acreedores y en el principio *par conditio creditorum*. Este principio trae consigo la conveniencia de limitar las actuaciones de un posible acreedor que se imponga injustamente sobre los demás, alterando de modo arbitrario la ordenación del patrimonio del deudor, agredido por insolvencia. El pacto infiere además un daño a los otros acreedores del deudor, ya que sustrae el bien objeto del pacto al poder de agresión ejecutiva por parte de los acreedores no partícipes en el acuerdo comisorio (33). El pacto comisorio alteraría la responsabilidad patrimonial universal del deudor, puesto que la responsabilidad también puede ser futura y puesto que a través de la ejecución del pacto el acreedor *puede conseguir más de lo que el deudor le debe y por lo que responde*. La defensa de los intereses de otros acreedores está presente en la jurisprudencia (STS de 19 de abril de 1997).

Otra razón que puede aducirse es la prevención del daño, razón aducida por las Partidas: que si tal pacto valiese, no querrían los hombres recibir de otra manera los empeños y vendría por ello muy grande daño a la tierra, porque cuando algunos estuviesen muy cuitados, empeñarían las cosas por cuanto quiera que les diesen sobre ellas y perderlas podrían, por tal pacto como éste (P 5, 13, 12). Es decir, que de permitirse tal pacto, las condiciones

(32) Pero «aun suponiendo que no tuviese mayor valor no habría razón para tolerarle. El precio de las cosas varía, por lo que la prenda que en la época de celebrar el contrato valiese tanto, podría valer tanto más en el momento de hacer el pago, y no es justo privar al deudor de este beneficio que le corresponde como dueño de ella» (GUTIÉRREZ, B., *op. cit. loc. cit.*).

(33) Podría pensarse que para proteger a los restantes acreedores del deudor, ya se cuenta con el remedio de la acción pauliana. Pero acción pauliana y pacto comisorio sólo coinciden parcialmente en su campo de acción. La invalidez del pacto comisorio se justifica sobre la base de un daño potencial (que quizá ni siquiera haya llegado a tener lugar) y, en cambio, la pauliana presupone la existencia del *eventus damni*. Además, la acción rescisoria por fraude de acreedores está sujeta a una serie de requisitos específicos, de suerte que la ausencia de alguno de estos dejaría sin protección a los acreedores, allí donde la prohibición del pacto comisorio sí les ampara (cfr., GINÉS CASTELLET, N., *La enajenación de bienes inmuebles con fin de garantía*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004, pág. 469).

del tráfico jurídico impondrían estas cláusulas con perjuicio generalizado para los deudores. Luego la disyuntiva no está en que la libertad de las partes pueda autodefinir sus intereses, pues aquí se discute una situación de prevalencia práctica de uno de los intervinientes sobre su contraparte, y en tales hipótesis parece mejor prevenir, prohibiendo el acuerdo, por presumiblemente abusivo. Existe también una fundamentación procesalista del veto a dicho pacto (veto que según esta fundamentación alcanzaría al pacto marciano y *ex intervallo*). El carácter de orden público con que privilegia el ordenamiento los sistemas reglados de la ejecución excluiría que los partícipes en un determinado vínculo jurídico conviniesen regímenes conducentes a la más o menos directa disposición por el acreedor de las cosas ofrecidas en garantía (existiría un principio de orden público, según el cual corresponde única y exclusivamente al Estado el poder hacer efectivas de modo coactivo las pretensiones de los acreedores. Si se admitiera el pacto comisorio ello podría dar lugar a profundos cambios en el derecho de las garantías reales, ya que, con toda probabilidad, el actual sistema de ejecución del crédito, quedaría desbancado por el más sencillo de autoejecución del acreedor a través del mecanismo de la apropiación directa del bien [con el perjuicio que ello podría entrañar para el deudor u otros acreedores del deudor]. Se alega en este sentido la excepcionalidad en el Derecho español del privilegio de autotutela de los propios derechos, el principio constitucional de protección judicial de los derechos (art. 24 CE) y las restricciones a la ejecución extrajudicial de los derechos de realización de valor (art. 1872 CC y art. 129 LH) (34).

La prohibición del pacto comisorio responde también a la salvaguardia del principio de proporcionalidad en las garantías (adecuación entre la determinación de los bienes objeto del poder de agresión del acreedor y el montante del débito). Puesto que la garantía se dirige a buscar una seguridad en la satisfacción del crédito, los efectos de la garantía se hallan delimitados por la entidad de aquel interés crediticio. Esto es, *a través de la ejecución de la garantía no se puede obtener más de lo que se lograría mediante el cumplimiento exacto de la obligación garantizada*, porque la garantía, en un sentido estricto, nada añade al contenido de la relación obligatoria asegurada: tan sólo aumenta la probabilidad de obtener la satisfacción del crédito. *El principio de proporcionalidad, en una de sus manifestaciones, la que postularía la reducción de la medida de la responsabilidad al montante del débito (incrementado en su caso por el daño efectivamente producido por el incumplimiento), tiene plena vigencia en el ámbito de las garantías reales, y de ahí la prohibición del pacto comisorio*. La prohibición de este pacto no es más que la expresión concreta de un principio general según el cual la sujeción del patrimonio del deudor, o del fiador, o del valor de una cosa concreta al poder de agresión del acreedor se circunscribe al montante de la deuda y no puede exceder nunca de éste, lo que podría venir vulnerado por un pacto de las características del comisorio (35).

(34) DURÁN RIVACOBIA, R., *op. cit.*, págs. 91 a 117.

(35) Otra posible manifestación de este principio general es la doctrina del enriquecimiento injusto o la regulación legal de la extensión máxima de la obligación del fiador (arts. 1826 y 1827 CC), que viene limitada por la del deudor principal. Con respecto a este último supuesto, DIEZ-PICAZO ha declarado que «una extensión de la obligación del fiador, superior a la extensión de la del deudor principal, carecería de causa y, si tuviera alguna, tendría necesariamente que ser distinta de la función de garantía».

Como dijo DE CASTRO, la responsabilidad sigue a la deuda como la sombra al cuerpo. Es decir, que si no puede haber, por regla general, responsabilidad sin deuda, ello jus-

Todas estas razones, puestas en un fiel de la balanza, frente al posible perjuicio que en algún caso particular pueda sufrir el deudor como consecuencia de la prohibición del pacto, llevan a la prudencia del legislador a considerar que la solución más equitativa desde un punto de vista general es asumir la prohibición.

Se ha entendido también que los artículos 1859 y 1884 del Código Civil son expresión de un principio general histórico en el Derecho de garantías reales. A favor de concebir la prohibición del pacto comisorio como un principio general del Derecho que se extiende *incluso más allá de las garantías reales*, se muestra MOLL DE ALBA LACUVE (36).

Igualmente se ha considerado que es un límite a la autonomía privada. En este sentido, la STS de 16 de mayo de 2000 (RJA 2000/5082) en la que se declara «incuestionable su aplicabilidad a todo tipo de garantía atípica por coherencia del sistema, analogía (art. 4.1 CC), evitar el fraude de ley (STS de 18 de febrero de 1997), y como dice la STS de 13 de mayo de 1998, *dadas las razones de moralidad e interés general en que se asienta, por lo que constituye un límite al principio de la autonomía privada*».

V. EL PACTO COMISORIO Y LA DACIÓN EN PAGO

La pregunta que cabe formularse es si una dación en pago del inmueble hipotecado (la única vivienda disponible: vivienda familiar o residencia habitual del deudor; supuesto en el que nos centraremos), es contraria o no a la prohibición del pacto comisorio establecida en el artículo 1859 Código Civil.

Con carácter general, GUILARTE ZAPATERO se pregunta si será válido o no el acuerdo mediante el que *una vez incumplida la obligación, se pacta que el acreedor se dé por satisfecho apropiándose de la cosa. [Lo que vendría a ser una dación en pago]. La eficacia del convenio, dice el autor, es incuestionable por cuanto el deudor ha tenido la posibilidad de no acceder al pacto en cuestión y soportar la realización del valor de la cosa a través de los correspondientes procedimientos de ejecución.* El pacto sería válido al no establecerse en el momento de constitución de la obligación, sino tras su incumplimiento. En la misma línea señala BLASCO GASCÓ que la prohibición de pacto comisorio *no impide la dación en pago o la dación para pago como medio solutorio de la deuda.*

Mientras el ofrecimiento de bienes por el deudor al acreedor funcione como garantía de las deudas contraídas es cuando las prevenciones del Derecho deberían desplegar su eficacia. «*Si el traspaso se produce mediante fórmulas normales de apropiación de bienes por los acreedores en el cobro de sus créditos, únicamente cabe que terceros posibles afectados impugnen las operaciones por fraude de acreedores, pero muy difícilmente podrá el deudor realizarlo, salvo que demuestre que se había pactado tal cosa in initio de manera oculta*». Por lo tanto, *con carácter general*, la apropiación de bienes por el acreedor derivada de la dación en pago no presentaría dificultades jurídicas, a menos de haberse producido con carácter coetáneo a la deuda que pretende extinguir o incluso como garantía de su cobro, en cuyo caso estaríamos en presencia de un pacto comisorio autónomo (DURÁN RIVACOBÁ).

tifica que el acreedor no pueda cobrar por una garantía más de lo que el deudor debe y responde (GINÉS CASTELLET, N., *op. cit.*, págs. 486 y 487).

(36) Citada por GINÉS CASTELLET, N., *op. cit.*, pág. 458, nota 1176.

GINÉS CASTELLET, por su parte, explica también en términos generales que la dación en pago es una «fuga» del dictado de la prohibición del pacto comisorio. Estaría pacíficamente admitida como válida por la doctrina, *sin que, en general, plantee problemas en este sentido la posible desproporción entre lo recibido en pago y la cuantía de la deuda pagada*. La diversidad de trato, respecto del pacto comisorio, obedecería a la distinta función que desempeñan: puramente solutoria en la primera y de garantía en el segundo. *Si hubo fraude, perjuicio o abuso en la dación, ésta como acto jurídico que es contaría con los mecanismos generales de reacción, pero no se admitiría el juego de la prohibición del pacto comisorio*.

Sin embargo, pese a lo afirmado por GINÉS CASTELLET, no está claro que no plantee problemas la desproporción entre lo recibido en pago y la cuantía de la deuda pagada y que no se admita en la dación en pago, según los casos, el juego de la prohibición del pacto comisorio.

En cuanto a lo primero, FELIÚ REY se muestra contrario a esa opinión sobre la base del principio de proporcionalidad y PARDO NÚÑEZ escribe: «De ser excesiva la adjudicación, la retención del exceso por el acreedor exigiría prueba de liberalidad u otra causa justa; en otro caso, habrá un cobro indebido y el sobrante deberá reintegrarse al deudor y a sus acreedores» (37). Por otro lado, como hemos señalado antes, Gregorio LÓPEZ admitía la validez del pacto marciano, porque lograda la equivalencia de la deuda con el precio y la devolución del sobrante, consigue, *una fórmula muy semejante a la 'datio in solutum'*. Es decir, que a juicio de Gregorio LÓPEZ, en la *datio in solutum*, en general, debe haber una equivalencia entre la deuda y la estimación del bien, incluso con devolución del sobrante. O dicho de otra forma, no sólo hay que exigir equivalencia de prestaciones en el momento de nacimiento de la obligación y constitución de la garantía accesoria (es decir, una garantía proporcionada), sino también en la fase de cumplimiento de la obligación.

En cuanto a lo segundo, si bien es cierto que en abstracto una dación en pago efectuada tras el incumplimiento de la obligación y *animus solvendi* no tiene por qué infringir la prohibición del pacto comisorio en garantía, pues el que paga extingue una obligación, pero no la garantiza con una garantía desproporcionada (como ocurre con los pactos comisorios típicos y autónomos), sin que *las condiciones concretas en que se verifique una dación de la vivienda familiar o habitual en pago del crédito hipotecario que la grava* puedan conducir a la conclusión de que se infringe el artículo 1859 del Código Civil, si no en su letra, referida a la garantía de la deuda, *sí en su espíritu*.

Como se señaló antes, la prohibición del pacto comisorio encierra un principio general del Derecho, *aplicable más allá del ámbito de las garantías reales, pudiendo, en nuestra opinión, alcanzar a la dación en pago de la vivienda familiar hipotecada*. Las mismas razones de fondo, o por lo menos muchas de ellas, que concurren para la prohibición de dicho pacto en garantía, estarían presentes, *para no permitir que la dación en pago de la vivienda familiar hipotecada se lleve a cabo en determinadas condiciones*. Así, cuando constituye un medio desproporcionado de pago (38). MIREIA INSA considera que con la prohibición del artícu-

(37) PARDO NÚÑEZ, C., «Las garantías reales excesivas y el *ius offerendi*», en *Homenaje en memoria de Joaquín Lanzas y de Luis Selva*, Tomo II, Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1998, pág. 1153 (citados por GINÉS CASTELLET, N., *op. cit.*, pág. 488).

(38) Una dación en pago de la vivienda familiar hipotecada que suponga un medio desproporcionado de pago, infringiría la prohibición del artículo 1859 del Código Civil.

lo 1859 del Código Civil, «*se quiere evitar que, ante la situación angustiosa del deudor [hipotecario], se produzca un acuerdo [de dación en pago] claramente desequilibrado, que genere un enriquecimiento injusto a favor del acreedor*», por lo que «*para reducir las posibilidades de una posible impugnación por el propio cedente o por los acreedores [perjudicados por esa dación], es recomendable establecer un procedimiento objetivo y justo de valoración de la adquisición, de forma que si dicho valor supera el de la deuda garantizada, el acreedor deba abonar al deudor la diferencia correspondiente, evitándose así el enriquecimiento injusto*».

De lo expuesto es forzoso concluir que la dación en pago de la vivienda familiar hipotecada exige la *equivalencia entre deuda y precio dado a los objetos transmitidos* [STS de 14 de julio de 1997 (RJ 1997/5608)], y por lo tanto, una *adecuada, justa y objetiva valoración del bien dado en dación en pago*. Si el valor del bien entregado es superior al de la deuda, rige el principio de proporcionalidad entre el medio de pago y la deuda que se extingue, para la evitación de un enriquecimiento injustificado con infracción de la prohibición del pacto comisorio. Ello es consecuencia ineludible de ser la dación en pago un *subrogado del cumplimiento* (negocio de pago con función solutoria de una deuda preexistente). Del mismo modo rige el principio de proporcionalidad si la vivienda dada en pago es valorada *inadecuadamente*.

Ya hemos indicado como las entidades crediticias no aceptan sino una valoración por la tasación *actual* de la finca, que es una tasación que ha bajado respecto de la que sirvió para conceder el préstamo hipotecario, por el pinchazo de la burbuja inmobiliaria. A nuestro juicio, si el Banco quiere evitar la nulidad de la dación en pago por infracción de la prohibición del pacto comisorio y del principio de proporcionalidad, deberá aceptar la dación en pago *por el valor de tasación que se adjudicó inicialmente a la finca y que sirvió de base para la concesión del crédito hipotecario, siempre que concurran una serie de requisitos por parte de acreedor y deudor*.

Por parte del deudor, que lo sea de buena fe (asumió un endeudamiento responsable (39), no puede hacer frente al préstamo hipotecario de modo involuntario, existe una justa causa que impida el pago del préstamo, entendiendo por tal, una causa sobrevenida contra la voluntad del deudor, etc.) y que la vivienda hipotecada sea la única disponible (vivienda familiar o residencia habitual del deudor).

Razones que están presentes para impedir el pacto comisorio, estarían presentes en este caso: la tutela del deudor frente a un aprovechamiento por parte del acreedor del estado de necesidad del deudor; la exigencia de conmutatividad en los contratos onerosos; la represión de la usura; la defensa de los terceros acreedores; la salvaguardia del principio de proporcionalidad; la limitación a la autonomía privada, que excluye el perjuicio a terceros (art. 1255 CC en relación con el art. 6.2 CC) y el fraude de ley. El perjuicio a terceros acreedores del deudor por una dación en pago desproporcionada es evidente. Ante ello cabe el ejercicio de la acción revocatoria o pauliana (art. 1111 CC y 1291.3.º CC), o en caso de concurso, la acción rescisoria concursal [art. 71 LC. Vid. STS de 4 de septiembre de 1992 y SAP de Alicante (Sección 8.ª), de 22 de octubre de 2008 (JUR 2009/25857)]. Finalmente, las normas que regulan el pago de obligaciones son de orden público, al igual que la prohibición del pacto comisorio, dado que en la satisfacción de obligaciones están involucrados no sólo los intereses del deudor y del acreedor sino de sus respectivos acreedores.

(39) O aun habiendo asumido un endeudamiento irresponsable, la entidad crediticia fue igualmente irresponsable por no valorar adecuadamente la solvencia del deudor.

Por parte del Banco, que el préstamo concedido por él mismo no haya sido un préstamo prudente (40) y tuviese conocimiento de la sobrevaloración de la vivienda en el momento de la concesión del crédito.

Otra solución implicaría un acuerdo claramente desequilibrado para el deudor hipotecario, un medio desproporcionado de pago, de que hemos hablado antes, que infringe el artículo 1859 del Código Civil, pues la entidad crediticia asumió el riesgo de una previsible depreciación del valor de la vivienda (y por ende de la garantía), en el intento de obtener un lucro mayor por la concesión de un crédito superior (que generaría mayores intereses, por lo tanto). La desproporción y el desequilibrio entre las partes se aprecia en que un bien que proporcionalmente sirvió para conceder un montante «x» de crédito hipotecario, la entidad crediticia no lo considera ahora apto para extinguirlo, manteniendo sin embargo la exigencia del crédito *hipotecario en su integridad*. Si a ello sumamos que la mayor parte de los créditos hipotecarios llevan aneja una cláusula de vencimiento anticipado, cláusulas estas que pueden ser abusivas por no tener en consideración las contingencias del deudor, que el deudor sufre una cierta constricción a la hora de ofrecer una dación en pago, por los resultados económicos desfavorables que particularmente hoy ofrece la ejecución de la hipoteca como consecuencia del pinchazo de la burbuja inmobiliaria (41) y que las condiciones de la dación en pago son fijadas por la entidad crediticia, que es la que tiene la última palabra, *parece que es conclusión imprescindible que un acuerdo justo y equitativo de dación en pago, exija la aceptación del inmueble por el inicial valor de tasación. De lo contrario, se estaría en presencia de un abuso tal y como ha señalado el Consejo de Consumidores y Usuarios* (42). Qui sentit commodum, sentire debet et onus (*Quien disfruta la ventaja, debe también soportar la carga*). Iure naturae aequum est, neminen cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiores (Pomponio. D. 50,17,206: *Es justo por derecho natural, que nadie se haga más rico con detrimento e injuria de otro*) (43).

(40) El préstamo sólo puede considerarse prudente si fue configurado de tal manera que una caída previsible en el precio de la vivienda, permitiría que la garantía cubriese el préstamo.

(41) Cfr., *Dictamen de iniciativa propia del Consejo de Consumidores y Usuarios... op. cit.*, pág. 25. Aunque se dice que la dación en pago no es contraria al artículo 1859 del Código Civil porque el deudor ha tenido la posibilidad de no acceder al pacto de dación y soportar la realización del valor de la cosa, no está claro, por lo menos actualmente, que el deudor sea enteramente libre a la hora de aceptar una ejecución hipotecaria de la vivienda habitual, en lugar de una dación en pago. Como afirma Mireia INSA: «conviene tener en cuenta que en una subasta judicial, el precio final que se obtiene en raras ocasiones se acerca ni tan siquiera al valor real de mercado y que se habrán devengado intereses y costas judiciales por importantes cantidades, con lo cual se pierde parte del valor de la vivienda». Por otro lado, como ya indicamos, actualmente la mayor parte de las subastas de inmuebles quedan desiertas, y el acreedor se adjudica la vivienda familiar por el 50 por 100 de su valor de tasación (tasación efectuada a los efectos del art. 682.2.1.º LEC, y que no tiene por qué coincidir con el valor real de la finca en el momento de otorgamiento del préstamo). En estas condiciones, y dado el artículo 105 LH, la dación en pago se presenta como una salida casi forzosa para el deudor hipotecario, en el intento de encontrar una fórmula que le resulte más beneficiosa y compense su precaria situación frente a la entidad crediticia.

(42) «Dictamen de iniciativa propia del Consejo de Consumidores y Usuarios...», *op. cit.*, pág. 14.

(43) Estos principios generales del Derecho de orden natural constituirían límites a la autonomía de la voluntad de las partes, de acuerdo con el artículo 1255 del Código

Esta solución acerca, además, el Derecho español, a la legislación de los países anglosajones de que hemos hablado antes. Finalmente, del mismo modo que las eventuales variaciones de valor del bien hipotecado, no obligan a modificar el valor pactado que sirve de tipo a la subasta a los efectos del artículo 682 LEC, y dicho valor según la Jurisprudencia, es *inmodificable* [STS de 24 de marzo de 1993 (*RJ* 1993/3306)], debe entenderse en situaciones de sobrevaloración del mercado inmobiliario e hipotecario y posterior caída generalizada de los precios de los inmuebles, que el valor asignado a la vivienda para la concesión del préstamo *es un valor inmodificable en beneficio del deudor*.

Si el valor de la vivienda dada en pago, conforme a la valoración explicada, y las cantidades abonadas por el deudor a la entidad crediticia, superasen en conjunto el importe de la deuda que se tiene con la entidad, el deudor hipotecario tendría derecho a una compensación. Es decir, el deudor debería recibir sobre el exceso abonado, una cantidad proporcional a la pérdida de valor que ha sufrido la vivienda con respecto a la tasación inicial base del crédito hipotecario. De este modo, Banco y deudor hipotecario, soportan ambos el descenso del precio de la vivienda.

VI. CONCLUSIONES

Es forzoso concluir, pues que:

1. La dación en pago *per se* no cae dentro de la prohibición del pacto comisorio.
2. Sin embargo, dicha prohibición de pacto comisorio es expresión de un principio general aplicable más allá del ámbito de las garantías reales, lo que a nuestro juicio lo hace aplicable a la dación en pago de la única vivienda disponible (vivienda familiar o residencia habitual del deudor) si la dación se realiza en unas condiciones tales y en un contexto que hacen de ella un medio de pago desproporcionado. La justificación de que la dación en pago del crédito hipotecario de tales bienes pueda caer bajo la sanción del artículo 1859 del Código Civil viene motivada, entre otras razones, porque tales bienes han de ser objeto de particular protección por el ordenamiento jurídico (art. 39.1 y 47 CE) (44).
3. Para que la dación en pago del crédito hipotecario de la vivienda habitual no incurra en la prohibición del artículo 1859 del Código Civil debe haber una equivalencia entre valor asignado a la vivienda y deuda hipotecaria que se extingue, y por lo tanto una justa valoración de dicha vivienda a tales efectos.
4. Si el Banco quiere evitar la nulidad de la dación en pago por infracción de la prohibición del pacto comisorio, deberá aceptar la dación en pago *por el valor de tasación que se adjudicó inicialmente a la finca y que sirvió de base para la concesión del crédito hipotecario, siempre que el préstamo concedido por él mismo no haya sido un préstamo prudente y tuviese conocimiento de la sobrevaloración de la vivienda*.

Civil (prohibición de los pactos contrarios a la moral natural) y 6.2 del Código Civil (prohibición de los pactos contrarios al interés o al orden público).

(44) No contemplamos en este trabajo la aplicación del artículo 1859 del Código Civil a daciones en pago de otros inmuebles hipotecados distintos de la vivienda familiar.

Hay que determinar pues, en qué momento comenzó la expansión de la burbuja inmobiliaria y las entidades crediticias tenían conocimiento de la sobrevaloración de los inmuebles, para aplicar desde entonces las medidas que propugnamos, por lo menos, mientras exista una situación de devaluación generalizada del precio de la vivienda, consecuencia del pinchazo de la burbuja inmobiliaria.

5. *Otra solución implicaría un acuerdo claramente desequilibrado para el deudor hipotecario, pues la entidad crediticia asumió el riesgo de una previsible depreciación del valor de la vivienda (y por ende de la garantía), en el intento de obtener un lucro mayor por la concesión de un crédito superior (que generaría mayores intereses, por lo tanto). Qui sentit commodum, sentire debet et onus (Quien disfruta la ventaja, debe también soportar la carga).*
6. Esta solución permite acercar el Derecho español al Derecho de los países anglosajones, más justos con el deudor hipotecario, como Estados Unidos, donde la dación en pago del inmueble hipotecado extingue totalmente la deuda cualquiera que sea el valor del bien entregado. Esta solución que proponemos se perfila como transitoria en tanto se verifica una reforma del artículo 105 LH, en el sentido de extender las previsiones del artículo 140 LH a todo deudor de buena fe, se haya o no pactado la limitación de la responsabilidad al bien hipotecado (como ha pedido el Congreso de los Diputados que estudie el Gobierno) (45).
7. Aquellas daciones en pago de viviendas habituales hipotecadas, que no se hubiesen efectuado en los términos antedichos, siempre que el deudor hipotecario reuniese los requisitos que hemos señalado antes, *podrían ser declaradas nulas por infracción de la prohibición del artículo 1859 del Código Civil, siendo apreciable esta nulidad de oficio.* Ello puede permitir al deudor hipotecario recuperar su vivienda y renegociar la situación con el Banco (46).
8. Si el valor de la vivienda dada en pago, conforme a la valoración explicada, y las cantidades abonadas por el deudor a la entidad crediticia, superasen en conjunto, el importe de la deuda que se tiene

(45) Sobre el particular, vid. JIMÉNEZ PARÍS, T. A., «El sobreendeudamiento del consumidor y la propuesta de reforma integral de la Ley Concursal», en *Diario La Ley*, núm. 7487, 13 de octubre de 2010, nota 27.

(46) Así, por ejemplo, puede un deudor lograr la nulidad de una dación admitida por el valor de tasación actual, reajustado a la baja, y que sólo le permitía cancelar parte de la deuda, recuperar la vivienda, reviviendo el crédito hipotecario, y presentar un tercero, que se ha interesado en adquirir el bien hipotecado, descontando la deuda, presente (ya vencida) y futura (aún por vencer), del precio a pagar y *subrogándose en el pago de la misma frente al acreedor, que continúa siendo el mismo y acepta al nuevo deudor, y con ello libera completamente al anterior.* Es un negocio de transmisión de deuda tripartito, que carece de regulación legal pero que goza de un amplio y pacífico uso mercantil y reconocimiento jurisprudencial, sustentándose indirectamente en los artículos 1158, 1159, 1205 y 1206 del CC y 144 LH. Lógicamente es imprescindible el consentimiento del acreedor a fin de que la asunción de deuda sea liberatoria para el anterior deudor y suponga la no iniciación o detención de acciones ejecutivas de la hipoteca. Con ello se evita el proceso de ejecución hipotecaria y se sustituye un deudor agotado, y en situación cercana a la insolvencia por otro nuevo deudor solvente, obteniendo la entidad de crédito además el beneficio añadido, en ese contrato, de la suspensión del régimen disciplinario de provisión de insolvencias que impone el Banco de España (cfr., FINEZ, J. M., *op. cit.*).

con la entidad, el deudor hipotecario tendría derecho a una compensación.

9. Esa compensación debería fijarse proporcionalmente, teniendo en cuenta no sólo el exceso abonado, sino también la pérdida de valor que hubiese experimentado la vivienda como efecto del pinchazo de la burbuja inmobiliaria. De este modo, Banco y deudor hipotecario, soportan ambos el descenso del precio de la vivienda.
10. Si la dación en pago de la vivienda habitual, valorada al precio inicial de tasación, fuese insuficiente para cubrir el crédito hipotecario, el deudor debería hacer frente al crédito restante con otros bienes, considerándose la dación en pago un pago parcial, salvo que hubiese mediado el pacto del artículo 140 LH. En aquel caso serían aplicables, por analogía, los mismos límites al embargo fijados por el Gobierno, para las ejecuciones posteriores a la ejecución hipotecaria, por el Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo (47).

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ADÁN GARCÍA, M.^a E.: «La dación en pago», en *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2009.
- BLASCO GASCÓ, F. DE P.: «Comentario al artículo 1859 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*. DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.), Editorial Lex Nova. 1.^a ed., Valladolid, 2010.
- DURÁN RIVACOBRA, R., *La propiedad en garantía. Prohibición del pacto comisorio*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1998.
- FINEZ, J. M., «La dación en pago», en *Anuario de Derecho Civil*, 1995, núm. 4.
- GARCÍA MEDINA, J., «Alternativas a la subasta», en *Diario la Ley*, miércoles, 20 de enero de 2010, núm. 7324.
- GINÉS CASTELLET, N., *La enajenación de bienes inmuebles con fin de garantía*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2004.
- GÓMEZ GÁLIGO, F. J., «Titularidades fiduciarias», en *Actualidad Civil*, núm. 33, 14-20 de septiembre de 1992.
- GUILARTE ZAPATERO, V., «Comentario al artículo 1859 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO. Tomo XXIII, EDESA.
- INSA, Mireia: «¿Qué hacer ante la imposibilidad de pagar la cuota hipotecaria? La dación en pago como vía para saldar la deuda hipotecaria», en *Inmueble. Revista del Sector Inmobiliario*, núm. 94, 2009.
- JIMÉNEZ PARÍS, T. A.: «El sobreendeudamiento del consumidor y la propuesta de reforma integral de la Ley Concursal», en *Diario la Ley*, núm. 7487, 13 de octubre de 2010.
- RUBIO DE ORELLANA PIZARRO, R.: «La dación en pago y su efecto extintivo de las obligaciones pecuniarias», en *Instituciones del mercado financiero*. MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ y Alonso UREBA (coord.), vol. 4, 1999.

(47) Vid. *ut supra*, nota 5.

VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

STS de 3 de enero de 1977 (*RJ* 1977/1).
STS de 22 de marzo de 1985 (*RJ* 1985/1196).
STS de 5 de octubre de 1987 (*RJ* 1987/6712).
STS de 22 de diciembre de 1988 (*RJ* 1988/9748).
STS de 13 de febrero de 1989 (*RJ* 1989/831).
STS de 4 de octubre de 1989 (*RJ* 1989/6881).
STS de 29 de abril de 1991 (*RJ* 1991/3106).
STS de 24 de marzo de 1993 (*RJ* 1993/3306).
STS de 18 de noviembre de 1996 (*RJ* 1996/8639).
STS de 14 de julio de 1997 (*RJ* 1997/5608).
STS de 13 de mayo de 1998 (*RJ* 1998/3687).
STS de 15 de junio 1999 (*RJ* 1999/4474).
STS de 16 de mayo de 2000 (*RJA* 2000/5082).
STS de 26 de abril de 2001 (*RJ* 2001/2037).
STS de 4 de diciembre de 2002 (*RJ* 2002/10424).
SAP Alicante (Sección 7.^a) de 1 de febrero de 2002 (*JUR* 2002/112215).
SAP Navarra (Sección 2.^a) de 19 de abril de 2004 (*JUR* 2004/151845).
SAP Alicante (Sección 8.^a), de 22 de octubre de 2008 (*JUR* 2009/25857).

RESUMEN

ABSTRACT

**SOBREENDEUDAMIENTO
HIPOTECARIO
DACIÓN EN PAGO DE LA VIVIENDA
FAMILIAR HIPOTECADA
PACTO COMISORIO**

**OVERMORTGAGING
DATION OF THE MORTGAGED
FAMILY HOME IN PAYMENT
RESOLUTORY CONDITIONS
IN CASE OF NON-PERFORMANCE**

Resulta innegable que vivimos un momento de sobreendeudamiento hipotecario de los consumidores. Los desafortunados resultados a que conduce la ejecución hipotecaria de la vivienda familiar, llevan al deudor a ofrecer a la entidad crediticia en pago del crédito hipotecario su vivienda familiar, solución que también beneficia a la entidad crediticia. Pero surge la duda de si tal dación en pago no infringe la prohibición del artículo 1859 del Código Civil relativa al pacto comisorio. Las circunstancias concretas en que se verifique la dación conducirán a una respuesta bien afirmativa, bien negativa.

It is undeniable that we live at a time of consumer overmortgaging. Foclosing on the family home leads to unfortunate results, inducing borrowers to offer the family home to the lending institution in payment of their mortgage loans. This solution benefits lending institutions also. But doubt arises as to whether dation in payment in this particular circumstance might not infringe the prohibition in section 1859 of the Civil Code regarding resolatory conditions in case of non-performance. The exact conditions under which the dation is conducted will lead to an answer of either yes or no.

2. MERCANTIL

LOS REMEDIOS DEL VENDEDOR EN LAS COMPRAVENTAS DE ACCIONES Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 3 DE SEPTIEMBRE DE 2010

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia
y Legislación
Doctor en Derecho y Abogado*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL LUCRO CESANTE EN LA COMPRAVENTA DE AUTOS.—III. LA POSIBILIDAD DE LA VENTA DE REEMPLAZO COMO REMEDIO ANTE EL INCUMPLIMIENTO DEL COMPRADOR.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de septiembre de 2010 (Id Cendoj: 28079110012010100522, núm. de Recurso 1594/2006 y núm. de Resolución 509/2010), resuelve un recurso de casación en relación con un contrato de compraventa de acciones, donde se discutió en la instancia y posterior apelación el incumplimiento del mismo, y las partidas indemnizatorias solicitadas.

Los hechos fueron los siguientes:

Preventiva, Compañía de Seguros y Reaseguros (Preventiva) había realizado en su día una oferta para la adquisición de las acciones de Límite, S. A. (Límite) mejorando en cien millones de pesetas la efectuada por otra compañía, Almudena, S. A. (Almudena).

El día 15 de marzo de 2002, Preventiva otorgó un contrato de compraventa en virtud del cual adquiría la totalidad de las acciones de Límite, pagándose una cantidad a cuenta del precio y aportándose un balance de la situación financiera de la entidad adquirida que había sido el adjuntado a Almudena.

Tras la compra Preventiva efectuó una auditoría en la que se reflejaba que Límite tenía unas pérdidas de 66 millones de pesetas, por lo que la compradora pidió a la vendedora un ajuste del precio acordado y, en caso contrario, la resolución del contrato. El 17 de mayo de 2002, Límite respondió que se había producido un incumplimiento por parte de la compradora Preventiva, por lo que daba por resuelto el contrato y retenía la parte del precio entregada a cuenta para aplicarlo a una indemnización de daños y perjuicios causados por Preventiva.

A continuación se vendieron las acciones de Límite a Almudena por un precio menor al inicialmente ofertado por dicha compañía.

Preventiva demandó a los accionistas de Límite y pidió que se declarara la resolución del contrato de compraventa y la devolución de la parte del precio pagado y retenido por los socios de Límite. Alegó que no se habían conocido las reales circunstancias económicas de la sociedad Límite hasta que se efectuó el informe de auditoría encargado por la propia demandante, por lo que estaba en su derecho de pedir una reducción del precio pactado.

Los demandados contestaron la demanda y al mismo tiempo formularon reconvencción, en la que pidieron que al haber obtenido de Almudena un valor por las acciones inferior al inicialmente ofrecido, debido a la venta primeramente concertada por Preventiva, debía reconocerse una indemnización consistente en la diferencia entre lo primeramente ofertado por Almudena y lo realmente obtenido.

La sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia, número 5 de Madrid, de 12 de julio de 2004, desestimó la demanda y estimó parcialmente la reconvencción. Declaró: a) que la compradora Preventiva, *«no supeditó el buen fin de la operación a ningún tipo de estudio o análisis contable de cuyos resultados hubiera de depender el precio de la venta»*; b) por ello, el contrato celebrado era perfecto y desplegaba toda su eficacia; c) de aquí debía deducirse que Preventiva *«no respetó, de manera adecuada, el proceso lógico en la adquisición de las acciones de Límite, siendo pues, a ella imputable la inobservancia de la due diligence que resulta exigible en casos como el analizado [...]»*; d) se declara válida la resolución efectuada por los demandados y entendió que el precio del contrato con Almudena se fijó de acuerdo con el valor patrimonial de Límite en el momento de dicho contrato, *«según las cuentas de 2001, anexadas al contrato»*.

Asimismo, la cuantía establecida por la juzgadora de instancia, como indemnización de cien millones de pesetas, fue la suma entregada por Preventiva y que no fue devuelta.

Ambas partes recurrieron la sentencia de instancia, lo que se resolvió por la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 5 de mayo de 2006 (*JUR* 2006/188144), desestimando ambos recursos, diciendo que la compraventa no se sometió a ninguna condición referida al resultado de las cuentas anuales. En relación con el recurso de Límite, único recurrente a la postre en casación, se afirma que: a) a pesar de la cantidad que se reclama como indemnización, por la comparación entre el precio que deberían haber recibido de Preventiva y el que finalmente recibieron de Almudena, *«[...] no se constata por el Tribunal en cuanto a la cuantía reclamada la relación de estos con la resolución contractual, no se prueba ni la pérdida de imagen en el mercado, ni en sus agentes, ni el menoscabo económico que se dice sufrió esta entidad en dicha suma»*; b) *«[...] ello merma las posibilidades de estimación de una reclamación, cuyo monto no se acredita guarde la debida relación con el concepto de daño y perjuicio tal como se acepta por la doctrina jurisprudencial»*; c) además la suma ofrecida inicialmente por la definitiva compradora, Almudena, era una oferta, susceptible de ser modificada con la firma del contrato definitivo; d) la suma entregada por Preventiva no la dota *«[...] de un carácter similar al contrato de arras, sino que [...] es el resultado de efectuar un cálculo ponderado de las consecuencias adversas que tuvo para los accionistas de Límite el injustificado incumplimiento de sus obligaciones por Preventiva, que dio lugar a una pérdida de las expectativas de sus ganancias de estos socios vendedores, que precisamente habían renunciado a otra oferta anterior, por una mejora de cien millones de pesetas en el precio, suma que por ello [...] es la que mejor evalúa los daños y perjuicios sufridos por estos demandados»*.

Uno de los motivos del recurso de casación fue la infracción del artículo 1106 del Código Civil, ya que la sentencia de apelación rechazó que se tuviera derecho a indemnización por lucro cesante constituido por el precio que habría de haberse obtenido de Preventiva si ésta hubiera cumplido sus obligaciones, una vez descontado el precio finalmente recibido de Almudena.

Esta infracción del artículo 1106 del Código Civil, en cuanto al lucro cesante, se desestima por el Tribunal Supremo en base a las siguientes razones:

- «1.º Es cierto que cuando la recurrente vendió a Almudena, ésta pagó por las acciones un precio inferior al inicialmente ofrecido. Pero la sentencia recurrida señala que no se ha probado que la cuantía reclamada esté en relación con los daños y perjuicios causados con la resolución del contrato. Por esto hay que decir que en el primer punto del recurso de casación, la recurrente hace supuesto de la cuestión, porque la sentencia recurrida dice claramente que no existe prueba del daño que reclama.
- 2.º No debía expresarse ningún elemento para lo que el recurso denomina “cálculo ponderado”. Simplemente, la sentencia recurrida no considera probado que se hubiesen generado los daños que hubieran dado lugar a admitir la reclamación cuando afirma que no se “constata por el Tribunal en cuanto a la cuantía reclamada la relación de estos con la resolución contractual, no se prueba ni la pérdida de imagen en el mercado, ni en sus agentes, ni en el menoscabo económico que se dice sufrió esta entidad en dicha suma”. Se trata, en definitiva, de un problema de prueba.
- 3.º Lo mismo ocurre con la pretendida infracción de los artículos 1106 y 1107 del Código Civil, a los que se deben aplicar los mismos argumentos utilizados hasta aquí».

Por otro lado, se esgrime también por el recurrente la no apreciación de la doctrina de las operaciones de reemplazo, como método de cálculo del daño causado, la cual es denegada por el Tribunal Supremo, del siguiente modo:

«Se insiste en el motivo primero en la infracción de lo que se denomina “compraventa de sustitución” con la cita del artículo 75 de la Convención de las Naciones Unidas sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías, de 1980, las SSTS de 7 de junio de 1969, 3 de mayo de 1949, 6 de marzo de 1979, 27 de octubre de 1992 y 14 de mayo de 2003.

Para rechazar esta argumentación, hay que determinar en qué consiste una compraventa de sustitución. La doctrina ha considerado que una compra de reemplazo o de sustitución “consiste en permitir al comprador, ante el incumplimiento del vendedor, y siempre que actúe de buena fe, adquirir de una fuente alternativa mercancías similares (de igual cantidad y calidad), y en permitirle que reclame al vendedor la diferencia que, en su caso, haya tenido que satisfacer al tercero por esa compraventa de reemplazo”. En la argumentación del recurso se plantean dos cuestiones: una, la pretensión de aplicar el esquema de las compras de reemplazo, y otra, la asimilación con el lucro cesante.

En relación a la primera cuestión, la cita del artículo 75 de la Convención es superflua porque no es aplicable, al excluir el artículo 2.d) de la Convención su aplicación a las compraventas de “valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio”; el artículo 75 de la Convención se refiere a mercaderías y no existe un mercado de acciones en el sentido pretendido con la argumentación de la recurrente.

Pero, además no puede equipararse la compraventa de reemplazo con el lucro cesante, como claramente pone de relieve la propia sentencia citada como infringida, de 14 de mayo de 2003, en la que en relación a la compra de unas partidas de mosto, se afirma que “[...] es patente la confusión en que incurre la sentencia recurrida entre las compraventas de reemplazo y el lucro cesante”, porque “efec-

tivamente, si la compradora adquiere partidas de mosto para precaverse de las consecuencias del incumplimiento a un precio superior al contratado, será un daño emergente que se le origina en su patrimonio, nada tiene que ver con el lucro cesante, que son expectativas fundadas de ganancia con la reventa de lo adquirido”.

Además, las sentencias alegadas como infringidas no son aplicables al presente supuesto, puesto que se refieren a supuestos muy distintos del ocurrido en el caso actual en el que el objeto de la venta son unas acciones a un precio inferior al primeramente ofertado y la recurrente pretende aplicar las reglas de las compraventas de reemplazo, centrada en bienes como cosechas, vino, etc., supuesto distinto del que realmente ocurrió».

Del examen de los hechos expuestos, son dos las cuestiones que llaman la atención de los fundamentos de la sentencia de casación y que merecen ser objeto de análisis, a saber: (i) si la venta a un menor precio que el inicialmente contratado con el comprador incumplidor puede tener o no la consideración de lucro cesante; (ii) y si pudiera ser aplicable al presente incumplimiento del comprador, como método de cálculo del daño, el precio obtenido en la venta de reemplazo producida.

II. EL LUCRO CESANTE EN LA COMPRAVENTA DE AUTOS

Para poder analizar si en el presente caso pudiéramos estar ante un supuesto de lucro cesante, resulta conveniente volver a reiterar parte de los hechos del caso, como que los accionistas de Límite que habían vendido la totalidad de dichas acciones —no habían incurrido en nuestra opinión— en incumplimiento contractual por las diferencias valorativas de las acciones que se pusieron de manifiesto por Preventiva con posterioridad a dicha compraventa.

En este sentido, cabe recordar que la sentencia de apelación (FJ segundo) se pronuncia al respecto del siguiente tenor: *«Ciertamente la Sala, tras visualizar la grabación y analizar los citados documentos, no puede sino coincidir con el acertado criterio valorativo de la prueba que efectúa el Juzgador de instancia, la testigo doña Carolina, testigo propuesto por ambos litigantes, lo que otorga una mayor imparcialidad de su testimonio que fue contundente, el documento número 10 de la contestación fue el que ella personalmente entregó a quien se identificó como secretario del Consejo de Administración de Preventiva el 15-3-2002, constando ya en ese documento la existencia de pérdidas por valor de los 66 millones, sin que Preventiva efectuara objeción alguna, precisando que el documento número 7 de la demanda no es más que un borrador entregado al Consejo de Administración para la elaboración de sus cuentas anuales. Esta prueba es un dato averdadero decisivo de la falta de ocultación de datos contables por Límite a la adquirente, y mal puede apreciarse vicio oculto referido a un balance inexacto, cuando el que se entregó en el momento de la adquisición, extremo reconocido por la propia testigo que identifica el documento en cuestión, contiene ya las pérdidas que son el motivo de su denuncia».*

Es decir, Preventiva fue conocedora en el momento de la celebración del contrato de las pérdidas contables existentes en la sociedad cuyas acciones fueron objeto de adquisición, sin manifestar nada en contra sobre las mismas, y sobre las cuales pretende posteriormente una reducción de precio en base a una auditoría posterior y no anterior a la celebración del contrato de compra-

venta de acciones, de ahí que la sentencia de apelación considerara (FJ sexto) que «...*Ciertamente la actitud incumplidora de Preventiva frustró las expectativas de los accionistas de Límite en relación con el contrato firmado, y la posterior firma del contrato con Almudena, no consiguió mantener ni el precio inicialmente ofertado por esta entidad ni aquel al que se obligó Preventiva*».

Pues bien, si como afirma la sentencia de instancia «...*el precio del contrato con Almudena, S. A. se fijó de acuerdo con el valor patrimonial de Límite en el momento de dicho contrato, "según las cuentas de 2001, anexas al contrato"*», ante la mejora de oferta existente por Preventiva en relación con la postura inicial de Almudena, la pretendida reducción de precio por Preventiva, la reducción de la oferta llevada a cabo inicialmente por Almudena y ante la falta de más datos en las sentencias analizadas (como, por ejemplo, criterios contables para la fijación del valor patrimonial de las acciones de Límite en la venta con Preventiva) puede presumirse que tanto en la venta pretendida con Preventiva como en la inicialmente proyectada por Almudena había existido una sobrevaloración de las acciones de Límite en relación con el precio real de las mismas.

La referida sobrevaloración que pudo tener lugar el 15 de marzo de 2002 (fecha de la venta frustrada con Preventiva), se evidenció en mayo de 2002 (fecha de la venta con Almudena), lo que supuso la rebaja del precio inicialmente ofertada por ésta, así como en relación con el pactado por Almudena.

De ahí, que si bien pese a la inexistencia de un mercado organizado para el objeto de la compraventa analizada, no es menos cierto que en la práctica de este tipo de operaciones, el precio es fijado tras un minucioso análisis, entre otra documentación, de los estados financieros de la sociedad objeto de adquisición con el objeto de poder ofrecer al comprador una correcta imagen valorativa de los activos y pasivos de la sociedad para poder ofertar un valor razonable por las acciones que pretende adquirir.

Es decir, la práctica del *Due Diligence* (1) y los mecanismos posteriores al cierre de la operación, como son las revisiones del precio pactado (2), en

(1) Entre los motivos para llevar a cabo una *Due Diligence*, Ángel PENDAS AGUIRRE, *Transmisiones de empresas y modificaciones estructurales de sociedades* (José María BENEYTO PÉREZ/Rita LARGO GIL, dirs.), Editorial Bosch, 2010, pág. 162, cita: «El resultado de la *Due Diligence* también puede tener un impacto en el precio o valoraciones económicas que las partes estaban inicialmente considerando para la operación en cuestión. Es muy habitual que en la carta de intenciones que las partes suelen firmar antes de comenzar la *Due Diligence* se haga mención al precio que una parte está dispuesta a pagar a la otra, eso sí, siempre condicionado a, entre otras cosas, que el resultado de la *Due Diligence* sea satisfactorio para los intereses de la parte que compra y que no aparezcan contingencias que puedan tener un impacto en la valoración de la empresa objeto de compraventa y por lo tanto en el precio que el comprador estaba inicialmente dispuesto a pagar».

(2) En cuanto a los ajustes de precio, FRANCISCO PEÑA GONZÁLEZ, *Fusiones y adquisiciones de empresas* (José M.º ÁLVAREZ ARJONA y Ángel CARRASCO PERERA, dirs.), Thomson-Aranzadi, 2004, pág. 426, se refiere a las modalidades del mismo del siguiente modo: «En la práctica contractual se observan dos modalidades de pacto para ajustar el precio, que pueden coexistir en el mismo contrato (si bien existen otras modalidades de menor aplicación práctica): pacto de ajuste del precio por diferencias entre los estados financieros garantizados por el vendedor a una fecha determinada, y el resultado de su auditoría o revisión limitada por tercero independiente de esos estados financieros después de la compra; y pacto de ajuste del precio por omisiones o inexactitudes en las demás manifestaciones del vendedor cuya realidad y veracidad ha garantizado el transmitente frente al comprador, comprometiéndose en otro caso a una fórmula de revisión de

función de resultados incluso posteriores de la compañía, se ofrecen como indicadores del valor de las acciones objeto de adquisición.

En el presente caso, la ausencia de dichos mecanismos investigadores y correctores pueden implicar junto a las diferencias valorativas de las acciones objeto de adquisición, la existencia de una sobrevaloración de las mismas, que de los hechos del caso no parece haberse visto afectada por el breve transcurso de tiempo existente entre las dos compraventas.

Asumiendo dicha sobrevaloración, es cuando entendemos que en el caso de autos, sí podríamos encontrarnos ante un supuesto de lucro cesante, el cual no pretendemos cuantificar ante la insuficiencia de los datos del caso que proporcionan las sentencias analizadas, de ahí que sólo valoremos en abstracto la posible existencia de un lucro cesante y no la cuantificación del mismo, para lo cual sería necesario por otro lado la práctica de una completa actividad probatoria en términos de probabilidad, tal y como afirma la reiterada Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Recientemente MORALES MORENO (3) en su análisis de las posibles manifestaciones del lucro cesante en la responsabilidad contractual, expone que: «En los contratos de intercambio de bienes o servicios por dinero, la diferencia entre el precio establecido en el contrato y el del mercado ofrece a uno de los contratantes una ventaja económica: obtener bienes o servicios a precio infe-

precio. Caso distinto es el del pacto por el que el vendedor se responsabiliza de los daños que el comprador sufra como consecuencia directa de omisiones o inexactitudes en sus manifestaciones (acciones de rescimiento por incumplimiento contractual del vendedor o de saneamiento por omisiones o vicios ocultos), donde por pacto se acuerda que el tercero actuará como un experto (perito) y decidirá la procedencia del rescimiento en caso de discrepancia».

Sobre la impugnación del precio determinado por el tercero, vid. FRANCISCO REDONDO TRIGO, «La impugnación de la determinación del precio por un tercero en los contratos de compraventa de acciones y la sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de septiembre de 2006», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 704, págs. 2766 y 2782.

(3) 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, págs. 39 y 40.

Este mismo autor propone (págs. 40-41) las siguientes tres formas de manifestarse el interés relacionado con la ventaja o desventaja del intercambio:

a) El contratante favorecido por la ventaja del intercambio tiene *interés en obtener o realizar la prestación al precio establecido en el contrato*. Por ejemplo: el que vende una cosa a diez tiene interés en obtener ese precio, aunque en el momento del cumplimiento del contrato valga cinco. Igualmente, el que compra una cosa a diez tiene interés en obtenerla a ese precio, aunque en el momento de cumplimiento valga quince.

b) El interés en la ventaja del intercambio puede, en algunos casos, ir más allá del interés en obtener la cosa al precio del contrato. Puede incluir, además de la obtención del bien, *el interés en incorporar al patrimonio (patrimonializar) un determinado valor*: el valor que tenía la cosa en el momento en que debió serle atribuida al acreedor.

Pondré un ejemplo. El que compra unas acciones a un precio de diez, para que le sean transmitidas un mes después, momento en el que su precio es de quince, tiene interés en patrimonializar esos quince. No satisface ese interés, aunque sí el de obtener las acciones (de existir), si, entregadas con retraso, valen diez en el momento de la entrega.

c) El interés relacionado con el intercambio tiene otra posible manifestación, referida no tanto a la obtención de un beneficio cuando al límite del perjuicio producido por el efecto desfavorable de la evolución del mercado. Es el interés del contratante perjudicado en que ese defecto no le sea atribuido más allá del tiempo en que, conforme al contrato, le corresponda soportarlo».

rior al del mercado o a transferirlos (“prestarlos”) a un precio superior. A esta ventaja podemos denominarla la ventaja del intercambio (...) La lesión al interés del intercambio se manifiesta, en ocasiones, como un lucro cesante. Para el contratante que transmite bienes o presta servicios a un precio superior al del mercado, la pérdida de esa ventaja es, en alguna medida, un lucro cesante, intrínseco al intercambio del contrato. No es un lucro obtenible con posterioridad al cumplimiento del contrato, sino un lucro que le proporciona el propio contrato y se satisface con el cumplimiento del mismo. De modo parecido sucede al contratante que obtiene bienes o servicios a un precio inferior al del mercado».

Coincidimos con MORALES MORENO en que en determinadas ocasiones, el interés de intercambio derivado del contrato supone un lucro cesante intrínseco al mismo, consistente en obtener el precio del bien contratado superior al del mercado.

De esta forma el interés del intercambio puede obtenerse por el acreedor correspondiente mediante la acción de resolución contractual donde la diferencia entre el precio del contrato incumplido y el obtenido en la operación de reemplazo, supondría la satisfacción del acreedor y donde la denominada «lesión al interés del intercambio» se puede considerar producida, en este caso, como un lucro cesante intrínseco al propio contrato incumplido, debido a la sobrevaloración del objeto del mismo.

De ahí que entendido, en estos casos, el lucro cesante, como la ganancia frustrada dejada de obtener como consecuencia del incumplimiento contractual, esto es, generalmente como el provecho o utilidad (4) del que se ha visto privado la parte *in bonis*, la frustración producida por la imposibilidad de obtener la ganancia intrínseca existente y propia del contrato que se hubiera materializado en la obtención del mayor precio, suponga a nuestro juicio la existencia de un lucro cesante contractual.

Pues bien, ante dicha situación uno de los remedios de los que puede hacer el uso el acreedor, es a nuestro juicio, la operación de reemplazo, como solución aceptada generalizadamente y acorde con el deber de mitigar el daño que ha de soportar el acreedor del mismo. En relación con esto, MORALES MORENO (5) expone el siguiente ejemplo clarificador: «En una subasta de venta de un bien, en la que el primer postor no paga el resto del precio por él debido y el vendedor resuelve el contrato, podemos considerar como operación de reemplazo la venta al posterior postor. El lucro cesante del vendedor es la diferencia entre el precio de la primera venta y el de la segunda. A este daño se pueden añadir los intereses por el retraso en obtener el vendedor la suma equivalente al precio de la primera venta (a través del precio cobrado en la segunda venta y la indemnización complementaria por el menor precio cobrado). Un caso así es el resuelto por la STS de 23-7-2007. Pero en esta sentencia la Audiencia no reconoce al vendedor (un Ayuntamiento) indemnización por la diferencia entre la primera y segunda postura y ese criterio no es modificado por el TS. La Audiencia admite, en cambio, que es posible la indemnización por lucro cesante consistente en “...no disponer el Ayuntamiento del dinero ofrecido por Hogar y Jardín, S. A., desde el momento en que... hubiera

(4) Sobre el concepto del lucro cesante, vid. FRANCISCO REDONDO TRIGO, *El lucro cesante (Las bases para la construcción dogmática)*, Madrid, 2004 (tesis doctoral. Dir.: don Luis Díez-Picazo), Biblioteca de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.

(5) Vid. *op. cit.*, nota 81.

tenido que pagar el resto del precio... hasta el en que... se otorga finalmente la escritura de compraventa”, a favor del segundo postor. Pero no llegan a conceder esa indemnización porque los intereses “no exceden del importe de la fianza incautada”».

De ahí que, en supuestos de incumplimientos de un contrato de compraventa donde el precio fuera superior al de mercado, lo que en diversas situaciones puede ser difícil probar, máxime cuando no exista un propio mercado del bien objeto de la compraventa, entendemos reclamable dentro del concepto del lucro cesante (art. 1106 del CC), la frustración producida al vendedor por el incumplimiento del comprador, ya que como hemos apuntado, dicha frustración vendría cuantificada por la imposibilidad de obtener dicha sobrevaloración ante el incumplimiento del deudor. No obstante, dicha dificultad probatoria —propia, por otro lado de cualquier pretensión de resarcimiento por lucro cesante—, no ha de suponer la no consideración de la misma *ab initio* como partida resarcitoria en aras de procurar la satisfacción íntegra del acreedor del daño.

Cuestión distinta serán los supuestos donde no puede constatarse el referido lucro implícito contractual al no existir una sobrevaloración del bien objeto de la compraventa, los casos de lucros cesantes por pérdida de volumen de negocio en las compraventas mercantiles, así como los supuestos generales relativos a las compras de reemplazo (diferentes al caso aquí analizado) que resuelve la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Al hilo de lo anterior, conviene citar la sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de junio de 2008 (RJ 2008/3210) (6), sobre un supuesto de incumplimiento de comprador, pero en el seno de una compraventa mercantil, donde se indemniza como lucro cesante la pérdida de volumen de negocio de la vendedora, ya que: *«El argumento empleado por la Sala de Apelación para desestimar la pretensión choca frontalmente con el concepto económico de beneficio industrial, puesto que no podemos olvidar que nos hallamos en el ámbito del tráfico mercantil, en el que la empresa denunciante se dedica a la adquisición y reventa de maquinaria industrial, siendo dicha actividad su objeto social, por lo que la pérdida de una venta perfeccionada supone, en sí misma, una pérdida de beneficio y una disminución de su negocio (...) De haberse vendido esta máquina a un precio inferior al pactado con la demandada, la actora habría sufrido un daño aún mayor materializado, por un lado, en el mencionado lucro cesante por el incumplimiento de la demandada, y por otro, en el daño emergente resultado de una minoración del precio no seguida de la del coste de adquisición»*.

Por lo tanto, de la doctrina de esta sentencia pueden extraerse dos conclusiones para las compraventas mercantiles, ante incumplimientos del comprador: (i) el lucro cesante para el vendedor consiste en la pérdida de volumen de negocio, y (ii) el menor valor obtenido en una operación de venta reemplazo sería un supuesto de daño emergente.

Sin embargo, y pese a lo anterior, el Tribunal Supremo también razona para las ventas civiles lo siguiente: *«Distinto razonamiento merecería el hipotético caso de frustración de una venta no mercantil. En este caso, ante la falta de venta de cualquier bien, de forma puntual y sin que la actividad de venta forme parte de la actividad económica del vendedor, se podría utilizar el argumento de la Sala de Apelación, consistente en que, acreditada la venta posterior en los mismos términos que la pactada con el incumplidor, no podríamos hablar de*

(6) Vid. Nieves FENOY PICÓN, «Sentencia de 5 de junio de 2008», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 80, 2009, pág. 580.

lucro cesante. Pero ello es así porque es un único acto de venta, mientras que en el caso que nos ocupa, la actora se dedica a esta actividad económica con el fin de obtener beneficio empresarial, por lo que la frustración de una venta concreta por voluntad de la parte compradora lleva necesariamente acarreada la pérdida del beneficio derivado de esa venta, sin que las demás circunstancias concurrentes afecten a este hecho».

El argumento de la Sala de Apelación, como recoge la propia sentencia del Tribunal Supremo, para denegar el lucro cesante derivado de la venta de reemplazo fue la ausencia de prueba de que dicho bien hubiese sido revendido por un precio inferior. Así, se pronuncia el Tribunal Supremo al respecto: «*La Audiencia Provincial, por su parte, estimó en parte el recurso de apelación interpuesto por la demandada, al entender que, si bien se confirmaba el pronunciamiento relativo al incumplimiento del contrato por parte de la demandada, y, con ello, la declaración de resolución de dicho contrato, se revocaba el pronunciamiento relativo a la indemnización por lucro cesante. En concreto, se estimaba que no había constancia verdadera de los daños y perjuicios puesto que no "basta con traer la propia contabilidad de Grau Maquinaria i Servei Int., S. A., aportando factura de 13.902.049 pesetas, pagadas a AEBI MFH AG (folio 30-32), si el legal representante de la actora reconoce que la máquina barredora de autos ha sido vendida a otro comprador (...), sin precisar su precio de venta, y, por tanto sin probar que fuera por cantidad inferior a la convenida con BESERNET, S. L., de donde se sigue que falta el elemento básico para estimar el daño y perjuicio reclamado pues para su estimación debía quedar probado por el actor que el precio obtenido por el nuevo comprador ha sido inferior al pactado con BESERNET"*».

Así las cosas, del último razonamiento expuesto por el Tribunal Supremo en esta última sentencia, no es menos cierto que parece deducirse que en las compraventas civiles, la acreditada venta de reemplazo a un precio inferior podría ser indemnizada como lucro cesante (7).

(7) En este sentido, resulta apropiado recordar la calificación jurídica de las compraventas de empresas (en cualquiera de sus modalidades, por ejemplo, compraventa de activo y pasivo o de acciones, opinamos, con carácter general y a salvo las particularidades de cada compraventa concreta) que realizara Manuel DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *La venta de la empresa mercantil: principales problemas que plantea*. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense y del Notariado el 26 de junio de 1980. Anales de la Academia Matritense y del Notariado. Tomo XXIV, con el siguiente razonamiento:

«La venta de la empresa, ¿es un contrato civil o mercantil? La mayor parte, por no decir la casi totalidad de nuestros mercantilistas, defienden la segunda calificación. A mi juicio, sin embargo, esta toma de posición es cuando menos discutible. El Derecho Mercantil español positivo no es, todavía, el Derecho de la empresa, sino el Derecho de los actos de comercio. Siendo esto así, resulta difícil encajar la venta de la empresa dentro del concepto, estrecho, limitado y poco claro, de la compraventa mercantil que fluye de los artículos 325 y 326 del Código de Comercio. Creo que en lo esencial tiene razón Vicent CHULIÁ cuando afirma que la compraventa de la empresa, como el arrendamiento o la constitución de usufructo por acto *inter vivos* es un contrato civil. La inclusión de su estudio en el Derecho Mercantil se hace —dice el autor citado— por razón de la materia, y no por la índole de las normas aplicables. Y si examinamos las obras de nuestros más ilustres mercantilistas, tanto de los que han tratado el tema en obras generales como monográficamente, comprobaremos que, para resolver los problemas más importantes que plantea el supuesto, recurren casi siempre al Código Civil y no al Código de Comercio. Esto no quiere decir que la disciplina de la compraventa de la empresa quede sustraída por completo a la normativa del Código de 1885. Como subraya

Diferente es también la cuestión suscitada en la sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de mayo de 2003 (RJ 2003/4749) —citada en su argumentación por esta sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de septiembre de 2010— que ante un incumplimiento, en este caso del vendedor, se califican las partidas indemnizatorias de la siguiente forma: «*Efectivamente, si la compradora adquiere partidas de mosto para precaverse de las consecuencias del incumplimiento a un precio superior al contratado, serán un daño emergente que se le origina en su patrimonio, nada tiene que ver con el lucro cesante, que son expectativas fundadas de ganancia con la reventa de lo adquirido*».

Conveniente resulta volver a exponer en este momento el tratamiento de los lucros contractuales por MORALES MORENO (8), cuando analiza el interés de cada parte contratante en obtener los lucros del contrato, exponiendo también lo siguiente: «Si el propietario de una cosa la vende a precio de mercado, la venta, por sí misma, no le genera un lucro. Le permite realizar el valor del bien, preexistente en su patrimonio. Pero si la vende a un precio superior al del mercado, la venta le produce un beneficio; determina un incremento de su patrimonio. Igualmente produce un beneficio la reventa de una cosa, recientemente adquirida con ese fin (en el ejercicio de una actividad mercantil), cuando esa reventa se produce a un precio superior al de adquisición. En este caso, a diferencia del anterior, no tomamos en cuenta el valor de la cosa en el patrimonio del vendedor, en el momento de celebración del contrato. El paso de la cosa por el patrimonio del vendedor es fugaz y puede no ser tomado en cuenta para calcular el beneficio o lucro de la reventa. El lucro o beneficio es la diferencia entre el precio de adquisición y el de reventa, menos los costes que haya podido generar la operación».

En suma, no creemos que en función de las circunstancias del caso resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de septiembre de 2010, no pudiera calificarse en abstracto como lucro cesante la partida indemnizable al vendedor por incumplimiento del comprador, aunque cuestión distinta sería la correcta cuantificación del mismo.

III. LA POSIBILIDAD DE LA VENTA DE REEMPLAZO COMO REMEDIO ANTE EL INCUMPLIMIENTO DEL COMPRADOR

Uno de los argumentos utilizados por la recurrente para la admisión de sus propósitos fue el remedio del negocio de sustitución, con invocación (suponemos) indirecta del artículo 75 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 (BOE, núm. 26, de 30 de enero de 1991).

Uno de los argumentos utilizados por el Tribunal Supremo para el rechazo de la tesis de la recurrente fue precisamente que «...la cita del artículo 75 de la Convención es superflua porque no es aplicable, al excluir el artículo 2.d) de la Convención su aplicación a las compraventas de “valores mobiliarios, títu-

GALGANO —de acuerdo con la opinión mayoritaria, que se niega a ver en la empresa un objeto autónomo de derechos—, no existe una ley de circulación propia de la empresa, sino que la empresa circula según las normas propias de los diferentes bienes singulares que la componen. Y es claro que entre estas normas hay que tener en cuenta determinados preceptos del Código de Comercio».

(8) Vid. *op. cit.*, pág. 50.

los o efectos de comercio»; el artículo 75 de la Convención se refiere a mercaderías y no existe un mercado de acciones en el sentido pretendido con la argumentación de la recurrente».

Atendamos a la primera parte del anterior razonamiento. Que la Convención de Viena de 1980 no se aplica al presente caso, estamos totalmente de acuerdo, como no podía ser de otro modo, ya que el objeto del contrato de compraventa era las acciones de una sociedad mercantil. Así, el referido artículo 2.d) de la Convención de Viena de 1980, excluye precisamente de su ámbito de aplicación a los valores mobiliarios, naturaleza de la que gozan las acciones de una sociedad anónima (art. 92 de la Ley de Sociedades de Capital), siendo nuestra opinión también que el texto convencional tampoco resultaría de aplicación a las compraventas de empresas o bien a las compraventas de cuotas sociales o participaciones sociales (aunque éstas no tengan la consideración de valor mobiliario), ya que no entran dentro del concepto de «mercadería», que supone el ámbito de aplicación de la Convención de Viena (9). Pero la inaplicación de la Convención de Viena de 1980 al presente caso, ¿ha de suponer necesariamente que no se pueda acudir al negocio de sustitución como parámetro del daño sufrido? ¿Está, como afirma el Tribunal Supremo en esta sentencia, circunscrito el negocio de sustitución a mercaderías propiamente dichas propias del tráfico mercantil y no a otros objetos contractuales? En nuestra opinión, no.

De hecho este remedio ya fue argumentado en un recurso de casación cuyo objeto era también el incumplimiento de un contrato de compraventa de acciones, y aunque si bien, no fue concedida la indemnización solicitada por el recurrente, lo fue, no por desestimar el negocio sustitutivo como método idóneo para el cálculo del daño producido, sino porque en función de las particulares características de ese caso, ya que el negocio de sustitución se había demorado tanto en el tiempo (tres años) por lo que la depreciación de las acciones durante dicho período, no podía ser atribuida íntegramente al deudor.

Se trata de la sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de febrero de 1966 (RJ 1534), sobre el caso, don Gerardo S. D. y Grandes Almacenes del Siglo, S. A., vs. Don Ramón A. R. y El Corte Inglés, S. A. (Ponente: Excmo. Señor don Tomás OGAYAR Y AYLLÓN).

Los hechos que motivaron la casación y su fallo fueron los siguientes. De conformidad con el contrato de compraventa de 6 de febrero de 1958, la parte actora debía entregar al señor A. la totalidad de las acciones correspondientes al capital social de El Siglo, S. A., antes de 1 de marzo de 1958, debiendo dejar

(9) Alfonso-Luis CALVO CARAVACA, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (Dir. y coord.: Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN). Editorial Civitas, 1997, pág. 48, analiza el concepto de mercadería de la siguiente forma: «Son mercancías, a efectos de la Convención, las cosas corporales de naturaleza mueble de todo tipo, como, por ejemplo, automóviles, maquinaria, programas de ordenador, fruta o libros. Como sucede, por ejemplo, en la venta de cosecha futura, las cosas objeto de la misma deben tener naturaleza mueble al tiempo de la entrega, no de la conclusión del contrato. Aun cuando puedan ser objeto de compraventa, quedan, por consiguiente, excluidos de la Convención las empresas, los bienes inmuebles, así como los derechos incorpóreos [por ejemplo, cesiones de créditos, los denominados derechos (patrimoniales) de autor o las licencias de patentes]. En la nota (13) de la pág. 48 citada, el mismo autor se refiere también a que: «...La transferencia de partes sociales también está excluida del concepto de mercancía de la CV. Vid., en este sentido, Cámara de Comercio Húngara, 20-XII-93, comentado por A. VIDA, «Keine Anwendung des UN-KaufrechtsÜbereinkommens bei Übertragung des Geschäftsanteils einer GMBH», en *IPrax*, 1995, págs. 52-53».

en esta fecha libres los locales con todas las instalaciones, obligaciones que fueron cumplidas según quedó acreditado en autos, lo que legitimaba a la parte actora a solicitar la resolución por incumplimiento de la parte recurrida.

El Tribunal Supremo concedió el derecho de resolución contractual, pero fijó las bases de la indemnización contractual de forma diferente a la pedida por la parte actora, razonando del siguiente tenor:

«CDO.: Que si bien es cierto que la compra de acciones se hizo en cumplimiento del pacto, como las mismas, se vendieron el 3 de marzo de 1961, tres años después de su adquisición, la depreciación que hubieran sufrido no es, a tan gran distancia de tiempo, consecuencia necesaria del incumplimiento, y al no existir nexo de causalidad no puede estimarse esta petición, así como tampoco la depreciación sufrida por las mercancías enajenadas, pues el contrato sólo obligaba al actor a retirarlas, dejando los locales libres, pero no imponía su venta, por lo que los únicos perjuicios derivados del incumplimiento serían los que la traslación de las existencias hubiera podido ocasionar, los que no se reclaman ni acreditan».

Es decir, la operación de sustitución realizada por el vendedor —contratante cumplidor— mediante la venta de las acciones no fue desestimada por su propia naturaleza en el fallo de esta casación, sino por la demora producida en el tiempo en la realización de la misma, ya que medió un plazo de tres años.

Ante dicha negativa, los daños y perjuicios concedidos se razonaron así:

«CDO.: Que obligada la parte recurrente a dejar libres de existencias los locales el 1 de marzo de 1958, fecha en que para cumplir el contrato debía cesar El Siglo en su negocio, y cumplido este deber, al no llevarse a efecto dicho contrato por incumplimiento imputable al señor A., no cabe duda que la entidad actora sufrió un perjuicio al tener que cesar en su negocio comercial en fecha determinada, pues tuvo que soportar los gastos del mismo como si estuviera en plena actividad, sin obtener beneficio hasta que reanudó su empresa, por lo que entre el cierre, el incumplimiento y los daños causados a Grandes Almacenes El Siglo, S. A., sí hay nexo causal necesario para hacer responsable de dichos daños a la parte demandada, pero no en la extensión pedida en la demanda, sino que no habiéndose justificado que el cierre hubo de durar hasta el 12 de julio de 1958, los únicos gastos resarcibles son los generales que tenía la entidad actora por todo el tiempo que se determinará en ejecución de sentencia, como preliminar para la fijación de la cuantía de este concepto, así como el beneficio dejado de obtener durante dicho período, siendo la diferencia entre ambos conceptos el perjuicio resarcible».

De esta forma, el Tribunal Supremo estimó el lucro cesante por la paralización de la actividad industrial, consecuencia del incumplimiento contractual del comprador de las acciones y no por el menor precio obtenido por la reventa de las mismas, pero únicamente —en nuestra opinión— porque el negocio de sustitución se produjo tres años después del incumplimiento, por lo que la depreciación de dichas acciones durante ese largo lapso temporal no podía imputarse exclusivamente al comprador, no habiendo realizado el vendedor su deber de mitigar el daño con la diligencia debida.

En nuestra doctrina la aceptación generalizada del coste de sustitución efectivo como indemnización de daños y perjuicios ante el incumplimiento contractual del comprador, fue analizada con detalle por SOLER PRESAS (10).

(10) Cfr. Ana SOLER PRESAS, *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, Editorial Aranzadi, 1998, así como la abundante bibliografía allí citada.

Coincidimos con esta autora en el análisis de los criterios de mercado y del coste de sustitución efectivo, ante los incumplimientos del comprador, admitiéndose con carácter general la regla de mercado (*market rule*) y, en su caso, el coste de sustitución efectivo mediante el oportuno negocio de reemplazo como remedio del vendedor.

Así, de forma general SOLER PRESAS (11) estima que el *quantum* de la partida resarcitoria ha de ser el de mercado, ya que: «...Conforme al mismo podrá determinarse el valor que, en general, puede obtener el vendedor por el bien rechazado o pagado por el comprador, valor que restado al precio pactado al contratar y sumado a otras posibles pérdidas reflejará la cuantía normalmente necesaria para situarle en la posición de cumplimiento o, lo que es lo mismo, para que conserve el beneficio que esperaba obtener del cumplimiento del contrato».

Ahora bien, cuando el bien carezca de mercado para acudir al mismo en aras de poder fijar el cálculo de la pérdida sufrida, está claro que no podemos acudir a la utilización de dicha regla. Pero ello, no impide —en nuestra opinión— la aplicación del remedio consistente en el coste de sustitución efectivo que haya tenido que realizar el acreedor del daño, con el objeto de mitigar el mismo.

Esta regla del coste de sustitución efectiva ha sido positivizada en algunos ordenamientos jurídicos como es, por ejemplo, el caso del artículo 85 de la Ley Uniforme sobre la Venta Internacional de Objetos Muebles Corporales (LUVI) de 1964, y el artículo 75 de la meritada Convención de Viena de 1980, el artículo 215.1 del Código de Obligaciones suizo, el artículo 37 del Código Civil holandés y la Sección 2-706 del *Uniform Commercial Code* de Estados Unidos de América, que prevé lo siguiente:

«Bajo las condiciones impuestas por la sección 2-703, relativa a los remedios al alcance del vendedor, éste puede revender los bienes afectados o las partidas no entregadas. Cuando la reventa se celebre de buena fe y de forma comercialmente razonable, el vendedor podrá recobrar la diferencia entre el precio de reventa y el precio del contrato, así como cualesquiera daños incidentales resarcibles conforme a lo previsto por el presente artículo (sección 2-710), minorados por los gastos ahorrados como consecuencia del incumplimiento del comprador.

(...) La reventa deberá identificarse razonablemente como resultante del contrato incumplido, si bien no es necesario que se disponga en efecto de los bienes o que alguno o todos ellos se hubieren especificado para la entrega antes del incumplimiento.

Cuando la reventa sea privada, el vendedor deberá notificar razonablemente al comprador su intención de revender.

El vendedor no debe al comprador cualquier beneficio que obtuviera con cualquier reventa».

También en los principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales está prevista la operación de reemplazo (2004), en el artículo 7.4.5 como prueba del daño, al establecer lo siguiente: «Cuando la parte perjudicada ha resuelto el contrato y ha efectuado una operación de reemplazo en tiempo y modo razonables, podrá recobrar la diferencia entre el precio del contrato y el precio de la operación de reemplazo, así como el resarcimiento por cualquier daño adicional» (12).

(11) Vid. *La valoración*, pág. 204.

(12) *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales*. The Global Law Collection, Editorial Thomson-Aranzadi, 2007.

Por otro lado, los Principios del Derecho Europeo de Contratos (PECL) (13), en su artículo 9:506 admiten el negocio de reemplazo o de sustitución al establecer lo siguiente: «*Cuando el perjudicado haya resuelto el contrato y haya celebrado un negocio de reemplazo en un tiempo y modo razonables, puede resarcirse de la diferencia entre el precio del contrato y el precio del negocio de reemplazo, así como de los daños debidos a cualquier otra pérdida, en tanto puedan indemnizarse con arreglo a esta sección*».

En este sentido, Díez-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES (14) califican el negocio de sustitución, diciendo que «la operación de reemplazo es un daño típico en caso de resolución, que como tal está especialmente tratado en los PECL».

Igualmente, LANDO y BEALE (15) se hacen eco de la generalización de este remedio del siguiente modo:

«La valoración de los daños y perjuicios en función de un negocio sustitutivo en el sentido del artículo 9:506 resulta posible en todos los ordenamientos jurídicos; sin embargo, en algunos de ellos se encuentra sujeto a restricciones.

En el artículo 1144 del Código Civil francés, belga y luxemburgués se halla una norma general en materia de negocios de sustitución en la denominada *faculté de remplacement* del acreedor. En principio, tal facultad ha de ser concedida por los tribunales, pero los usos en Francia permiten que el perjudicado la aplique por sí mismo en los negocios mercantiles. La jurisprudencia belga también lo ha aceptado así, incluso en casos no mercantiles, siempre que el incumplimiento haya tenido carácter suficientemente esencial (*van Ommeslaghe R.C.J.B.* 1986, núms. 98-100). En otros ordenamientos, en los que el negocio de reemplazo es una «auto-ayuda», las normas se localizan en la normativa sobre compraventa, ver *Sale of Goods Act* Danesa 25, 30 (2) y 45; *Sale of Goods Act* finlandesa y sueca, 68; HGB alemán y austríaco, 376 (3) (aplicable a las compraventas mercantiles pero generalizado en la práctica); el BW Neerlandés, artículo 7:37; y el Código Civil italiano, artículos 1515 y 1516. El artículo 75 CISG y el artículo 7.5.4 Unidroit son similares al artículo 9:506; al igual que la jurisprudencia griega y española: ver, respectivamente, AP 1137/1990, EEN 58 (1991) 444-445 y Vicent Chuliá, II, 107.

El BW neerlandés, la jurisprudencia belga, la *Sale of Goods Act* Danesa, alemana e italiana, contienen normas de procedimiento; en Italia las normas han limitado el uso de los negocios de sustitución, ver Cass. de 14 de julio de 1956, n. 2670 y 18 de junio de 1957, n. 2313 en Mass. Foro. It. 156 y 1957.

El Derecho inglés no adopta específicamente el «precio de sustitución» como medida del daño. No obstante, en los casos en que no hay salida para la prestación y no sea posible establecer un precio corriente de mercado, ver notas al artículo 9:507, los tribunales ingleses considerarán el precio de cobertura como una prueba importante en torno al importe de la pérdida, ver Beale, Remedies, 196-197. El Derecho escocés es similar».

(13) Vid. *Principios de Derecho Contractual Europeo. Partes I y II* (Los trabajos de la «Comisión de Derecho Contractual europeo». Edición: Ole LANDO y Hugh BEALE. Colegios Notariales de España, 2003. Edición española, pág. 662.

(14) Vid. Luis Díez-PICAZO, Encarna ROCA TRÍAS y Antonio Manuel MORALES MORENO, *Los principios del Derecho Europeo de contratos*, Madrid, 2002, pág. 375.

(15) Vid. *op. cit.*, pág. 663.

El reciente *Draft Common Frame of Reference* (16) también prevé este remedio en su artículo 3:706. *Substitute Transaction*:

«A creditor who has terminated a contractual relationship in whole or in part under Section 5 and has made a substitute transaction within a reasonable time and in a reasonable manner may, in so far as entitled to damages, recover the differences between the value of what would have been payable under the terminated relationship and the value of what is payable under the substitute transaction, as well as damages for any further loss» (17).

Pero no sólo en la práctica internacional, sino que también el coste de sustitución efectivo está presente en nuestra jurisprudencia española, como puede observarse en los casos de liquidación de costes de coberturas específicos en las SSTs de 8 de febrero de 1955 (RJ 339); 10 de octubre de 1959 (RJ 3667); 18 de junio de 1963 (RJ 3065); 7 de junio de 1969 (RJ 3287); 5 de febrero de 1974 (RJ 438); 26 de enero de 1978 (RJ 546); 25 de abril de 1989 (RJ 3261); 1 de julio de 1991 (RJ 5312); 15 de julio de 1991 (RJ 5572); 21 de septiembre de 1991 (RJ 6276); 27 de octubre de 1992 (RJ 8363); 31 de diciembre de 1997 (RJ 9409); 4 de julio de 2000 (RJ 6678) y 15 de abril de 2005 (RJ 3241).

Como regla generalizada de cálculo del daño es calificado también el negocio de reemplazo por FENOY PICÓN (18) cuando dice que: «El sistema del cálculo abstracto y el concreto del negocio de cobertura son reglas ampliamente asentadas. Algo en principio no cuestionado», al igual que hiciera SOLER PRESAS (19) al referirse a la adopción de este remedio en la legislación internacional del siguiente modo: «Esta positivación no es más que el reconocimiento expreso de una práctica largamente consolidada por la jurisprudencia americana que, a imagen de la inglesa, admite la liquidación del daño conforme a la reventa efectivamente realizada por considerarla razonable y equivalente al precio de mercado, a menos que otra cosa se pruebe. La misma práctica puede observarse en la jurisprudencia alemana e italiana y, en general, también en la española».

MORALES MORENO (20) vuelve a pronunciarse en estos términos en su análisis del interés de los lucros por las partes contractuales: «En estos casos, si el vendedor impone al comprador la ejecución del contrato y cobra el precio, obtiene el lucro que le proporciona la venta de la cosa. Pero si el vendedor no puede imponer al comprador el cumplimiento o no está interesado en impo-

(16) Vid. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DFCR)*. Outline Edition. Sellier. European law publishers, München, 2009.

Con carácter reciente sobre el DFCR, resulta muy instructivo consultar el documento elaborado por SCHÜLTE-NOLTE, ZOLL y BUSCH, solicitado por el Comité de Asuntos Legales del Parlamento Europeo, *From the Draft Common Frame of Reference (DFCR) to the current EU contract law debate* (<http://www.europarl.europa.eu/studies>), octubre de 2010.

Asimismo, resulta interesante consultar sobre el DFCR, la Decisión de la Comisión Europea, de 26 de abril de 2010, estableciendo la creación de un Grupo de Expertos sobre el DFCR en el área del Derecho Contractual europeo, Diario Oficial de 27 de abril de 2010 (L 105/109).

(17) Sobre el tratamiento del negocio de sustitución en los PECL y en el DFCR, vid. Ana SOLER PRESAS, *La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DFCR*. Indret 2/2009.

(18) Vid. *op. cit.*, pág. 580.

(19) Vid. *La valoración...*, pág. 213.

(20) Vid. *op. cit.*, págs. 50-51.

nérselo ante las dificultades que esto implica, la vía para obtener el lucro es la operación de reemplazo, acompañada de la indemnización de la diferencia, por el menor precio cobrado con respecto al de la primera venta».

De *lege ferenda*, se ha incluido también el negocio de sustitución en la Propuesta de Anteproyecto de modificación del Código de Comercio en la Parte General sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad (2006) (21), cuando en el artículo 64.1 de la misma se dice: «*La parte perjudicada por el incumplimiento del contrato podrá recurrir a una operación de reemplazo siempre que lo haga en forma y plazos razonables después de la resolución del contrato; en tal caso podrá exigir a la parte incumplidora la diferencia entre el precio del contrato y el precio de la operación de reemplazo, así como el resarcimiento de cualquier otro daño adicional*», aunque la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos (2009), no recoge este sistema de liquidación del daño (22) (23).

Entre los requisitos para que el precio de reventa pueda ser tenido en consideración, se encuentra —con carácter principal— el de la razonabilidad, según hemos podido comprobar, el cual ya fue tratado por SOLER PRESAS (24) diciendo que: «Con este requisito se pretende evitar que el vendedor, confiando en la recuperación del coste de sustitución por vía de la indemnización, relaje las condiciones del contrato de reventa o no contraste suficientemente las posibles ofertas. Ahora bien, si tenemos en cuenta que, considerada *ex ante*, la concesión de una indemnización y, más aún, su alcance, es del todo incierta o hipotética, concluiremos que no es éste, precisamente, el tipo de comportamiento propio de un acreedor insatisfecho. Por ello, y por tratarse de un método de estimación principalmente dirigido a reforzar la posición crediticia, parece sensato presumir cumplida esta exigencia de razonabilidad de cobertura e imputar al deudor la prueba en contrario.

Dicha prueba no es sino la del incumplimiento de la carga de mitigar el daño que pesa sobre el acreedor del resarcimiento. A estos efectos, corresponderá al deudor acreditar que el acreedor no desempeñó el esfuerzo que le es exigible en la búsqueda de la mejor oferta, que no se comportó como lo haría una persona prudente en su posición. La medida de este esfuerzo o diligencia exigible varía, como es sabido, dependiendo del sector del tráfico al que pertenezca el vendedor, de manera que si se dedica al comercio de ese tipo de bienes, el incumplimiento del deber de mitigar quedará evidenciado con la simple acreditación de un precio de mercado superior al obtenido por el vendedor con la cobertura, y vigente en la plaza y momento en el que el mismo debería haberse cubierto. Ante semejante prueba, el vendedor sólo podrá sustentar su pretensión si demuestra que las particulares circunstancias en que el incumplimiento le había situado, imponían la celebración de una reventa que, siendo objetivamente desventajosa, le permitiera mitigar o evitar la producción de ulteriores pérdidas.

(21) Vid. Boletín del Ministerio de Justicia, núm. 2006, pág. 203 y sigs. *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código de Comercio en la Parte General sobre Contratos Mercantiles y sobre Prescripción y Caducidad*.

(22) Boletín de Información del Ministerio de Justicia, año LXIII, enero de 2009.

(23) Sobre el incumplimiento contractual en ambas Propuestas, vid. 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.

(24) Vid. *La valoración...*, págs. 214 y 215.

Si, por el contrario, el vendedor es un particular o un comerciante que se dedique a otra actividad, difícilmente podrá demostrar el deudor que la reventa no fue razonable, porque el objeto de la misma será, por definición, un bien de segunda mano y carecerá, normalmente, de un mercado homogéneo conforme al cual realizar la comparación».

Por ello y según hemos expuesto, la razonabilidad medida no sólo en términos formales sino también temporales, es decir, «forma y plazos razonables» (*substitute transaction within a reasonable time and in a reasonable manner*), han de ser los parámetros para admitir de forma generalizada la validez del coste de sustitución efectivo como liquidación del daño.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis: *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (dir. y coord.: Luis Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN). Editorial Civitas, 1997.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel: *La venta de la empresa mercantil: principales problemas que plantea*. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense y del Notariado, el 26 de junio de 1980. Anales de la Academia Matritense y del Notariado. Tomo XXIV.
- DÍEZ-PICAZO, Luis; ROCA TRÍAS, Encarna, y MORALES MORENO, Antonio Manuel: *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Madrid, 2002.
- FENOY PICÓN, Nieves: «Sentencia de 5 de junio de 2008», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 80, 2009.
- «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.
- *Principios de Derecho Contractual Europeo. Partes I y II (Los trabajos de la «Comisión de Derecho Contractual Europeo»)*. Edición: Ole LANDO y Hugh BEALE. Colegios Notariales de España, 2003. Edición española, pág. 662.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2010.
- PENDAS AGUIRRE, Ángel: *Transmisiones de empresas y modificaciones estructurales de sociedades* (José María BENEYTO PÉREZ/Rita LARGO GIL, dirs.), Editorial Bosch, 2010.
- PEÑA GONZÁLEZ, Francisco: *Fusiones y Adquisiciones de Empresas* (José M.ª ÁLVAREZ ARJONA y Ángel CARRASCO PERERA, dirs.), Thomson-Aranzadi, 2004.
- REDONDO TRIGO, Francisco : *El lucro cesante (Las bases para la construcción dogmática)*, Madrid, 2004 (Tesis doctoral. Dir.: Luis Díez-PICAZO), Biblioteca de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.
- «La impugnación de la determinación del precio por un tercero en los contratos de compraventa de acciones y la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de septiembre de 2006», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 704.
- *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales*. The Global Law Collection, Editorial Thomson-Aranzadi, 2007.
- *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DFCR)*. Outline Edition. Sellier. European law publishers, München, 2009.

- SOLER PRESAS, Ana: *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, Editorial Aranzadi, 1998.
— *La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DFCR*. Indret 2/ 2009.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

Sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de febrero de 1955 (RJ 339).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de octubre de 1959 (RJ 3667).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de junio de 1963 (RJ 3065).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de febrero de 1966 (RJ 1534).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de junio de 1969 (RJ 3287).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de febrero de 1974 (RJ 438).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de enero de 1978 (RJ 546).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de abril de 1989 (RJ 3261).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de julio de 1991 (RJ 5312).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de julio de 1991 (RJ 5572).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de septiembre de 1991 (RJ 6276).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de octubre de 1992 (RJ 8363).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de diciembre de 1997 (RJ 9409).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de julio de 2000 (RJ 6678).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de abril de 2005 (RJ 3241).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de junio de 2008 (RJ 3210).
Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 5 de mayo de 2006 (JUR 2006/188144).

RESUMEN

LUCRO CESANTE VENTAS DE REEMPLAZO

En la sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de septiembre de 2010, se resuelve la casación sobre un incumplimiento contractual del comprador en un contrato de compraventa de acciones, donde se trata acerca de la calificación de la indemnización de daños y perjuicios y el quantum de la misma, en función de la negativa al tratamiento del daño como un supuesto de lucro cesante, sin admitirse además como regla de liquidación del daño la posibilidad de la venta de reemplazo. En este trabajo se propone una revisión de dicha calificación como posible lucro cesante, en función de las características del caso, así como la viabilidad en términos generales del coste de sustitución efectiva como sistema de liquidación del daño.

ABSTRACT

LOSS OF PROFITS REPLACEMENT SALES

The Supreme Court's judgment of 3 September 2010 rules on an appeal concerning breach of contract by the buyer in a share-purchase contract. At issue is the classification of the damages and the amount thereof. The court refused to regard the damage as a case of loss of profits, and did not accept the possibility of a replacement sale as the rule for liquidating damages. This paper proposes a revision of the classification of the case as one of a possible loss of profits, depending on the characteristics of the case, and suggests the viability, in general terms, of the cost of actual substitution as a damage-liquidation system.

3. URBANISMO

LA DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA HECHA POR AUTOPROMOTOR: EL SEGURO DECENAL

por

EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN

Abogado

RESOLUCIÓN de 9 de mayo de 2007, de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

SUMARIO: I. HECHOS.—II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.—III. COMENTARIOS: 1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. 2. LA APLICABILIDAD DE LA EXENCIÓN DEL SEGURO DECENAL A LA DENOMINADA «COMUNIDAD VALENCIANA». 3. LOS REQUISITOS LEGALES DE LA EXENCIÓN Y SU APLICABILIDAD O NO AL CASO CONCRETO DE LA RESOLUCIÓN: A) *Requisitos objetivos: que se trate de «una única vivienda unifamiliar»*. B) *Requisitos subjetivos: que se declare por «autopromotor individual» con intención de destinarla a «uso propio»*. C) *Requisito formal: que se manifieste en la escritura el destino a uso propio de la vivienda*.—IV. CONCLUSIONES.

I. HECHOS

PRIMERO.—Se presentó en el Registro de la Propiedad, con fecha 13 de julio de dos mil seis, escritura pública de donación, declaración de obra nueva terminada, división horizontal y disolución de condominio, la cual fue calificada negativamente el día 31 de julio de dos mil seis. La escritura calificada, en unión de escritura de subsanación, se presentaron en el Registro el 24 de octubre de dos mil seis, y nuevamente fueron calificadas de forma negativa en base a los siguientes hechos y fundamentos de derecho: «(...) En el ejercicio de la calificación registral sobre la legalidad de los documentos presentados, obrantes en el procedimiento de referencia, resultan los siguientes: Hechos: I. El documento objeto de la presente calificación, autorizado el día 23 de junio de 2006 por el Notario de Herencia, con el número 824 de su protocolo, fue presentado el día 13 de julio de 2006, según el asiento 1198 del Diario 96, calificado negativamente el 31 de julio de 2006, retirado por el presentante y reingresado el día 24 de octubre de 2006 junto con escritura de subsanación autorizada por el mismo Notario el día 3 —*sic*— de octubre de 2006, con el número 1293 de protocolo. Fundamentos de Derecho: Vistos los artículos 19.1.c), 20 y Disposición Adicional 2.ª de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 11 de septiembre de 2000, Resolución Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de diciembre de 2003, Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 5 de abril de 2005. 1. En la escritura calificada se declara por los cuatro condóminos de una finca, una obra nueva terminada, consistente en un edificio de tres plantas en el que se ubican dos viviendas, una en la planta pri-

mera y otra en la segunda. Posteriormente se divide horizontalmente el inmueble y se disuelve el condominio sobre el mismo, adjudicándose a doña María B. S. la vivienda número dos de la división horizontal, y a don Gregorio B. S. la vivienda número tres. 2. En la escritura de subsanación de 3 —*sic*— de octubre de dos mil seis, doña María y don Gregorio B. S. declaran que cada uno ha sido autopromotor “de la vivienda número dos” (parece que por error, y que debe entenderse que doña María Teresa se declara autopromotora de la vivienda número dos y don Gregorio de la número tres), añadiendo que la citada vivienda número dos es una única vivienda unifamiliar que ha sido construida para uso propio del declarante, que no de terceros, y que “al no haber una sola declaración de obra sobre una pluralidad de viviendas sino una pluralidad —dos— de declaraciones de obra nueva sobre una única vivienda por cada declaración, los otorgantes han prescindido y prescinden de la contratación del seguro decenal, acogiéndose a la exención legal”. 3. Para la inscripción de las obras nuevas destinadas a vivienda es necesaria la contratación del seguro decenal exigido por los artículos 19.1.c) y 20 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, salvo que se trate de un supuesto de autopromotor individual de una única vivienda para uso propio, debiendo manifestarse tal destino a uso propio de los autopromotores en la escritura de declaración de obra nueva terminada. 4. Aunque la Dirección General de los Registros y del Notariado ha declarado que el concepto de autopromotor individual debe ser interpretado de forma amplia, admitiendo la inclusión dentro del mismo de la comúnmente llamada “comunidad valenciana” para la construcción de edificios, ha precisado que esta interpretación únicamente es posible “cuando las circunstancias arquitectónicas de la promoción de viviendas así lo permitan, y respecto de cada uno de los promotores que se asocien en cuanto a su propia vivienda unifamiliar para cuya construcción se han constituido en comunidad. Para ello, debe tenerse presente que en esta especie de comunidad no rigen las normas de propiedad horizontal, sino que se constituyen diversas viviendas por una pluralidad de propietarios, siendo dueños cada uno de ellos de su propia vivienda con carácter independiente; de tal manera que los vicios o defectos de que adolezca cada vivienda unifamiliar únicamente fueren imputables a sus propios elementos estructurales y no a los derivados de la estructura de los elementos comunes del total conjunto, generalmente sitos en parcela independiente”. Parece, por tanto, que la Dirección General, además de tratar de la pluralidad de autopromotores, se está refiriendo a la naturaleza de la construcción, que ha de ser aislada, con independencia del número de plantas de que se componga o del número de instalaciones que pueden existir en la extensión de terreno sobre el que se erigen, siempre que se trate de una unidad de morada que no comparta elementos comunes con otras, como ocurre con la propiedad horizontal y, por tanto, en la escritura calificada. Otro argumento a favor de esta interpretación es que el seguro es único para todo el edificio. En el caso de que el propietario de una de las viviendas venda antes de los diez años y el comprador quiera el seguro, este seguro sólo puede ser de todo el inmueble, ya que protege de los vicios o defectos que tenga su origen o afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y estabilidad del edificio. Por las razones expuestas, en el supuesto calificado parece exigible la constitución del seguro. III. De conformidad con la regla contenida en el artículo 322 de la Ley Hipotecaria, el Registrador debe proceder a la notifica-

ción de la calificación negativa del documento presentado, quedando desde entonces automáticamente prorrogado el asiento de presentación correspondiente, por un plazo que vencerá a los sesenta días, contados desde la práctica de la última de las notificaciones que deban ser realizadas, prórroga durante la cual, por aplicación del principio hipotecario de prioridad contenido en los artículos 17, 24 y 25 de la Ley Hipotecaria, no pueden ser despachados los títulos posteriores relativos a la misma finca, cuyos asientos de presentación, por tanto, han de entenderse igualmente prorrogados hasta el término de la vigencia, automáticamente prorrogada, del asiento anterior. En su virtud acuerdo suspender la inscripción solicitada por la concurrencia de los defectos consignados en el Fundamento de Derecho II de la presente nota de calificación, quedando automáticamente prorrogado el asiento de presentación (...).

SEGUNDO.—El notario autorizante interpuso recurso contra la anterior nota de calificación y alegó que en el título calificado unos padres les donan a sus dos hijos sendas partes indivisas de un solar, sobre el cual padres e hijos declaran la obra terminada de un edificio formado por un local y dos viviendas, las cuales surgen como finca independiente de la división horizontal del edificio, seguida de la extinción del condominio, adjudicándose cada uno de los dos hijos una vivienda que declaran será cada una para uso propio. El registrador procedió a suspender la inscripción de este documento como consecuencia de la falta del seguro decenal. Frente a esta calificación, el recurrente señala que las normas que imponen la adopción del seguro decenal deben interpretarse con arreglo a la finalidad para la que han sido dictadas. Así, desde el 1 de enero de 2003, nuestra legislación ha querido dejar la decisión enteramente libre de si contrata o no el seguro decenal al autopromotor, esto es, a quien promueve sobre suelo propio la construcción de una vivienda para uso propio. Pues bien, en el supuesto que nos ocupa cada hijo actúa como autopromotor de su propia vivienda, sin perjuicio de que, si cualquiera de ellos no pudiera probar haber usado de la vivienda para sí, y pretenda transmitirla a un tercero dentro de los diez años siguientes a la conclusión de la obra, o si aun probando haber destinado la vivienda para uso propio, el adquirente no le exonere del seguro decenal, en ambos casos deberá contratarse un seguro decenal único sobre la totalidad del edificio. Por otro lado, el Notario recurrente considera que, aunque para la exención del seguro decenal al autopromotor es necesario que lo declarado se trate de una única vivienda unifamiliar, lo cierto es que esta exigencia tiene como finalidad garantizar el cumplimiento de que la vivienda se destine a uso propio. Así, en el caso que nos ocupa, no existe una sola declaración de obra nueva sobre varias viviendas, sino dos declaraciones distintas, realizadas por los distintos propietarios, cada uno respecto de su vivienda. Finalmente, el recurrente señala que el concepto de autopromotor individual no debe ser objeto de una interpretación restrictiva tal y como ha señalado la Dirección General de los Registros y del Notariado en distintas Resoluciones. En este sentido, la Resolución Circular de 3 de diciembre de 2003 incluye dentro de este concepto la denominada comunidad valenciana, en la que varias personas se asocian en comunidad para la construcción de su propia vivienda unifamiliar, si bien la Dirección General concibe esta comunidad como aquella que produce una urbanización formada por fincas independientes. No obstante, en nuestro caso las dos viviendas comparten la estructura vertical de la edificación, lo que podría llevar a pensar que no es aplicable la doctrina de la Resolución Circular de 2003 sobre exención del seguro decenal; sin embargo —sigue alegando el recurrente—

te— esta exención es aplicable ya que las declaraciones de obra nueva las realizaron los propietarios simultáneamente en un solo instrumento público, circunstancia ésta —la de la simultaneidad— totalmente necesaria para gozar de tal exención. Así, la exigencia de ausencia de propiedad horizontal debe relativizarse ya que esta Resolución Circular, tal y como dispone la misma, en ningún caso vincula la calificación del Registrador de la Propiedad, la cual es personalísima y se realiza bajo su exclusiva responsabilidad. Por todo lo anterior, solicita a la Dirección General de los Registros y del Notariado que dicte Resolución declarando ajustado a Derecho el documento presentando y, por tanto, se proceda a su inscripción.

TERCERO.—La Registradora emitió su informe el día 27 de noviembre de 2006 y elevó el expediente a este Centro Directivo».

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 19 y 20 y la Disposición Adicional 2.^a de la Ley de Ordenación de la Edificación, de 5 de noviembre de 1999; el artículo 105 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre; la Resolución Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 3 de diciembre de 2003; y sus Resoluciones de 8 de febrero y 9 de julio de 2003; 28 de octubre de 2004 y 5 de abril de 2005.

El supuesto de hecho del presente recurso se refiere a una escritura en la que unos padres donan a sus hijos sendas partes indivisas de un solar y a continuación sobre éste, unos y otros declaran la obra nueva terminada de un edificio formado por un local y dos viviendas, las cuales surgen como fincas independientes de la división horizontal del edificio, seguida de la extinción del condominio; procediéndose a continuación a atribuirse *ab initio* a cada uno de los hijos una vivienda, que declaran será para uso propio, planteándose el problema de si en este caso es necesaria la contratación del seguro decenal a que se refiere el artículo 19 de la Ley de Ordenación de la Edificación.

PRIMERO.—Conforme a la Disposición Adicional segunda de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, en su redacción dada por el artículo 105 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, el seguro decenal «no será exigible en el supuesto de autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio. Sin embargo, en el caso de producirse la transmisión *inter vivos* dentro del plazo previsto en el párrafo a) del artículo 17.1, el autopromotor, salvo pacto en contrario, quedará obligado a la contratación de la garantía a que se refiere el apartado anterior por el tiempo que reste para completar los diez años. A estos efectos, no se autorizarán ni inscribirán en el Registro de la Propiedad, escrituras públicas de transmisión *inter vivos* sin que se acredite y testimonie la constitución de la referida garantía, salvo que el autopromotor, que deberá acreditar haber utilizado la vivienda, fuese expresamente exonerado por el adquirente de la constitución de la misma». Exige la Ley para la aplicación del precepto, como recogió la Resolución-Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 3 de diciembre de 2003, y por tanto para la exoneración del seguro, un doble requisito: subjetivo y objetivo, pues debe tratarse de «un autopromotor individual» y, además, de «una única vivienda unifamiliar para uso propio». Se refiere a quien construye una vivienda para usarla él mismo y sin tener la intención de transmitirla en un primer momento.

SEGUNDO.—Como ya es doctrina reiterada de esta Dirección General, el concepto de autopromotor individual no debe llevar a interpretaciones excesivamente rigoristas sino que ha de interpretarse de forma amplia. Así destacan, entre otras, la Resolución de 5 de abril de 2005 y la de 9 de julio de 2003, que admite comprender tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas, dado que en última instancia éstas son una sola entidad, son individuales siguiendo un criterio numérico. El concepto de autopromotor individual ha de interpretarse en contraposición al promotor colectivo que contempla la propia Ley. Además, la reforma exige acreditar que se trata no sólo de vivienda, cuyo concepto se determina por el uso a que se destina, sino que es unifamiliar y para uso propio, a efectos de excluir la necesidad de constituir el seguro decenal, al menos mientras no se transmita. Esto podrá hacerse a través de determinados requisitos administrativos, pero en la escritura de obra nueva construida o en construcción, la exigencia del destino a uso propio, en cuanto que es un hecho futuro quedará cumplida con la manifestación en tal sentido, que debe realizar quien hace la declaración de obra. Además es preciso que la licencia obtenida para la formalización e inscripción de la declaración de obra no resulte contradictoria con la citada manifestación, es decir, que sea licencia municipal para vivienda unifamiliar. Por lo que respecta al concepto de «vivienda destinada a uso propio», se entiende toda aquella que tienda a este uso por parte del autopromotor, siendo indiferente que se trate de primera o segunda vivienda, y aunque se trate de una residencia meramente temporal.

TERCERO.—Lo importante es que estamos ante una vivienda unifamiliar, realizada en régimen de autopromoción y en el que concurre la manifestación, que deberá constar en el Registro, de que va a destinarse a uso propio. Las consecuencias de la constancia registral de esta manifestación, recogidas en la Disposición Adicional segunda de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, son ya suficiente garantía a favor de los terceros adquirentes, que tendrán público conocimiento de las limitaciones afectantes al inmueble.

CUARTO.—Y es que debe atenderse a la finalidad de la norma. La Resolución de 8 de febrero de 2003, al rechazar la exigencia de prestación del seguro decenal para la promoción de una residencia geriátrica por una sociedad mercantil, ya señaló que el ámbito de protección de los usuarios que la Ley ha instaurado no parece que puedan entenderse como destinatarios de sus garantías otros que no sean los consumidores de lo que normalmente se entiende como vivienda en el mercado, el bien constituido por una edificación habitable destinada a servir de soporte residencial a una familia, en la que ese consumidor invierte gran parte de sus ahorros y para cuya adquisición suele endeudarse por largos años.

QUINTO.—En este contexto de interpretación amplia del concepto de autopromotor para uso propio debe incluirse la denominada «comunidad valenciana». La Resolución Circular de este Centro Directivo, de 3 de diciembre de 2003, afirmó que el concepto de autopromotor individual debe ser interpretado de forma amplia, admitiendo la inclusión dentro del mismo de la comúnmente llamada «comunidad valenciana» para la construcción de edificios; si bien únicamente cuando las circunstancias arquitectónicas de la promoción de viviendas así lo permitan, y respecto de cada uno de los promotores que se asocien en cuanto a su propia vivienda unifamiliar para cuya construcción se han constituido en comunidad. Se decía que el concepto de comunidad valenciana está referido generalmente a supuestos de viviendas sitas en parce-

las independientes, pero no se excluía siempre y en todo caso supuestos de división horizontal en sentido vertical. También aquí puede existir «comunidad valenciana» cuando se construyan diversas viviendas por una pluralidad de propietarios, pero siendo dueños cada uno de ellos *ab initio* de su propia vivienda con carácter independiente, es decir, cuando existe autopromoción individual de sus respectivos elementos independientes.

SEXTO.—En el supuesto de hecho de este recurso, lo esencial es que estamos ante dos autopromotores individuales, cada uno de los cuales ha declarado la obra nueva sobre su vivienda para destinarla a uso propio y sin ningún ánimo de lucro, que no tienen intención de transmitirla en un primer momento, por lo que no parece que el espíritu de la Ley persiga la contratación del seguro decenal en este supuesto, todo ello sin perjuicio de que, si alguno de los hijos pretende transmitir la vivienda dentro de los diez años siguientes a la conclusión de la obra sin probar que la ha destinado a uso propio, o cuando, aun probándolo, no sea exonerado de esta obligación por el adquirente, será necesario la contratación de un seguro decenal único sobre la totalidad del edificio.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación del Registrador.

III. COMENTARIOS

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La regulación de la declaración de obra nueva que contenía el artículo 208 de la Ley Hipotecaria y el 308 de su Reglamento quedó ampliamente superada con la promulgación de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo (y del subsiguiente Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992). Estas disposiciones introdujeron una serie de requisitos para la autorización e inscripción de las escrituras de declaración de obra nueva con el fin de garantizar el control de la legalidad urbanística en un acto de naturaleza civil. Tales requisitos son la acreditación de la correspondiente licencia de obras y la certificación expedida por técnico competente a que desde entonces se han referido las sucesivas leyes urbanísticas. De este modo, la legislación del suelo aprovecha las instituciones notarial y registral para impulsar el cumplimiento de sus propios fines.

En la actualidad, las anteriores exigencias son recogidas en el artículo 20 del vigente Texto Refundido de la Ley de Suelo (Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio) y se desenvuelven desde el punto de vista registral por los artículos 45 y siguientes del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las Normas Complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria en materia de inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística.

Además de los requisitos tradicionales urbanísticos, el citado artículo 20 del Texto Refundido de la Ley de Suelo exige para las obras nuevas terminadas, «la acreditación documental del cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de ésta a sus usuarios». Esta remisión a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación se traduce, según ha reiterado la Dirección General de los Registros y del Notariado, en la entrega del denominado Libro del Edificio al que se refiere el artículo 7 de la misma Ley y en la constitución del seguro decenal regulado

en su artículo 19. Este último requisito, el del seguro decenal, es el que constituye el eje central de la Resolución de 9 de mayo de 2007, objeto del presente comentario.

Desde el punto de vista notarial y registral, el artículo 20.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación dispone que: «No se autorizarán ni se inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de declaración de obra nueva de edificaciones a las que sea de aplicación esta Ley, sin que se acredite y testimonie la constitución de las garantías a que se refiere el artículo 19».

Por su parte, la Disposición Adicional 2.^a de la Ley de Ordenación de la Edificación fue modificada por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, que añadió un párrafo segundo a su número 1 para insertar una excepción a la exigibilidad de la constitución del seguro decenal. Tras sentar como regla general la exigibilidad de este seguro, el nuevo párrafo establece la siguiente excepción: «No obstante, esta garantía no será exigible en el supuesto del autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio. Sin embargo, en el caso de producirse la transmisión *inter vivos* dentro del plazo previsto en el párrafo a) del artículo 17.1, el autopromotor, salvo pacto en contrario, quedará obligado a la contratación de la garantía a que se refiere el apartado anterior por el tiempo que reste para completar los diez años. A estos efectos, no se autorizarán ni inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de transmisión *inter vivos* sin que se acredite y testimonie la constitución de la referida garantía, salvo que el autopromotor, que deberá acreditar haber utilizado la vivienda, fuese expresamente exonerado por el adquirente de la constitución de la misma».

Esta Disposición Adicional, que excepciona el régimen general de la exigibilidad del seguro decenal, plantea numerosos problemas interpretativos para cuyo esclarecimiento la Dirección General ha realizado un encomiable esfuerzo, a través, fundamentalmente, de las Resoluciones-Circulares de 3 de diciembre de 2003 y de 26 de julio de 2007 y de la Instrucción de 11 de septiembre de 2000.

Los requisitos de la exención del seguro decenal son, pues, los siguientes: «ha de tratarse de un “autopromotor individual” y además, de una “única vivienda unifamiliar para uso propio”», esto es, se señala directamente a quien construye una vivienda para usarla él mismo y sin tener la intención de transmitirla en un primer momento. Como aclara la Resolución-Circular de 3 de diciembre de 2003, esta intención debe además manifestarse en la propia escritura.

Todas estas condiciones deben cumplirse de manera acumulativa, por lo que la ausencia de alguna de ellas determina la inaplicabilidad de la exención. La Resolución comentada considera que las mismas concurren en el caso concreto que contempla para concluir que en él no es exigible la constitución del seguro. Por nuestra parte consideramos que no se cumple ninguna de esas condiciones, como vamos a tratar de justificar.

2. LA APLICABILIDAD DE LA EXENCIÓN DEL SEGURO DECENAL A LA DENOMINADA «COMUNIDAD VALENCIANA»

La citada Resolución-Circular de 3 de diciembre 2003 fue dictada con el objetivo de aclarar determinados extremos de la exigencia del seguro decenal contenida en la Ley de Ordenación de la Edificación y, entre ellos, el alcance de la exención a que se refiere su Disposición Adicional 2.^a En ella se extiende

la exención del seguro a la llamada «comunidad valenciana», al considerar que es un concepto equiparable al de «autopromotor individual» (1).

Por su parte, la Resolución que ahora comentamos recoge este criterio y lo aplica al caso concreto que contempla, considerando que, al tratarse de un supuesto de comunidad valenciana, no es exigible el seguro.

El supuesto fáctico contemplado por la Resolución consiste en la presentación de una escritura en la que los dos copropietarios de un solar donan ciertas participaciones indivisas del mismo a sus dos hijos, declarándose además una obra nueva correspondiente a un edificio que, al tiempo, se divide horizontalmente para adjudicar uno de los apartamentos resultantes a cada uno de los hijos.

En general, la comunidad valenciana se constituye sobre una finca registral para la construcción de edificios con el pacto estatutario de que, una vez terminada la construcción, cada uno de los elementos privativos resultantes serán asignados respectivamente a uno de ellos. No parece que el régimen de la misma sea aplicable al supuesto que nos ocupa, porque aquí la comunidad se constituye precisamente cuando la construcción del edificio está terminada, en tanto que la comunidad valenciana es previa a dicha construcción: una vez concluida la edificación, dicha comunidad desaparece. En todo caso, aunque se tratara de una propia comunidad valenciana, ésta no podría equipararse al concepto de promotor individual a los efectos de aplicar la exención del seguro decenal de la Disposición Adicional 2.^a La razón nos la aporta la propia Resolución-Circular de 2003: «Ahondando en ello, el concepto de autopromotor individual debe ser interpretado de forma amplia, admitiendo la inclusión dentro del mismo de la comúnmente llamada “comunidad valenciana” para la construcción de edificios; si bien únicamente cuando las circunstancias arquitectónicas de la promoción de viviendas así lo permitan, y respecto de cada uno de los promotores que se asocien en cuanto a su propia vivienda unifamiliar para cuya construcción se han constituido en comunidad. Para ello, debe tenerse presente que en esta especie de comunidad no rigen las normas de propiedad horizontal, sino que se constituyen diversas viviendas por una pluralidad de propietarios, siendo dueños cada uno de ellos de su propia vivienda con carácter independiente; de tal manera que los vicios o defectos de que adolezca cada vivienda unifamiliar únicamente fueren imputables a sus propios elementos estructurales y no a los derivados de la estructura de los elementos comunes del total conjunto, generalmente sitios en parcela independiente».

De ello se deduce sin dificultad que la exención del seguro decenal no resultaba aplicable a todos los supuestos posibles de comunidad valenciana, sino sólo a los que reúnan las circunstancias expresadas. Es decir, aunque el régimen general de inscripción de las comunidades valencianas es aplicable tanto a las urbanizaciones de casas independientes como a los edificios de

(1) Esta equiparación la realiza sobre la premisa de entender que «el concepto de autopromotor individual no debe llevar a interpretaciones excesivamente rigoristas», lo cual contrasta, por cierto, con la necesidad de interpretar restrictivamente las excepciones legales, por aplicación del artículo 4.2 del Código Civil. En principio, la exención del seguro decenal, al tratarse de una excepción de la regla general de exigibilidad del seguro, debería ser objeto de interpretación restrictiva. Así lo entendió la Dirección General en su Resolución de 19 de julio de 2005, en los siguientes términos: «(...) de ahí, la necesidad de interpretar con carácter estricto, y caso por caso, aquellos supuestos que pudieran suponer una derogación de lo que sería el régimen general de la Ley en orden a la exigencia de dicho seguro decenal».

varios apartamentos (2), la exención del seguro es aplicable al primer caso, pero no a los edificios divididos horizontalmente, ya que entre éstos no se produce esa situación de independencia total. Así lo ha declarado también la Resolución de 23 de julio de 2010, referente a un supuesto similar a la comunidad valenciana pero en que «la construcción se ha hecho por ambos propietarios del edificio en régimen de comunidad de bienes ordinaria, con posterior división horizontal y disolución de la comunidad mediante la adjudicación de elementos independientes», exigiendo en tal caso, y por ese motivo, la constitución del seguro decenal. Como veremos, no hay razón para no aplicar este mismo criterio al caso objeto de este comentario.

3. LOS REQUISITOS LEGALES DE LA EXENCIÓN Y SU APLICABILIDAD O NO AL CASO CONCRETO DE LA RESOLUCIÓN

La base sobre la que se asienta el acuerdo estimatorio del recurso por la presente Resolución se recoge en el primer inciso de los Fundamentos de Derecho segundo y sexto. En ellos se expresa lo siguiente: «Lo importante es que estamos ante una vivienda unifamiliar, realizada en régimen de autopromoción y en el que concurre la manifestación, que deberá constar en el Registro, de que va a destinarse a uso propio»; «en el supuesto de hecho de este recurso, lo esencial es que estamos ante dos promotores individuales, cada uno de los cuales ha declarado la obra nueva sobre su vivienda».

A continuación se examinan separadamente los requisitos legales para comprobar si concurren o no en el caso objeto de la Resolución que comentamos. Tales requisitos son los siguientes:

A) *Requisitos objetivos: que se trate de «una única vivienda unifamiliar»*

A nuestro juicio, la expresión legal de «una única vivienda unifamiliar» podría considerarse ciertamente redundante, pues su sentido no quedaría sustancialmente alterado si se hablara simplemente de «una vivienda»: en tal caso quedarían fuera de la excepción legal los supuestos de construcción de «varias viviendas» y, en particular, los de construcción de un único edificio que albergue una pluralidad de ellas. La adición de los calificativos «única» y «unifamiliar» viene a reforzar definitivamente que la construcción de un solo edificio en régimen de propiedad horizontal está excluida de la exención del seguro.

Veamos separadamente los distintos extremos que, desde este punto de vista objetivo, han de concurrir para excluir la exigencia de la constitución del seguro:

- a) En primer lugar, al referirse la Disposición Adicional 2.^a a una «vivienda», está circunscribiendo la exención del seguro a las obras o edificaciones de uso residencial (bastando con que éste sea su uso principal, ya que pueden existir también oficinas o locales de negocios...). El Fundamento de Derecho Cuarto de la Resolución aclara lo que normalmente se entiende como vivienda en el mercado: «el bien constituido por una edificación habitable destinada a servir de soporte residencial a una familia». Tendrá, pues, la consideración de vivienda

(2) Resoluciones de 18 de abril de 1988 y de 17 de julio de 1998, entre otras.

un chalet, o un piso o apartamento que reúnan esas condiciones. Por tanto, cuando la obra consiste en un edificio dividido horizontalmente (como sucede en el caso contemplado), el concepto de vivienda no es aplicable al edificio en su conjunto; lo que sucede realmente es que éste se encuentra compuesto por dos o más pisos o apartamentos, que son los que sí responden al concepto de viviendas.

En el presente caso, la declaración de obra nueva se refiere no a una vivienda, sino a un edificio que contiene dos viviendas, como no puede ser de otro modo, por más que se pretenda acudir a la ficción de entender que lo que contiene la escritura son dos declaraciones de obra nueva, correspondientes, respectivamente, a cada uno de los dos pisos del edificio. El objeto de la declaración de obra nueva y la división horizontal no puede ser aquí otro que el propio edificio, compuesto por dos pisos (viviendas) y un local. El propio texto de la Resolución contradice esta ficción, ya que se habla constantemente de «una» sola declaración de obra nueva efectuada sobre «un edificio» y por los copropietarios. Estas afirmaciones no sólo se realizan por la Registradora en su nota de calificación (3), sino también por el Notario autorizante en su recurso (4) y por el propio Centro Directivo al redactar los Fundamentos de Derecho (5).

- b) Otro requisito para la exención del seguro consiste en que esa vivienda ha de ser «única», expresión que, sin ser rigurosamente imprescindible, confirma que no caben en esta regla de excepción las edificaciones compuestas por una pluralidad de viviendas (en definitiva, la propiedad horizontal).

El Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación, en su ANEXO A incluye como especies de edificios de uso residencial, la «vivienda unifamiliar» y el «edificio de pisos o de apartamentos», partiendo de considerar que en la primera el edificio coincide con la vivienda, en tanto que en el caso del edificio de pisos la vivienda es tan sólo una parte o «zona» de ese edificio.

- c) En tercer lugar, la Disposición Adicional 2.^a utiliza el calificativo de «unifamiliar» para acotar aún más las características de la vivienda exenta del seguro. La inclusión de este calificativo denota, una vez más, que quedan fuera de su ámbito de aplicación los edificios de pisos o apartamentos independientes, destinados a albergar varias viviendas. Tales edificios son, por su propia naturaleza, «plurifamiliares», porque albergan más de una vivienda unifamiliar.

Recordemos que la definición que la propia Resolución contiene de «vivienda» a secas (y no de vivienda unifamiliar) descansa sobre la base de «servir de soporte residencial a una familia»: desde esta perspectiva, el adjetivo «unifamiliar» no añade nada al sustantivo «vivienda».

(3) «Se declara por los cuatro condóminos de una finca, una obra nueva terminada, consistente en un edificio de tres plantas en el que se ubican dos viviendas (...)» (Hecho Primero).

(4) «Padres e hijos declaran la obra terminada de un edificio formado por un local y dos viviendas, las cuales surgen como finca independiente de la división horizontal del edificio, seguida de la extinción del condominio» (Hecho Segundo).

(5) «Unos y otros declaran la obra nueva terminada de un edificio formado por un local y dos viviendas (...)» (primer párrafo de los Fundamentos).

Lo anterior se confirma aún más desde el punto de vista urbanístico: el concepto de vivienda unifamiliar se contrapone al de vivienda colectiva o plurifamiliar, que no es otra que el edificio de varios pisos o viviendas. El concepto de uso residencial previsto en los planes urbanísticos hace referencia a dos clases de edificaciones: la unifamiliar, que puede ser aislada o agrupada (también llamada adosada o pareada) y la colectiva o plurifamiliar, que se identifica con los edificios en régimen de propiedad horizontal. Es éste el criterio que utilizan en la práctica los planes urbanísticos para establecer sus determinaciones en cuanto a los usos y tipologías de las edificaciones que han de construirse en un área, ámbito o sector concreto.

Finalmente, la propia Dirección General acoge este criterio de excluir los edificios en régimen de propiedad horizontal del ámbito de la exención legal del seguro, entre otras, en la Resolución de 23 de julio de 2010, cuando afirma que «el concepto de “una única vivienda unifamiliar”, a la luz de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, no puede extenderse a bloques plurifamiliares en viviendas, o viviendas plurifamiliares en bloque, según otra terminología».

Teniendo en cuenta lo anterior, no podemos compartir el criterio que sigue la Resolución comentada de considerar que en el caso por ella contemplado se cumplen los requisitos objetivos de la exención del seguro decenal, al afirmar que en él no se produce una única declaración de obra nueva relativa al edificio de pisos o apartamentos, «sino de dos declaraciones diferentes, realizadas por los distintos propietarios, cada uno respecto de su propia vivienda». Como hemos visto, basta una mera lectura de los hechos de la Resolución para apreciar, sin duda alguna, que se trata de una sola declaración de obra nueva. Además, cabría pensar que dicha declaración se efectúa no solo por quienes van a ser adjudicatarios independientes de cada uno de los dos pisos, sino también por quienes les donaron previamente determinadas cuotas sobre el solar, pero conservando partes indivisas sobre el mismo, según también se desprende del propio relato de los hechos. Así lo confirman expresiones como «se declara por los cuatro condóminos» (Hecho Primero). «Padres e hijos declaran...» (Hecho Segundo y Fundamento de Derecho Segundo) o «unos y otros declaran...» (planteamiento de los Fundamentos de Derecho), así como el hecho de existir en el edificio construido dos viviendas y un local, siendo adjudicadas a los hijos sólo las dos primeras, sin que se aclare, por cierto, quién va a ser el titular del local (6).

- B) *Requisitos subjetivos: que se declare por un «autopromotor individual» con intención de destinarla a «uso propio»*

Ya hemos razonado que aunque se tratara de un supuesto real de comunidad valenciana, no lo sería de la especie a la que la Resolución-Circular de 3 de diciembre de 2003 asimila al concepto de promotor «individual», por recaer sobre un edificio de varios pisos o locales.

(6) Curiosamente, la existencia del local sólo es aludida tangencialmente al principio, perdiéndose después todo rastro del mismo, y sin determinar quién o quiénes son sus destinatarios ni a qué clase de elemento de la propiedad horizontal pertenece (privativo, común, anejo...).

Para el examen de los requisitos subjetivos referidos hay que partir de la definición legal de promotor recogida en el artículo 9.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación: «Será considerado promotor cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título».

En realidad, la adición del prefijo «auto» al vocablo «promotor» es suficientemente indicativa de estar haciendo referencia al promotor que construye «por y para sí», por lo que añadir la expresión «para uso propio» puede, como en el caso de los requisitos objetivos, considerarse como una reiteración innecesaria o bien como una señal del especial énfasis del legislador en evitar una interpretación y aplicación del de la norma que se extienda a supuestos que no han pretendido incluirse en él. Probablemente por ese motivo la Dirección General ha tratado reiteradamente de matizar o atemperar el rigor legal; así, la Resolución-Circular de 3 de diciembre de 2003, afirma lo siguiente: «El concepto de autopromotor individual no debe llevar a interpretaciones excesivamente rigoristas, de manera que cuando la ley se refiere a él, según sostuvo este Centro Directivo en Resolución de 9 de julio de 2003, deben entenderse comprendidos en dicho concepto tanto las personas físicas como las personas jurídicas, dado que en última instancia éstas son una sola entidad, son “individuales” siguiendo un criterio numérico».

Como ya se ha adelantado, en el caso que nos ocupa, la consideración de promotor no recae sobre una sola persona, sino que hay varios promotores: los cuatro propietarios realizan conjuntamente la declaración de obra nueva. En otras palabras, los hechos relatados nos llevan a rechazar que se trate de dos declaraciones de obra nueva, cada una de las cuales tiene por sujeto a un único autopromotor y por objeto una de las viviendas (olvidándose, además del tercer local existente en el edificio). Conforme al artículo 8 de la Ley Hipotecaria, la inscripción de la división horizontal debe realizarse en el folio del edificio en su conjunto, abriéndose después folio separado a cada uno de los pisos o locales, lo que presupone que la previa declaración de la obra nueva se inscribe también en la finca «matriz». Por ello, no es imaginable que se puedan abrir los folios de los pisos o «viviendas» sin que previamente en el folio de dicha finca matriz se haya hecho constar la declaración de obra nueva y la división horizontal del «edificio». La declaración de obra nueva no puede hacerse independientemente por cada comunero respecto del piso o local que se les asigne, sino de manera conjunta por los comuneros respecto de la totalidad del edificio, y así lo revelan, como hemos visto, reiteradas expresiones contenidas en la Resolución.

Pero es que, además, también plantea serias dudas la cuestión de si los promotores tienen la calificación de autopromotores, es decir, si se da el requisito del destino a uso propio. Como vimos, los padres sólo donan parcialmente el solar a los hijos, conservando una cuota sobre el mismo. La comunidad de bienes de los padres y los hijos sobre el solar se extiende a la edificación en la misma proporción por efecto del instituto de la accesión (art. 358 del CC), y la declaración de obra nueva es efectuada por los cuatro copropietarios, como acto de riguroso dominio que es, según reiterada doctrina de la Dirección General. Por tanto, son promotores-declarantes tanto los padres como los hijos, pero tras la «disolución del condominio» que se realiza en la escritura calificada, sólo los hijos pasan a ser propietarios respectivos de las dos viviendas, y sólo éstos

merecerían por tanto la calificación de autopromotores. Habría, por tanto, dos promotores que no destinan las viviendas a uso propio (7).

C) *Requisito formal: que se manifieste en la escritura el destino a uso propio de la vivienda*

Por último, la reiterada Resolución-Circular de 2003 añade una exigencia formal, no explícita en la Ley: la manifestación en la escritura de que la vivienda va a destinarse a aquel uso propio del autopromotor. En diversas Resoluciones se ha exigido que la manifestación sea expresa. La Resolución de 5 de abril de 2005 señala al respecto: «En el presente caso, el recurrente pretende amparar la aplicación del supuesto de la Disposición Adicional segunda, sin manifestación alguna de los titulares, considerando que todos los presupuestos para su aplicación se deducen de la propia escritura. Sin embargo, de lo expuesto se desprende cómo esta pretensión no puede mantenerse. Es cierto que cabe comprobación con los datos de la escritura (licencia y certificado de técnico) respecto del hecho de ostentar la condición de autopromotor individual, de la edificación declarada; pero, en ningún caso, resulta de la escritura la acreditación de un hecho futuro, como es el de destinar la vivienda unifamiliar a uso propio. Tal circunstancia precisa manifestación de los titulares, sin que pueda pretenderse que tal declaración se supla por las deducciones o interpretaciones del Registrador al calificar. Se pretende sustituir la voluntad o intención de las partes por la interpretación del contexto del documento, sin que éste sea el sentido de la Disposición Adicional segunda, como ha sostenido esta Dirección General».

Tampoco parece concurrir en nuestro caso esta manifestación expresa en la escritura circunstanciada, por desprenderse así de la nota de calificación del Registrador, aunque en los Fundamentos de Derecho se afirme lo contrario, sin indicio alguno de este extremo y sin pronunciarse sobre él a pesar de tratarse de un hecho controvertido.

En todo caso, es indudable que, aunque realmente se hubiera producido esa manifestación expresa, quedaría desmentida por contradicción con el título inscribible y con los documentos presentados. Como señaló la Resolución de 22 de julio de 2010: «Por ello, aun cuando este uso propio, por lo general, será un hecho futuro con relación al momento de la declaración de la obra nueva —aunque podrá no serlo en caso de que exista cierto lapso de tiempo entre la fecha de finalización de la obra y la de la declaración de la obra nueva—, puede entenderse cumplido el requisito de su acreditación con la manifestación del promotor en tal sentido, siempre que no quede desvirtuada por ningún otro elemento documental (como, por ejemplo, en el caso citado por la Resolución de 9 de mayo de 2007, de aportarse una licencia municipal de obras que no lo sea para una vivienda unifamiliar), resulta necesario evitar la aplicación de la excepción más allá del estricto ámbito para el que la ha habilitado la Ley, pues su aplicación extensiva a otros supuestos supone desnaturalizar la garantía fijada por la Ley en beneficio de usuarios y terceros, a través del control notarial y registral, al sustituirla por la mera manifestación del declarante de la obra nueva».

(7) Cabría entender que se da aquí la transmisión *inter vivos* de (cuotas sobre) los pisos, dentro del plazo de diez años a que se refiere la contraexcepción de la Disposición Adicional 2.^a, por lo que también por este motivo sería exigible la constitución del recurso.

Por otro lado, la Resolución que analizamos resulta inexpresiva respecto del objeto de la licencia de obras cuya obtención es necesario acreditar ante el Notario y el Registrador, es decir, si se trata de licencia para obra individual o colectiva. La introducción de este elemento resulta harto clarificadora sobre la procedencia o improcedencia de la autorización e inscripción de la declaración. Las dos hipótesis posibles en este caso son las siguientes: 1) que la licencia obtenida fuera para vivienda unifamiliar, supuesto en que no podría autorizarse ni inscribirse la escritura, al tratarse de un edificio de varias viviendas (la licencia no se ajustaría al proyecto, como exige expresamente el art. 20 de la vigente Ley de Suelo); 2) si la licencia fuese para vivienda colectiva (uso residencial colectivo), tampoco podría el Notario autorizar ni el Registrador inscribir la declaración de obra nueva sin que se les acredite la constitución del seguro (por aplicación de la Disposición Adicional 2.ª de la Ley de Ordenación de la Edificación, al existir contradicción entre la licencia y la manifestación expresa de destino a uso propio, si es que esta manifestación se hubiera producido). En ninguno de estos dos casos sería aceptable la estimación del recurso.

IV. CONCLUSIÓN

La exención del seguro decenal exige la concurrencia de una serie de requisitos objetivos y subjetivos recogidos en la Disposición Adicional 2.ª de la Ley de Ordenación de la Edificación. En la presente Resolución se declaran cumplidos todos ellos, estimando el recurso y concluyendo que en el caso examinado no es necesaria la constitución de dicho seguro. Nosotros no podemos compartir esa conclusión, pues entendemos justamente lo contrario: no es que falte alguno de los requisitos legales, sino que en este caso no concurre ninguno de ellos.

Las razones que nos llevan a esta conclusión pueden resumirse como sigue:

- 1.ª) No existe un solo promotor «individual», sino cuatro: los copropietarios de la finca.
- 2.ª) De los cuatro promotores-declarantes, sólo dos destinan las viviendas a «uso propio», razón por la que los dos restantes no pueden ser calificados como «autopromotores».
- 3.ª) La obra que se declara no es «una única vivienda unifamiliar», sino un edificio plurifamiliar constituido por varios pisos o apartamentos.

Son éstas las conclusiones que se imponen en el caso presente, al menos desde una perspectiva de *lege data*, a la vista de la Disposición Adicional 2.ª de la Ley de Ordenación de la Edificación, sin que sea lícito tergiversar su contenido sobre la base de una interpretación extensiva de la misma, que resultaría contraria a su carácter excepcional.

RESUMEN

OBRA NUEVA
SEGURO DECENAL

Frente a la regla general de la necesaria acreditación en las escrituras de declaración de obra nueva de la constitución del seguro de diez años previsto en la legislación sobre ordenación de la edificación, se alza como excepción el supuesto de que la construcción sea destinada a vivienda propia del promotor. En este comentario se realiza un acercamiento a los requisitos necesarios para que opere esta exención legal.

ABSTRACT

NEW CONSTRUCTION
TEN-YEAR INSURANCE POLICY

The general rule is that deeds declaring new construction must accredit that the ten-year insurance policy called for in building legislation has been taken. The case where the construction is intended as the developer's own home stands as an exception to this general rule. This commentary addresses the requirements necessary in order for this legal exemption to function.

ACTUALIDAD JURÍDICA

I. Información legislativa

NORMAS ESTATALES

CORTES GENERALES

— Resolución de 26-1-2011. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 14/2010, de 23-12-2010, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico.

JEFATURA DEL ESTADO

— Ley Orgánica 1/2011. 28-1-2011. Reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

— Ley Orgánica 2/2011. 28-1-2011. Modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19-6-1985, del Régimen Electoral General.

— Ley Orgánica 3/2011. 28-1-2011. Modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19-6-1985, del Régimen Electoral General.

— Real Decreto-ley 1/2011. 11-2-2011. Medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas.

— Real Decreto-ley 2/2011. 18-2-2011. Reforzamiento del sistema financiero.

— Real Decreto-ley 3/2011. 18-2-2011. Medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo.

— Instrumento de Ratificación del Convenio relativo al reconocimiento de las resoluciones por las que se constata un cambio de sexo, hecho en Viena el 12-9-2000.

— Instrumento de Ratificación del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional (Protocolo III), hecho en Ginebra el 8-12-2005.

— Instrumento de Ratificación de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, hecha en Nueva York el 20-12-2006.

— Instrumento de Ratificación del Convenio relativo al despacho de aduanas centralizado, en lo que se refiere a la distribución de los gastos de recaudación nacionales que se retienen cuando se ponen a disposición del presupuesto de la Unión Europea los recursos propios tradicionales, hecho en Bruselas el 10-3-2009. Aplicación provisional.

— Corrección de errores. Ley 42/2010. 30-12-2010. Modifica la Ley 28/2005, de 26-12-2005, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco.

PRESIDENCIA DEL GOBIERNO

— Real Decreto 28/2011. 14-1-2011. Deroga el Real Decreto 1611/2010, de 3-12-2010, por el que se encomienda transitoriamente al Ministerio de Defensa las facultades de control de tránsito aéreo atribuidos a la entidad pública empresarial AENA.

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

— Real Decreto 102/2011. 28-1-2011. Relativo a la mejora de la calidad del aire.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

— Acuerdo 29-12-2010. Publican los Acuerdos de la Sala de Gobierno del TS, sobre composición y funcionamiento de sus Salas y Secciones y asignación de ponencias que deban turnar los Magistrados y aprobación de las normas de reparto de asuntos entre las distintas Secciones de cada Sala para el año 2011.

— Acuerdo 29-12-2010. Publica el Acuerdo de la Sala de Gobierno del TSJ de Galicia, relativo a la modificación de las normas de reparto entre las Secciones de la Sala de lo Contencioso-Administrativo.

— Acuerdo 29-12-2010. Publica el Acuerdo de la Sala de Gobierno del TSJ de la Comunitat Valenciana, relativo a la modificación de las de reparto de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo.

MINISTERIO DE JUSTICIA

— Resolución de 22-12-2010. Convoca Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, vacantes, para su provisión en concurso ordinario número 281.

— Resolución de 13-1-2011. Determina los requisitos y condiciones para tramitar por vía telemática las solicitudes de los certificados de últimas voluntades y contratos de seguros de cobertura de fallecimiento y se establecen modificaciones en el Modelo 790 de autoliquidación y de solicitud e instrucciones para las solicitudes presenciales y por correo de los certificados de actos de última voluntad y contratos de seguros de cobertura de fallecimiento.

— Resolución de 21-1-2011. Aprueba, con carácter provisional, la lista de admitidos para tomar parte en la oposición entre notarios, convocada por Resolución de 22-11-2010.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA

— Orden 3570/2010. 21-12-2010. Conceden incentivos regionales, previstos en la Ley 50/1985, de 27-12-2010, para la realización de proyectos de inversión y se resuelven solicitudes de modificación de condiciones de expedientes en vigor.

— Orden 3/2011. 13-1-2011. Modifica el plazo de solicitud para la formación del censo electoral de residentes en España que sean nacionales de países con Acuerdos para las elecciones municipales de 22-5-2011.

— Orden 69/2011. 21-1-2011. Prorroga la utilización de las tablas de supervivencia GRM95 y GRF95 y las tablas de fallecimiento GKM95 y GKF95 en el sistema de planes de pensiones.

— Orden 328/2011. 16-2-2011. Aprueba el modelo de autoliquidación y pago de la Tasa prevista en el artículo 23 de la Ley 19/1988, de 12-7-1988, de Auditoría de Cuentas.

— Orden 394/2011. 21-2-2011. Aprueba el modelo 140, de solicitud del abono anticipado y comunicación de variaciones de la deducción por maternidad del IRPF.

— Resolución de 3-1-2011. Aprueba el modelo 145, de comunicación de datos del perceptor de rentas del trabajo a su pagador o de la variación de los datos previamente comunicados.

— Resolución de 10-1-2011. Publica la revocación de los números de identificación fiscal que figuran en el anexo.

— Resolución de 2-2-2011. Aprueba las Directrices Generales del Plan General de Control Tributario de 2011.

— Resolución de 4-2-2011. Uso de código seguro de verificación y por la que se crean sellos electrónicos del organismo.

— Resolución de 7-2-2011. Desarrolla la información a suministrar por las Corporaciones Locales relativa al esfuerzo fiscal y su comprobación en las Delegaciones de Economía y Hacienda.

— Resolución de 9-2-2011. Publica la revocación de los NIF que figuran en el anexo.

— Resolución de 10-2-2011. Utilización de un código seguro de verificación de documentos electrónicos por el INE.

— Corrección de errores. Real Decreto 1708/2010. 17-12-2010. Aprueba el Programa Anual 2011 del Plan Estadístico Nacional 2009-2012.

— Corrección de errores. Orden 3334/2010. 16-12-2010. Aprueba los precios medios de venta aplicables en la gestión del ITP y AJD, IS y D e Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte.

— Corrección de errores. Orden 3362/2010. 23-12-2010. Aprueba las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las empresas concesionarias de infraestructuras públicas.

COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES

— Circular 6/2010. 21-12-2010. Operaciones con instrumentos derivados de las instituciones de inversión colectiva.

— Circular 1/2011. 21-1-2011. Modifica la Circular 12/2008, de 30-12-2008, sobre solvencia de las empresas de servicios de inversión y sus grupos consolidables.

— Resolución de 21-12-2010. Publica el Reglamento del Mercado Secundario Oficial de Futuros y Opciones (MEFF).

— Resolución de 30-12-2010. Publica la baja de la Agencia de Valores, Acacia Inversión, Agencia de Valores, S. A., en el correspondiente Registro de Agencias de Valores de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

— Resolución de 30-12-2010. Publica la baja de la Sociedad Gestora de Carteras, Kutxa Gestión Privada, S.G.C., S. A., en el correspondiente Registro de Sociedades Gestoras de Carteras de la CNMV.

BANCO DE ESPAÑA

— Resolución de 6-10-2010. Modifica la de 11-12-1998, por la que se aprueban las cláusulas generales aplicables a las operaciones de política monetaria del BE.

— Resolución de 29-12-2010. Modifica la de 11-12-1998, por la que se aprueban las cláusulas generales aplicables a las operaciones de política monetaria del BE.

— Resolución de 3-1-2011. Publica determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución de 20-1-2011. Publican determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución de 1-2-2011. Publica determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución de 17-2-2011. Publica determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Circular 1/2011. 26-1-2011. Creación, modificación y supresión de ficheros con datos de carácter personal gestionados por el Banco de España.

— Corrección de erratas Circular 1/2011. 26-1-2011. Creación, modificación y supresión de ficheros con datos de carácter personal gestionados por el BE.

MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN

— Real Decreto 1714/2010. 17-12-2010. Modifica el Real Decreto 1879/1996, de 2-8-1996, por el que se regula la composición de la Comisión Nacional de Seguridad Social en el Trabajo, para su adaptación a la nueva estructura de los departamentos ministeriales de la Administración General del Estado.

— Orden 41/2011. 18-1-2011. Desarrolla 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 12-1-2011. Fija la fecha de entrada en vigor de la obligatoriedad de utilizar el sistema de domiciliación bancaria para el pago de los vencimientos de aplazamientos de deudas con la Seguridad Social.

— Resolución de 15-2-2011. 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, de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas.

MINISTERIO DE POLÍTICA TERRITORIAL Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

— Real Decreto 1800/2010. 30-12-2010. Traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de La Rioja en materia de provisión de medios personales, materiales y económicos para el funcionamiento de la Administración de Justicia.

— Corrección de errores. Real Decreto 1800/2010. 30-12-2010. Traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de La Rioja en materia de provisión de medios personales, materiales y económicos para el funcionamiento de la Administración de Justicia.

— Real Decreto 30/2011. 14-1-2011. Desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Fomento.

— Real Decreto 62/2011. 21-1-2011. Sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de ordenación y gestión del litoral.

— Real Decreto 171/2011. 11-2-2011. Traspaso de funciones y servicios de la Administración General del Estado a la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de aeropuertos, aeródromos y helipuertos que no tengan la calificación de interés general, aeropuertos y aeródromos deportivos.

— Real Decreto 172/2011. 11-2-2011. Modificación y ampliación de los medios patrimoniales adscritos a los servicios traspasados por la Administración General del Estado a la Comunidad Autónoma de Aragón por el Real Decreto 619/1997, de 25-4-1997, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Aragón, de los medios adscritos a la gestión encomendada en materia de agricultura, Fondo Español de Garantía Agraria (FEGA).

— Real Decreto 189/2011. 18-2-2011. Desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Educación y se modifica el Real Decreto 1366/2010, de 29-10-2010, por el que se aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN

— Convenio entre el Reino de España y la República de Costa Rica para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos IRPF e IP y Protocolo, hecho en Madrid el 4-3-2004.

— Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República del Ecuador, hecho en Madrid el 4-12-2009.

— Acuerdo entre la República Portuguesa y el Reino de España sobre el acceso a información en materia de Registro Civil y Mercantil, hecho *ad referendum* en Zamora el 22-1-2009.

MINISTERIO DE FOMENTO

— Orden 3447/2010. 29-12-2010. Aprueba los modelos de impresos para el pago de las tasas establecidas y reguladas en la Ley 23/2007, de 8-10-2007, de creación de la Comisión Nacional del Sector Postal.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN

— Real Decreto 99/2011. 28-1-2011. Regula las enseñanzas oficiales de doctorado.

— Orden 326/2011. 16-2-2011. Modifica la Orden 095/2010, de 28-7-2010, por la que se establece la estructura de las pruebas para la obtención del título de bachiller para personas mayores de veinte años en el ámbito de gestión del Ministerio de Educación.

— Resolución de 7-2-2011. Publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 28-1-2011, por el que se establece el carácter oficial de determinados títulos universitarios de Doctor y su inscripción en el Registro de Universidades, Centros y Títulos.

— Resolución de 7-2-2011. Publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 28-1-2011, por el que se establece el carácter oficial de determinados títulos de Grado y su inscripción en el Registro de Universidades, Centros y Títulos.

— Resolución de 7-2-2011. Publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 28-1-2011, por el que se establece el carácter oficial de determinados títulos de Máster y su inscripción en el Registro de Universidades, Centros y Títulos.

MINISTERIO DEL INTERIOR

— Orden 314/2011. 1-2-2011. Sobre empresas de seguridad privada.

— Orden 315/2011. 1-2-2011. Regulan las Comisiones Mixtas de Coordinación de la Seguridad Privada.

— Orden 316/2011. 1-2-2011. Funcionamiento de los sistemas de alarma en el ámbito de la seguridad privada.

— Orden 317/2011. 1-2-2011. Medidas de seguridad privada.

— Orden 318/2011. 1-2-2011. Personal de seguridad privada.

MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE, Y MEDIO RURAL Y MARINO

— Real Decreto 29/2011. 14-1-2011. Modifica el Real Decreto 125/2007, de 2-2-2007, por el que se fija el ámbito territorial de las demarcaciones hidro-

gráficas, y el Real Decreto 650/1987, de 8-5-1987, por el que se definen los ámbitos territoriales de los Organismos de cuenca y de los planes hidrológicos.

— Real Decreto 60/2011. 21-1-2011. Normas de calidad ambiental en el ámbito de la política de aguas.

— Real Decreto 139/2011. 4-2-2011. Desarrollo del Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial y del Catálogo Español de Especies Amenazadas.

— Orden 50/2011. 20-1-2011. Fija para el año 2011 la renta de referencia.

MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO

— Real Decreto 1797/2010. 30-12-2010. Aprueba el Reglamento del Fondo para la Internacionalización de la Empresa.

— Real Decreto 169/2011. 11-2-2011. Modifica el Real Decreto 365/2010, de 26-3-2010, por el que se regula la asignación de los múltiples de la Televisión Digital Terrestre tras el cese de las emisiones de televisión terrestre con tecnología analógica y el Real Decreto 691/2010, de 20-5-2010, por el que se regula la Televisión Digital Terrestre en alta definición.

MINISTERIO DE SANIDAD, POLÍTICA SOCIAL E IGUALDAD

— Real Decreto 1718/2010. 17-12-2010. Receta médica y órdenes de dispensación.

— Real Decreto 106/2011. 28-1-2011. Crea y regula el Registro estatal de empresas previsto en la Ley 2/2009, de 31-3-2009, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, y se fija el importe mínimo del seguro de responsabilidad o aval bancario para el ejercicio de estas actividades.

— Real Decreto 174/2011. 11-2-2011. Aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, de 14-12-2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

— Real Decreto 175/2011. 11-2-2011. Modifica el Real Decreto 727/2007, de 8-6-2007, sobre criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones económicas de la Ley 39/2006, de 14-12-2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, y el Real Decreto 615/2007, de 11-5-2007, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia.

TRIBUNAL SUPREMO

— STS de 19-1-2011. Declara la nulidad de la división del RP número 1 de Calviá.

— STS de 21-1-2011. Declara la nulidad del artículo 5 de la Orden ITC/3860/2007, de 28-12-2007, por la que se revisan las tarifas eléctricas a partir del 1-1-2008.

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

ANDALUCÍA

— Ley 1/2011. 17-2-2011. Reordenación del sector público de Andalucía.

— Real Decreto 62/2011. 21-1-2011. Traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de ordenación y gestión del litoral.

— Decreto 9/2011. 18-1-2011. Modifican diversas Normas Regulatoras de Procedimientos Administrativos de Industria y Energía.

— Decreto 12/2011. 25-1-2011. Crea y regula la Comisión de coordinación de las políticas autonómicas y locales para la igualdad de género.

— Decreto 15/2011. 1-2-2011. Establece el régimen general de planificación de los usos y actividades en los parques naturales y se aprueban medidas de agilización de procedimientos administrativos.

ARAGÓN

— Ley 8/2010. 2-12-2010. Derecho Civil Patrimonial.

— Ley 10/2010. 16-12-2010. Modifica la Ley 1/1991, de 4-1-1991, Reguladora de las Cajas de Ahorros en Aragón.

— Ley 11/2010. 29-12-2010. Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2011.

— Ley 12/2010. 29-12-2010. Medidas Tributarias de la Comunidad Autónoma de Aragón.

— Corrección de errores. Ley 12/2010. 29-12-2010. Medidas Tributarias de la Comunidad Autónoma de Aragón.

— Real Decreto 171/2011. 11-2-2011. Traspaso de funciones y servicios de la Administración General del Estado a la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de aeropuertos, aeródromos y helipuertos que no tengan la calificación de interés general, aeropuertos y aeródromos deportivos.

— Real Decreto 172/2011. 11-2-2011. Modificación y ampliación de los medios patrimoniales adscritos a los servicios traspasados por la Administración General del Estado a la Comunidad Autónoma de Aragón por el Real Decreto 619/1997, de 25-4-1997, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Aragón de los medios adscritos a la gestión encomendada en materia de agricultura, Fondo Español de Garantía Agraria (FEGA).

— Decreto 2/2011. 11-1-2011. Aprueba el Reglamento de Apuestas Deportivas, de Competición o de otra índole.

— Decreto 15/2011. 25-1-2011. Aprueba el Reglamento de las Sociedades Agrarias de Transformación en Aragón.

ASTURIAS

— Decreto 155/2010. 29-12-2010. Primera modificación del Decreto 33/1999, de 18-6-1999, por el que se regula la organización y funcionamiento del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales de la Administración del Principado de Asturias.

— Resolución de 1-2-2011. Inscripción en el Registro de Demandantes de Vivienda Protegida del Principado de Asturias.

BALEARES

— Ley 15/2010. 22-12-2010. Ente Público de Radiotelevisión de las Illes Balears.

— Ley 16/2010. 28-12-2010. Salud pública de las Illes Balears.

— Decreto 122/2010. 17-12-2010. Fija el calendario de días inhábiles para el año 2011 a efectos de plazos administrativos.

— Decreto 8/2011. 4-2-2011. Regulan los procedimientos de adjudicación de viviendas protegidas del Institut Balear de l'Habitatge (IBAVI).

— Decreto 9/2011. 11-2-2011. Principios generales sobre modos de explotación del transporte ferroviario, tranviario y combinado.

— Decreto 11/2011. 18-2-2011. Aprobación del reglamento de desarrollo y ejecución de determinados aspectos de la Ley 10/2005, de 21-6-2005, de puertos de las Illes Balears.

CANARIAS

— Ley 10/2010. 27-12-2010. Modificación de la Ley 12/1990, de 26-7-1990, de Aguas.

— Ley 1/2011. 21-1-2011. Impuesto sobre las Labores del Tabaco y otras Medidas Tributarias.

— Ley 2/2011. 26-1-2011. Modifica la Ley 11/1997, de 2-12-1997, de regulación del Sector Eléctrico Canario, y la Ley 19/2003, de 14-4-2003, por la que se aprueban las Directrices de Ordenación General y las Directrices de Ordenación del Turismo de Canarias.

— Decreto 141/2010. 4-10-2010. Crea y regula el Catálogo de Procedimientos Administrativos de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias.

— Orden 20-1-2011. Establecen los precios medios de venta de los vehículos comerciales e industriales ligeros usados cuya transmisión esté sujeta al ITP y AJD o al IS y D, y que no figuren en las tablas de precios medios de venta aprobados por el Ministerio de Economía y Hacienda.

— Orden 24-1-2011. Fija los índices, módulos y demás parámetros del régimen simplificado del Impuesto General Indirecto Canario para el año 2011.

— Orden 24-1-2011. Establece el ámbito objetivo de aplicación del régimen simplificado del Arbitrio sobre Importaciones y Entregas de Mercancías en las Islas Canarias y se fijan los módulos para el año 2011.

CANTABRIA

— Ley 8/2010. 23-12-2010. Garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia.

— Ley 9/2010. 23-12-2010. Personal estatutario de instituciones sanitarias de Cantabria.

— Ley 12/2010. 27-12-2010. Modificación de la Ley de Cantabria 4/2002, de 24-7-2002, de Cajas de Ahorros, para su adaptación a lo establecido en el Real Decreto-ley 11/2010, de 9-7-2010.

— Corrección de errores. Ley 11/2010. 23-12-2010. Medidas Fiscales y de contenido financiero.

— Corrección de errores. Orden 32/2010. 27-12-2010. Aprueban coeficientes aplicables al valor catastral para estimar el valor real de determinados bienes inmuebles urbanos a efectos de los impuestos ITP y AJD e IS y D para 2011, se establecen las reglas para la aplicación de los mismos y metodología.

CASTILLA-LA MANCHA

— Ley 10/2010. 21-10-2010. Promoción de la Seguridad y Salud en el Trabajo en Castilla-La Mancha.

— Ley 12/2010. 18-11-2010. Igualdad entre Mujeres y Hombres de Castilla-La Mancha.

— Ley 13/2010. 9-12-2010. Reordenación del Sector Público de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

— Ley 1/2011. 10-2-2011. Garantías en el Acceso a la Vivienda en Castilla-La Mancha.

— Orden 27-1-2011. Aprueban los precios medios en el mercado para bienes rústicos y se dictan normas sobre el procedimiento de comprobación de valores en el ámbito de los impuestos, IS y D e ITP y AJD para el año 2011.

— Orden 28-1-2011. Aprueban las normas para la aplicación de los medios de valoración previstos en el artículo 57 de la Ley 58/2003, de 17-12-2003, General Tributaria, a los bienes inmuebles de naturaleza urbana en el ámbito de los Impuestos, IS y D e ITP y AJD para el año 2011.

CASTILLA Y LEÓN

— Decreto 1/2011. 13-1-2011. Regula el procedimiento para el reconocimiento de la condición de familia numerosa, la expedición y renovación del título.

— Decreto 2/2011. 20-1-2011. Aprueba el Plan Regional de Ámbito Sectorial de la Bioenergía de Castilla y León.

— Decreto 3/2011. 20-1-2011. Fija las cantidades retributivas para el año 2011 del personal al servicio de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

— Orden 1809/2010. 23-12-2010. Modifica el Anexo de la Orden 136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Orden 1810/2010. 23-12-2010. Modifica el Anexo de la Orden 136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Orden 1811/2010. 23-12-2010. Modifica el Anexo de la Orden 136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Orden 1812/2010. 23-12-2010. Modifica el Anexo de la Orden 136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Orden 1832/2010. 29-12-2010. Modifica el Anexo de la Orden 136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Orden 1833/2010. 29-12-2010. Modifica el Anexo de la Orden 136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Orden 1834/2010. 29-12-2010. Modifica el Anexo de la Orden 136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Orden 1836/2010. 29-12-2010. Modifica el Anexo de la Orden PAT/136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Orden 61/2011. 20-1-2011. Amplía el Catálogo de Simplificación Documental y se modifica el Anexo de la Orden ADM/941/2009, de 2-5-2009, por la que se desarrolla el Decreto 23/2009, de 26-3-2009, de medidas relativas a la simplificación documental en los procedimientos administrativos.

— Orden 64/2011. 26-1-2011. Modifica el Anexo de la Orden PAT/136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Orden 109/2011. 7-2-2011. Modifica el Anexo de la Orden PAT/136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Orden 110/2011. 2-2-2011. Modifica el Anexo de la Orden PAT/136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Orden 111/2011. 31-1-2011. Modifica el Anexo de la Orden PAT/136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales

para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Orden 136/2011. 11-2-2011. Modifica el Anexo de la Orden PAT/136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Orden 137/2011. 4-2-2011. Modifica el Anexo de la Orden PAT/136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Corrección de errores. Ley 16/2010. 20-12-2010. Servicios Sociales de Castilla y León.

— Corrección de errores. Ley 20/2010. 28-12-2010. Presupuestos Generales de la Comunidad de Castilla y León para 2011.

CATALUÑA

— Ley 1/2011. 17-2-2011. Autorizaciones financieras y normas presupuestarias y tributarias durante el periodo de prórroga presupuestaria.

— Decreto-ley 1/2011. 15-2-2011. Modificación de la Ley 18/2002, de 5-7-2002, de cooperativas de Cataluña.

— Decreto 99/2011. 11-1-2011. Creación del Consejo Asesor para la Reactivación Económica y el Crecimiento.

— Resolución de 22-12-2010. Convoca Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, vacantes, para su provisión en concurso ordinario número 281.

— Resolución 4155/2010. 21-12-2010. Establece las medidas de regulación de la circulación y del transporte de mercancías por las carreteras de Cataluña para el 2011.

— Corrección de errores. Ley 26/2009. 23-12-2010. Medidas fiscales, financieras y administrativas.

— Corrección de errores. Ley 32/2010. 1-10-2010. Autoridad Catalana de Protección de Datos.

— Corrección de erratas. Decreto 200/2010. 27-12-2010. Creación, denominación y determinación del ámbito de competencia de los departamentos de la Administración de la Generalidad de Cataluña.

EXTREMADURA

— Ley Orgánica 1/2011. 28-1-2011. Reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

— Ley 1/2011. 31-1-2011. Modificación de la Ley 8/1994, de 23-12-1994, de Cajas de Ahorros de Extremadura.

— Ley 2/2011. 31-1-2011. Desarrollo y modernización del turismo de Extremadura.

— Ley 3/2011. 17-2-2011. Modificación parcial de la Ley 2/1999, de 29-3-1999, de Patrimonio Histórico y Cultural de Extremadura.

— Decreto 5/2011. 28-1-2011. Modifica el Decreto 9/2009, de 23-1-2009, por el que se regula el régimen de ayudas agroambientales para la utilización sostenible de las tierras agrícolas en la Comunidad Autónoma de Extremadura.

— Decreto 19/2011. 25-2-2011. Aprueba el Reglamento en el que se establecen las normas comunes de gestión y administración de los Edificios Administrativos del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Extremadura y se regula su Consejo Gestor.

— Orden 25-1-2011. Aprueba los precios medios en el mercado para estimar el valor real de los vehículos comerciales e industriales ligeros usados, a efectos de la liquidación de los hechos imponible de los impuestos ITP y AJD e IS y D, que no figuren en las tablas de precios medios de venta aprobados por el Ministerio de Economía y Hacienda.

— Corrección de errores. Decreto 187/2010. 24-9-2010. Aprueba el Reglamento de festejos taurinos populares.

GALICIA

— Ley 11/2010. 17-12-2010. Prevención del consumo de bebidas alcohólicas en menores de edad.

— Ley 16/2010. 17-12-2010. Organización y funcionamiento de la Administración General y del sector público autonómico de Galicia.

— Decreto 19/2011. 10-2-2011. Aprueban definitivamente las directrices de ordenación del territorio.

— Decreto 20/2011. 10-2-2011. Aprueba definitivamente el Plan de Ordenación del Litoral de Galicia.

— Orden 17-11-2010. Incorporan dos nuevos procedimientos al Registro Telemático de la Xunta de Galicia, regulado por el Decreto 164/2005, de 16-6-2005.

— Orden 19-1-2011. Incorpora un nuevo procedimiento al Registro Telemático de la Xunta de Galicia, regulado por el Decreto 164/2005, de 16-6-2005.

— Orden 2-2-2011. Incorpora un nuevo procedimiento al Registro Telemático de la Xunta de Galicia, regulado por el Decreto 164/2005, de 16-6-2005.

— Orden 7-2-2011. Incorpora un nuevo procedimiento al Registro Telemático de la Xunta de Galicia, regulado por el Decreto 164/2005, de 16-6-2005.

— Orden 8-2-2011. Incorpora un nuevo procedimiento al Registro Telemático de la Xunta de Galicia, regulado por el Decreto 164/2005, de 16-6-2005.

— Orden 16-2-2011. Incorpora cuatro nuevos procedimientos al Registro Telemático de la Xunta de Galicia, regulado por el Decreto 164/2005, de 16-6-2005.

— Corrección de errores. Ley 14/2010. 27-12-2010. Presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2011.

LA RIOJA

— Ley 1/2011. 7-2-2011. Protección Civil y atención de Emergencias de La Rioja.

— Real Decreto 1800/2010. 30-12-2010. Traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de La Rioja en materia de provisión de medios personales, materiales y económicos para el funcionamiento de la Administración de Justicia.

— Corrección de errores. Real Decreto 1800/2010. 30-12-2010. Traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de La Rioja en materia de provisión de medios personales, materiales y económicos para el funcionamiento de la Administración de Justicia.

— Decreto 16/2010. 31-12-2010. Modifica el Decreto 5/2007, de 2-7-2007.

— Decreto 60/2010. 30-12-2010. Regula el Registro de Explotaciones Agrarias de La Rioja.

— Decreto 4/2011. 28-1-2011. Establece el Currículo de la Educación Primaria en la Comunidad Autónoma de La Rioja.

— Decreto 5/2011. 28-1-2011. Establece el Currículo de la Educación Secundaria Obligatoria de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

— Decreto 8/2011. 18-2-2011. Servicio de Ayuda a Domicilio en el ámbito de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

— Corrección de errores. Ley 9/2010. 16-12-2010. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de La Rioja para el año 2011.

MADRID

— Ley 1/2011. 14-1-2011. Adapta la Ley 4/2003, de 11-3-2003, de Cajas de Ahorros de la Comunidad de Madrid, al Real Decreto-ley 11/2010, de 9-7-2010, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros.

— Corrección de errores. Ley 9/2010. 23-12-2010. Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público.

MURCIA

— Ley 5/2008. 13-11-2008. Extingue la Cámara Agraria de la Región de Murcia.

— Ley 7/2009. 2-11-2010. Ayuda a las Víctimas del Terrorismo de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

— Ley 12/2009. 11-12-2009. Modifican diversas leyes para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12-12-2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

— Ley 13/2009. 23-12-2009. Medidas en materia de tributos cedidos, tributos propios y medidas administrativas para el año 2010.

— Ley 14/2009. 23-12-2009. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2010.

— Ley 1/2011. 24-2-2011. Modificación de la Ley 5/2010, de 27-12-2010, de Medidas Extraordinarias para la Sostenibilidad de las Finanzas Públicas.

— Decreto Legislativo 1/2010. 5-11-2010. Aprueba el TR de las Disposiciones Legales vigentes en la Región de Murcia en materia de Tributos Cedidos.

— Orden 24-1-2011. Publican las tarifas de las tasas y precios públicos aplicables en el 2011.

NAVARRA

— Ley Foral 24/2010. 28-12-2010. Declara de utilidad pública y se aprueba la desafectación de 101.986,68 m² de terreno comunal pertenecientes al Ayuntamiento de Mendavia.

— Ley Foral 25/2010. 28-12-2010. Declara de utilidad pública y se aprueba la desafectación de 68.780 m² de terreno comunal pertenecientes al Ayuntamiento de Oteiza.

— Decreto Foral Legislativo 1/2011. 24-1-2011. Armonización tributaria, por el que se modifica la Ley Foral 19/1992, de 30-12-1992, del IVA.

— Decreto Foral Legislativo 2/2011. 24-1-2011. Armonización tributaria, por el que se modifica la Ley Foral 20/1992, de 30-12-1992, de Impuestos Especiales.

— Decreto Foral 4/2011. 24-1-2011. Crea el Registro de Juegos y Apuestas de Navarra y se regulan su organización y funcionamiento.

— Decreto Foral 5/2011. 24-1-2011. Aprueba el Catálogo de Juegos y Apuestas de Navarra.

— Decreto Foral 6/2011. 24-1-2011. Regula el profesional de referencia de servicios sociales de Navarra.

— Orden Foral 185/2010. 21-12-2010. Aprueban los precios medios de venta de vehículos y de embarcaciones usados, aplicables en la gestión de los IS y D, e ITP y AJD y Especial sobre Determinados Medios de Transporte.

— Orden Foral 196/2010. 24-12-2010. Modifica los diseños físicos y lógicos del modelo 193, aprobado por Orden Foral 259/1999, de 29-12-1999, del modelo 187, aprobado por Orden Foral 17/2000, de 2-2-2000, del modelo 196, aprobado por Orden Foral 208/2008, de 24-11-2008 y del modelo 171, aprobado por Orden Foral 130/2010, de 17-9-2010.

— Corrección de errores. Ley Foral 17/2009, de 23-12-2010. Modificación de diversos impuestos y otras medidas tributarias.

— Corrección de errores. Ley Foral 22/2010. 28-12-2010. Presupuestos Generales de Navarra para el año 2011.

— Corrección de errores. Orden Foral 177/2010. 14-12-2010. Aprueba el modelo F-50 de declaración anual de operaciones con terceras personas.

PAÍS VASCO

— Ley 1/2011. 3-2-2011. Tercera modificación de la Ley sobre Prevención, Asistencia e Inserción en materia de Drogodependencias.

— Decreto 4/2011. 18-1-2011. Ayudas de Emergencia Social.

— Decreto 9/2011. 25-1-2011. Registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo del País Vasco.

— Norma Foral 2/2010. 28-10-2010. Aprueba la Cuenta General del Presupuesto del Territorio Histórico de Gipuzkoa para 2008.

VALENCIA

— Ley 16/2010. 27-12-2010. Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización de la Generalitat.

— Ley 17/2010. 30-12-2010. Presupuestos de la Generalitat para el ejercicio 2011.

— Ley 18/2010. 30-12-2010. Juventud de la Comunitat Valenciana.

— Decreto Ley 4/2010. 30-12-2010. Modifica el TR de la Ley sobre Cajas de Ahorros, aprobado por el Decreto Legislativo 1/1997, de 23-7-1997, del Consell.

— Decreto 1/2011. 13-1-2011. Aprueba la Estrategia Territorial de la Comunitat Valenciana.

— Decreto 13/2011. 11-2-2011. Desarrolla la Ley de Protección a la Maternidad.

— Decreto 15/2011. 18-2-2011. Regula el Registro de Entidades Locales de la Comunitat Valenciana.

— Resolución 5/VII. 27-1-2011. Validación del Decreto-ley 4/2010, de 30-12-2010, por el que se modifica el TR de la Ley sobre Cajas de Ahorros, aprobado por el Decreto Legislativo 1/1997, de 23-7-1997.

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

Diego LÓPEZ GARRIDO, Marcos F. MASSÓ GARROTE y Lucio PERGORARO (dirs.),
Nuevo Derecho Constitucional Comparado, Tirant lo Blanc, Valencia 2000,
671 págs.

por

GABRIEL GARCÍA CANTERO
Catedrático Emérito de Derecho Civil

INTRODUCCIÓN

La breve recensión que dediqué en el número 714 de la *RCDI* (pág. 2261) a uno de los más recientes Manuales italianos de la materia (1), iba precedida de una explicación —que entendí obligada— al hecho de que un privatista se hiciera eco de una obra comparativa especializada en una rama de Derecho Público. No aludí a la larga experiencia que en la doctrina italiana poseen sobre el mismo tema a partir del precursor *Corso di diritto costituzionale de Amorth* (1947). Omití también la referencia a este importante Manual español, que, aunque publicado a comienzos del siglo, conserva fundamentalmente su valor pedagógico, omisión que subsano, pues sigo creyendo que, entre nosotros, un comparatista de matriz civilista puede y debe prestar igualmente atención a las obras generales sobre el tema que se publiquen en España.

RAZÓN DE SER

Se expresa en la *presentación* (págs. 23-26) redactada por los directores con cierto estilo de manifiesto fundacional: «El año 2000, el de la publicación de este *Nuevo Derecho Constitucional Comparado*, será recordado como símbolo del inicio de formas de vida vertiginosamente diferentes de las que presidieron la centuria que muere. Por que causas, las tenemos a la vista: las revoluciones tecnológicas, de la comunicación audiovisual, del transporte y, por tanto, de las relaciones económicas laborales y sociales. Entramos en la era de la globalización» (...). «El Derecho Constitucional, sea norma, sea disciplina científica y académica, ha poseído por dos siglos un cuño inequívocamente estatal y una tendencia a cerrarse sobre sí mismo utilizando la orgullosa *soberanía*. Constitución y soberanía han sido almas gemelas. Pues bien, este tipo de Derecho Constitucional exclusivamente nacional, en el año 2000 ya no es posible (...).

(1) *Diritto costituzionale comparato* (a cura de P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G. F. FERRARI) (Bari, 2009).

Hoy, el contexto político-jurídico del constitucionalismo es: pluralismo en vez del cerrado unitarismo; descentralización hacia abajo y cesión de soberanía estatal y decisión política y económica hacia arriba; ruptura de una ciudadanía nacional homogénea ante el pluralismo étnico de las sociedades occidentales, afectados por el fenómeno enriquecedor y contradictorio de la inmigración; universalización y profundización intensas de los derechos humanos a través de la ampliación de las garantías judiciales de las personas ante tribunales de derecho internacional y de las garantías políticas (derecho de *ingerencia humanitaria*). A través de la creciente reivindicación de los derechos sociales, como en el debate suscitado en la Unión Europea sobre la aprobación de una Carta de Derechos Fundamentales vinculante».

Con acierto se señalan en la obra los preceptos de la CE de 1978, que captaron esta transformación del constitucionalismo: los artículos 10.2 y 93, la doctrina de las leyes orgánicas imitada de la experiencia francesa, los decretos-leyes y las leyes delegadas, de la italiana, etc. Entre nosotros —constata la presentación— no es casual que, con frecuencia, sea posible encontrar ensayos en los cuales el estudio comparado no sea melancólicamente relegado a las notas o a inconsistentes capítulos o párrafos que sirven de soporte a la investigación sobre el derecho propio.

Pero se denuncia una grave deficiencia entre nosotros que la obra trata de subsanar: «Si la doctrina constitucional [española], en parte, ha tomado el camino de la comparación, existe todavía una gran ausente: la Universidad española, donde la enseñanza del Derecho Comparado, a diferencia de otros países como Italia, Alemania, Francia e incluso Estados Unidos, es casi desconocida o por lo menos poco ejercida en las Facultades Jurídicas y de Ciencias Políticas. La consecuencia perceptible más directamente es ésta: la falta de conexión entre investigación y didáctica corre el riesgo de desincentivar a la primera, o por lo menos la priva de un impulso que, en la época de una gran integración comunitaria más estrecha y de una creciente globalización, aparece indispensable para los que no entendemos constreñir el estudio del Derecho Constitucional a los estrechos confines nacionales».

Parece muy atinada la motivación, y exacta la grave deficiencia pedagógica que sufre entre nosotros el Derecho Comparado, no corregida —incomprendiblemente— en la denominada «Convergencia de Bolonia», aunque en la lista ejemplificativa de países que sí incluyen su enseñanza en los Planes de Estudio no se mencionan a otros como pueden ser Inglaterra, Canadá, Bélgica u Holanda.

OBRA ELABORADA EN EQUIPO

No faltan en la bibliografía constitucional española títulos que, expresamente y ya en su enunciado, abordan aspectos comparativos, de los cuales la presentación sólo menciona a dos únicos autores, PÉREZ SERRANO y GARCÍA PELAYO. Prescindiendo de otras explicaciones que a dicho fenómeno se ofrecen (2),

(2) Con referencia al periodo preconstitucional, se dice en la obra recensionada: «La ausencia de sistema constitucional y democrático hizo que los profesores de Derecho Político se acercaran a la Ciencia Política, la Historia, la Sociología y, también, al Derecho Comparado. Igualmente, ante la falta de otros contenidos, la asignatura de Derecho Político era cubierta en parte con Derecho Comparado. Todo ello se conformó, por momentos, de manera errónea, al usarse el recurso al Derecho Comparado como fin en

creo que la *novedad* del presente estudio constitucional comparado radica en la nueva concepción metodológica con que se ha afrontado su elaboración. A diferencia de obras pretéritas, se ha pensado —a mi juicio, con acierto— que sólo un equipo de expertos puede acometerla con garantía de éxito; pluralidad de colaboradores principales (3): unida a diversidad de la nacionalidad de aquéllos (en total hay cuatro profesores italianos y nueve españoles, entre los colaboradores principales) lo que eventualmente puede suponer diversidad de escuelas —aunque los primeros son mayoritariamente docentes de la asignatura *Diritto pubblico comparato*, asignatura inexistente entre nosotros— y metodologías no necesariamente coincidentes en todos —ya que, tanto en España como en Italia, se diferencia entre el Constitucional y el Administrativo—.

EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO COMO RAMA SEPARADA DEL DERECHO PÚBLICO COMPARADO

Es exacto afirmar que el Derecho Comparado nace con ocasión del Congreso de Derecho Internacional celebrado en París en 1900 (4), y que a lo largo de la historia hay precursores medievales y modernos, no faltando intentos más o menos logrados de comparaciones entre el Derecho Romano y el Canónico, y también se hicieron con la legislación judía y con los diversos derechos consuetudinarios que surgieron en Europa como consecuencia de las invasiones de los pueblos germanos (5). Pero a los iuspublicistas tales precedentes pueden parecerles menos interesantes, aunque tampoco desdeñan las aportaciones de autores de épocas anteriores a las actuales, como SELDEN, MONTESQUIEU, LEIBNITZ y GROCIO, y, ulteriormente, la Escuela de Heidelberg con THIBAUT y ZACHARIAE, que también solemos citar por su importante protagonismo los iusprivatistas (6). Puede entenderse que la aparición del *Ius Commune* y el fenómeno de la Recepción del Derecho Romano en los diversos países europeos carezcan para los iuspublicistas que cultivan el Derecho Comparado de singular importancia, y lo mismo se diga del casi silencio por su parte del estudio de la Codificación (7) muy vinculada, como se sabe, a aquellos fenómenos. Lo que interesa, hoy, a los comparatistas iuspublicistas es el Constitucionalismo que va a surgir casi co-

sí mismo y no como instrumento o medio para fundamentar y argumentar en torno a las instituciones propias o a las que se quieren introducir» (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Nota previa*, a la extensa bibliografía final, pág. 633 y sigs.).

(3) Se enumeran asimismo —uso que juzgo harto laudable— los nombres de otros colaboradores de la obra en tareas que se han considerado menos principales.

(4) *Op. cit.*, pág. 29. En este Congreso el iuspublicista KOHLER presentó su famosa ponencia sobre el método en el Derecho Comparado, publicado luego en alemán: «Über die Methode der Rechtsvergleichung», en *Z. für intern. Privat u. Öffentliches Recht*, 1901.

(5) Cfr. GARCÍA CANTERO, «Nacimiento, desarrollo e importancia actual del Derecho Comparado», en el volumen *Estudios de Derecho Comparado* (Zaragoza, 2010), pág. 36 y sigs., con mención expresa de algunos de estos trabajos.

(6) GARCÍA CANTERO, *op. últim. cit.*, pág. 38 y sigs.

(7) Aunque no deja de reconocerse que «los estudios comparativos recobran su vigor en la segunda mitad del siglo XIX por efecto del fenómeno de circulación de los modelos napoleónicos, especialmente el modelo francés, en la praxis de Europa oriental y de la América del Sur», si bien se reconoce lo limitado de sus frutos al añadirse, «aunque prevalece una comparación que no logra ir más allá de la yuxtaposición de los textos y no logra distinguir el estudio de Derecho extranjero del estudio del Derecho Comparado» (*op. cit.*, pág. 32).

eténeamente en Estados Unidos y en Francia, y se difundirá, primero en el mundo occidental, y, luego, al resto del mundo. Pero, en realidad, ni la distinción —romana en su origen— *ius publicum-ius privatum* se llevará a sus últimas consecuencias, ni en el largo camino que condujo a la creación moderna de la asignatura dejó de haber notables aportaciones por parte de los cultivadores de ambos sectores del ordenamiento (8). Por otra parte, tales omisiones y silencios se subsanan ulteriormente en la obra.

EL DERECHO COMPARADO COMO CIENCIA Y COMO MÉTODO

Partiendo de que, a lo largo del siglo pasado, se ha reconocido el carácter científico del Derecho Comparado en general y la singularidad de su método (9), se da el paso lógico para reivindicar el carácter científico autónomo del Derecho Constitucional Comparado y del método que le es propio. Los autores de esta obra ponen en guardia sobre la dificultad de comparar ordenamientos e institutos que estén a caballo entre el Derecho Público y el Privado, o que evolucionan lentamente hacia uno u otro (10). Por otro lado, subrayan que también está adquiriendo notable importancia el Derecho Administrativo Comparado, pudiendo configurarse en el futuro otras ramas como el Derecho Eclesiástico Comparado, el Derecho Parlamentario Comparado, el Derecho de los entes locales comparado, etc. (11).

FINALIDADES

Se observa, en primer lugar, que los resultados comparativos resultan indispensables en sede de elaboración legislativa, especialmente en la modificación de los textos constitucionales, con singular aplicación a la elaboración de las nuevas constituciones de los países salidos de regímenes dictatoriales (no sin la advertencia de la importancia de lo autóctono que puede condicionar el buen funcionamiento de una *institución recibida* de otro ordenamiento). En segundo lugar, la uniformización del material legislativo, con especial aplicación al Derecho Comunitario. En tercer lugar, la elaboración de los tratados y convenciones internacionales. En cuarto lugar, en fase interpretativa de normas supraestatales (12).

MODELOS, CIRCULACIÓN, RECEPCIÓN

Constituyen un buen ejemplo de cómo hay fenómenos que se han producido en el campo del Derecho Privado (con referencia a los Códigos Civiles los

(8) La Escuela Española de Derecho Natural —que se reputa fruto lozano del *mos italicus* entre nosotros—, se va a proyectar inicialmente sobre los problemas de Derecho Internacional Público derivados del descubrimiento y de la conquista española de América, mientras que el holandés Hugo Grotio se va a centrar en las consecuencias políticas de las guerras de religión europeas. Todo ello sin perjuicio de que epígonos de una y otra escuela realizaran notables aportaciones en el ámbito del Derecho Privado.

(9) A este respecto, pueden verse los impecables razonamientos que figuran en el capítulo 1.º introductorio, debidos a los profesores PEGORARO y RINELLA, *op. cit.*, pág. 33.

(10) *Op. cit.*, pág. 34.

(11) *Op. cit.*, pág. 35.

(12) *Op. cit.*, pág. 36 y sigs.

ha estudiado en profundidad Sacco, citado ampliamente en la obra), y se reiteran en la práctica del Derecho Constitucional Comparado, percibiéndose similares peligros al advertirse que «el riesgo del mal éxito de la recepción es tanto o más elevado cuanto mayores resulten haber sido los malos entendidos que caracterizan la fase propedéutica a la recepción, equivale a decir del estudio comparativo del modelo» (13).

COMMON LAW Y CIVIL LAW

Aunque el estudio específico del Derecho Constitucional Comparado arranca de los dos modelos básicos, el norteamericano basado en la supremacía de la constitución, y el francés caracterizado por la supremacía de la ley, tema al que se dedican los capítulos 2.º y sección 1.ª del capítulo 3.º, la obra no puede soslayar la clásica distinción epigrafiada, que aparece acertadamente enunciada y desarrollada por los mismos autores italianos PEGORARO y RINELLA (14).

LA PARTE ESPECIAL DEL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO

No es materia que interese a los lectores habituales de esta revista. Baste decir que se inicia con los sistemas de protección de los derechos humanos, prosigue con las instituciones políticas (formas de gobierno, los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, el Tribunal Constitucional y la Administración Pública), la organización territorial del Estado y la representación democrática. Algunos temas son, sin duda, también de interés comparativo general.

REFLEXIÓN FINAL

Me congratulo de que se incremente la parca lista de comparatistas españoles, versando el volumen sobre una rama apenas cultivada con criterios actuales (por ello creo adecuado el calificativo de *nuevo* para designarlo), que no aspira, sin embargo, a construir *ex novo* (15), sino que parte de las raíces reconocidas en todos los países al Derecho Comparado (16).

(13) *Op. cit.*, pág. 47.

(14) *Op. cit.*, pág. 90 y sigs.

(15) Son frecuentes las citas de comparatistas clásicos y de otros más modernos, por ejemplo: KOHLER, GUTTERIDGE, PIZZORUSO, ROTONDI, SACCO, CONSTANTINESCO, MATTEI, ZWELGERT, KOCH, etc., y también se hace mención bibliográfica de prestigiosas revistas especializadas: *Revue Internationale de Droit Comparé*, *International and Comparative Law Quarterly*, *American Journal of Comparative Law*.

(16) Así: el reconocimiento expreso de la familia basada en la tradición del Derecho Romano (pág. 90), en el hecho de que el jurista de ésta se forma normalmente en la Universidad, en la existencia actual de sistemas mixtos y en la conveniencia de mantener la dicotomía (pág. 91) [opinión que mantengo personalmente en *Estudios de Derecho Comparado*, cit., pág. 304, aunque no sólo a efectos de la reconstrucción de fuentes], en la supervivencia del Derecho Romano y del *ius commune* (pág. 120), y en el hecho de que las codificaciones francesa, alemana y suiza representaron modelos de recepción de alcance ecuménico (pág. 122).

Luis Javier ARRIETA SEVILLA, *El Torrens title y el Registro de la Propiedad español*, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2010, 187 págs.

por

BRUNO RODRÍGUEZ-ROSADO
Profesor titular de Derecho Civil
Universidad de Málaga

Como señala el propio autor en la introducción, el número de trabajos publicados en España sobre los sistemas registrales extranjeros ha aumentado exponencialmente en los últimos años. Han aparecido estudios de conjunto o sobre aspectos parciales de prácticamente todos los sistemas de nuestro entorno —Inglaterra, Francia, Alemania, Portugal, Italia—, y ello ha permitido confrontar con ellos nuestros esquemas registrales, obteniendo una imagen más nítida de nuestras propias estructuras.

Tal vez quedaba un gran sistema registral ausente, con fama de alejado y extraño, cuyo simple nombre y presuntos exóticos rasgos han bastado siempre para suscitar curiosidad e interrogantes: el *Torrens System*. El libro objeto de recensión busca oportunamente colmar esta laguna o a reducir al menos su extensión —labor en la que ya fueron pioneros en España CASADO PALLARÉS y MIRANDA—, intentando contrastar dicho sistema, como indica el propio título, con el sistema español.

La realidad es que la finalidad que se propone el autor no puede ser tenida por sencilla. Para el jurista continental europeo, formado aún en categorías dogmáticas firmes, la penetración en los fluctuantes esquemas del *common law* resulta una arriesgada operación intelectual. La permanencia en una coherente actitud clarificadora, que huya tanto de nuestra acusada tendencia estructuradora, rayana en el encasillamiento, como de la aceptación de figuras de contornos difusos, no siempre es fácil. El autor salva con nota la prueba, por más que a veces se deslice hacia esquemas jurídicos del *common law* —propiedad *inter partes* y *erga omnes*— o usos lingüísticos ingleses que no colaboran a desbrozar el terreno al lector español.

La imagen de conjunto del Sistema Torrens que se deduce de la exposición de ARRIETA contribuye a despojar a éste de muchos de los tópicos de extrañeza y oscuridad con los que en España aún aparece revestido. El *Torrens System* vigente en los territorios australianos es un sistema de fe pública e inscripción constitutiva, por más que estas características no se lleven hasta sus últimas consecuencias, sino que se modalicen por la presencia de excepciones tales como eficacia *erga omnes* de ciertos derechos no inscritos —servidumbres y arrendamientos (pág. 154 y sigs.)— o la admisión de la usucapión *contra tabulas* (pág. 67 y sigs.).

La presencia de esos rasgos de fe pública e inscripción constitutiva en el sistema Torrens hace que se entiendan mejor las similitudes y diferencias que el autor va trazando entre ese esquema registral y el español. Igual que hacen que cobre pleno sentido la polémica surgida en los últimos años sobre la posible «influencia alemana» en los esquemas concebidos por Robert TORRENS (sobre ello, me remito a dos trabajos publicados en 2003: MURRAY RAFF, *Private property and environmental responsibility - a comparative Study of German Real Property Law*, La Haya, 2003, en particular pág. 25 y sigs.; y un autor alemán de nombre español, Antonio ESPÓSITO, «A comparison of the Australian (Torrens) System of Land Registration of 1858 and the Law of Hamburg in the

1850s», *Australian Journal of Legal History*, 2003, págs. 193-229). Se acepte o no esa influencia, ejercida por medio de Ulrich HÜBBE, estrecho colaborador de TORRENS en su reforma y buen conocedor del sistema registral de Hamburgo, es claro que el sistema registral alemán y el *Torrens System* comparten unos principios favorables a la seguridad del tráfico que bien pueden explicar su respectivo éxito.

Ese contexto de similitud, y esas posibles y, hasta en lo personal, bien rastreables influencias y coincidencias entre el sistema alemán y el diseñado por TORRENS, lleva a la necesidad de plantear por nuestra parte una pregunta: ¿constituye el sistema Torrens una variante de los sistemas de publicidad registral protectores de la apariencia o la protección creada por *Torrens System* va más allá de la que ofrece a los terceros el sistema de fe pública, protegiendo incluso *inter partes* al adquirente de buena fe? Dicho de otro modo, y formulado de modo general: ¿existe un tercer grado de protección registral, constituido por el sistema Torrens, que vaya más allá de los tradicionales sistemas latino y germánico de oponibilidad y fe pública, o es el sistema del que tratamos una variante de éste último? A mi juicio, responder a esa pregunta exige plantearse la cuestión de los efectos convalidantes de la inscripción en el *Torrens System*, que ARRIETA afirma al menos en ciertos casos, típicamente cuando el adquirente del derecho real contrató de buena fe con quien suplantó la personalidad del titular inscrito (pág. 120 y sigs.). Pero me parece que sólo una mayor profundización en esta cuestión, que distinga casos y supuestos —nulidad del contrato, suplantación de personalidad, fraude— puede permitirnos una respuesta completamente matizada a esta cuestión. Más aún si se tiene en cuenta que en otros territorios también regidos por el sistema Torrens, y en concreto en Canadá, la jurisprudencia más reciente ha entendido que el interés del titular que sufrió la pérdida de un bien mediante fraude debe primar incluso sobre los terceros adquirentes de dicho bien (vid. el caso *Lawrence versus Maple Trust*, de 2007, del que da cumplida noticia Greg TAYLOR en *The Law of the Land - The Advent of the Torrens System in Canada*, Toronto, 2008, pág. 11 y sigs., destacando que tal solución es contraria a la vigente en Australia).

Con esto parece enlazar un hecho que no puede ser ya desconocido, y que ARRIETA, aún limitándose al Derecho vivido en los diversos estados australianos, destaca al hablar de «pluralidad de sistemas Torrens» (pág. 58): que si bien ciertas líneas básicas son conformes en todas sus manifestaciones legales, el *Torrens System* es una estructura registral presente en numerosos países —Australia, Canadá, un buen número de territorios estadounidenses, y otros estados tales como Uganda, Kenia, Malasia o República Dominicana—, y encarnada en cada caso con sus propias singularidades. En consecuencia, se impone, como va haciendo ARRIETA respecto a Australia, ir dando una respuesta referida a cada territorio, y abandonar unas perspectivas de generalización que, en aras de la sencillez, pueden acabar resultando engañosas.

Me parece, en fin, que lo hasta aquí dicho es suficiente para dar cumplida cuenta del interés del libro. He pasado por alto cuestiones de enorme importancia, y que contribuirán a aclarar al lector la virtualidad del sistema registral australiano, tales como la necesidad o no, dependiendo de la legislación y la jurisprudencia de cada estado, de que la adquisición del titular inscrito sea a título oneroso —téngase en cuenta que la renuncia a ese requisito abre otra vía por la que sobreexceder la protección prestada por el sistema alemán: vid. §§ 892 y 816 I 2 BGB—, o la importancia que en el sistema tiene el *Assurance*

Fund, que sirve de balance y contrapeso a la posible pérdida de derechos que los efectos de publicidad del Registro pueden causar al titular. Pero me parece que lo ahora citado es suficiente para significar el interés de las cuestiones a las que el autor se enfrenta.

Cabe concluir diciendo que el libro supone un sólido y meritorio avance, también por lo actualizado de sus fuentes, en el conocimiento que en España tenemos del sistema Torrens. Cierra un buen número de cuestiones, abriendo —como no podía ser menos— otras nuevas, y exigirá en ese sentido de nuevas profundizaciones. Pero ese hecho es algo propio del quehacer científico, en el que, según la cita clásica de Bernardo DE CHARTRES, todo paso adelante supone un encaramarse sobre los hombros de nuestros predecesores.

AA.VV. & SÁNCHEZ GOYANES, Enrique (Dir.), *El derecho de costas en España*, LA LEY, 2010, 1498 págs.

por

GUILLERMO RUIZ ARNÁIZ

Profesor Titular E.U. de Derecho Administrativo

El medio marino, que designa tanto las aguas marinas como los recursos marinos, es inmenso en recursos y es patrimonio común de la humanidad. Conforma una unidad natural y a la vez jurídica, ya que todos sus componentes están delicadamente entrelazados por lo que han de considerarse en su conjunto, constituyendo un todo integrado esencial para la sustentación de la vida y el equilibrio ecológico de la tierra. De hecho el origen mismo de la vida tiene lugar en el mar, que ocupa más de setenta por ciento de la superficie del planeta, por lo que cualquier afectación sobre este recurso tan sumamente valioso tiene repercusiones innegables sobre el ecosistema entero. Ello explica el interés y la preocupación de siempre —con sus más y sus menos y de un modo u otro— por proteger el medio marino, tan complejo por sus implicaciones ambientales, sociales, políticas y económicas, tanto en el plano del Derecho Internacional como en el más reducido espacio regional, pues su degradación afecta a todos, ya que es un recurso necesariamente compartido, que no es posible fragmentar ni siquiera convencionalmente.

El medio marino determina también la configuración y la naturaleza de las zonas costeras, que es el objeto de la vigente Ley de Costas de 1988, y que en España, como Estado ribereño, cobran una especial importancia por las grandes posibilidades que ofrecen, aunque al propio tiempo son también espacios muy sensibles y de difícil recuperación en su equilibrio físico por el influjo de la población, los usos turísticos, industriales y pesqueros —entre otros—. Razón por la cual nuestra norma constitucional por vez primera y como es sabido —y por una disposición del máximo rango— configuró el carácter demanial de nuestras costas con la particularidad de que los únicos bienes a los que la Constitución atribuye directamente esa definición pertenecen precisamente al dominio público marítimo-terrestre estatal, y que es elemento fundamental sobre el que pivota la Ley de Costas. Con ello se trataba de proteger el litoral dando cabal respuesta a las reacciones proteccionistas de naturaleza medioambiental nacidas en los países europeos de nuestro entorno cultural ante las serias amenazas y los graves perjuicios que se estaban causando en el mismo, y sin que ello su-

pusiera una vulneración de los derechos de los particulares con pérdida de derechos legítimos, pues el reconocimiento del carácter colectivo de sus bienes y su uso y disfrute por los ciudadanos no podía llevar aparejado, so pretexto del mismo, la implantación de un sistema expoliador. De manera que la opción escogida por el legislador ha permitido la convivencia —aunque no siempre pacífica— entre tales intereses, y que son en buena medida contrapuestos en tanto que no siempre es coincidente el interés particular con los más elevados intereses públicos a los que sirve el dominio público marítimo-terrestre.

Han transcurrido con creces más de veinte años desde la entrada en vigor de la Ley de Costas —y también de su desarrollo reglamentario—, tiempo suficiente como para que el llamado Derecho de Costas haya alcanzado un grado de madurez tal que permita hacer un balance del mismo y replantearse muchos de sus postulados a la luz de las nuevas circunstancias, muchas de ellas de un inusitado interés, pues el hecho de que haya alcanzado la mayoría de edad no supone ni mucho menos que la cuestión esté acabada, sino que por el contrario debamos reflexionar si se ha logrado cumplir satisfactoriamente con los objetivos primordiales de protección del demanio y su área de colindancia y evaluar los resultados que se propuso el legislador, y que es lo que con todo acierto y oportunidad aborda el libro que comentamos editado por LA LEY. Un libro que persigue objetivos bien ambiciosos, pues no pretende ofrecer una panorámica del estado actual de la cuestión, que también lo hace, sino que va mucho más allá brindando una visión holística y omnicomprendensiva de la multitud de cuestiones que la compleja materia suscita, necesaria, en todo caso, en la labor incesante de mejora y perfeccionamiento del Derecho como instrumento ordenador de la convivencia.

Por eso el libro versa sobre cuestiones ya conocidas como el dominio público, los bienes que lo integran y su utilización, el deslinde administrativo o las limitaciones a la propiedad de los terrenos colindantes y las servidumbres legales, así como el régimen transitorio o la distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, tan importantes y que se examinan en las actuales circunstancias, como sucede, por ejemplo, con esto último cuando se plantean los problemas competenciales que han abocado a la situación actual y los nuevos que puedan derivarse como consecuencia de las recientes reformas estatutarias en relación con el litoral (Cataluña, Comunidad Valenciana, Andalucía e Islas Baleares), o el aprovechamiento del mar en el caso de las energías renovables que está propiciando la instalación de parques eólicos marinos (págs. 101-2). Pero también versa sobre cuestiones poco tratadas por la bibliografía específica, de especial interés, en el que destaca la parte sexta del mismo sobre políticas públicas, en donde se examinan las iniciativas internacionales y comunitarias en relación con la ordenación y gestión integrada de las zonas costeras y su claro influjo en la política costera del Estado español en los últimos años; la evolución de las políticas o estrategias que sobre el litoral han venido desarrollando los organismos competentes de la Administración General del Estado; los retos pendientes sobre el litoral y el medio ambiente marino; las iniciativas y estrategias autonómicas de las Comunidades litorales y la riqueza de sus planteamientos, etc. A ello hay que sumar, entre otros, los capítulos sobre la jurisdicción civil en la definición del dominio público marítimo-terrestre, sus efectos para combatir el deslinde y las consecuencias de sus sentencias en las de la jurisdicción contencioso-administrativa; la gestión urbanística de los espacios «puerto-ciudad»; las competencias municipales en la utilización de las playas; el estudio sobre los cánones, tasas y precios públicos por

la utilización del dominio público marítimo-terrestre; o la articulación de competencias entre la ordenación territorial y urbanística y la protección del demanio costero.

En suma, más que un libro, un verdadero tratado sobre el derecho de costas en España para cuya consecución ha sido indispensable la intervención de su Director, don Enrique SÁNCHEZ GOYANES, una de las pocas personas de este país capaz de aunar con éxito un elenco de especialistas tan significados en la materia —que superan la veintena—, como lo acredita, una vez más, con la aparición de este magnífico libro que la Editorial LA LEY nos presenta, como siempre, impecablemente editado, fácilmente manejable a pesar de su extensión, legible por el tamaño del texto y, sobre todo, por su interesante contenido, que es completo y que no deja resquicio alguno o cuestión sin tratar, como seguidamente veremos.

El libro se estructura en seis partes: Comienza con unos estudios preliminares y una sugestiva relectura de la Ley de Costas a cargo de don José Luis MEILÁN GIL, y un capítulo sobre la distribución constitucional de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, sumamente novedoso, que no pretende explicar los problemas ya solucionados por el Tribunal Constitucional en la sentencia 149/1991, sino plantear las nuevas controversias que están surgiendo como consecuencia del ejercicio de competencias autonómicas en la ordenación del litoral y la gestión del dominio público por éstas, la ordenación del territorio y el urbanismo, las infraestructuras, y las competencias sectoriales que se producen en los espacios marinos. Le sigue una parte primera sobre el dominio público marítimo-terrestre. En él se hace referencia a su concepto constitucional y legal, y la doctrina jurisprudencial, la delimitación del mismo y su incidencia en otras leyes fuertemente relacionadas (puertos, navegación marítima, seguridad marítima), el deslinde y toda su problemática aparejada: naturaleza jurídica, procedimiento, control jurisdiccional. También incluye un capítulo dedicado a la función de la jurisdicción civil y su influjo en el deslinde a que antes aludíamos. La segunda parte trata sobre las limitaciones de la propiedad sobre los terrenos colindantes, la gestión urbanística de los espacios «puerto-ciudad» cuando los puertos son desafectados por haber quedado obsoletos, la articulación de la competencias entre ordenación territorial y urbanística y la protección del demanio costero, haciendo especial hincapié en el informe sectorial de costas y su eficacia en la subsiguiente aprobación de instrumentos de naturaleza urbanística como en el de evaluación ambiental estratégica de estos últimos. La parte tercera se ocupa de la utilización del dominio público marítimo-terrestre, su uso público, las reservas demaniales, autorizaciones y concesiones, con un capítulo específico sobre la caducidad de las concesiones a cargo de don Jaime RODRÍGUEZ-ARANA, otro imprescindible sobre las competencias de los municipios en la utilización de las playas, tan complejo, y otro capítulo sobre el régimen económico-financiero de la utilización del demanio, tan ilustrativo y que en ocasiones descuidamos los administrativistas, para terminar con uno dedicado al derecho sancionador, infracciones, sanciones, régimen y procedimiento. La cuarta parte versa en profundidad sobre toda la problemática de los regímenes transitorios. Y la quinta sobre los criterios jurisprudenciales que han venido a dar respuesta a las complejas y concretas cuestiones que la normativa dejó pendiente de resolver. Por último, la sexta parte se dedica a las políticas públicas sobre la ordenación y gestión del litoral a que antes hemos hecho referencia y que se aderezan con unas atractivas reflexiones finales.

Será como siempre el lector quien juzgue la oportunidad y el acierto de la presente obra. Nosotros, por nuestra parte, no podemos sino congratularnos por la aparición de este libro que ya hemos leído con sumo interés, y que incorporaremos en nuestras bibliotecas jurídicas en el espacio reservado a aquellos de los que aprendemos de verdad y que serán objeto de múltiples consultas cada vez que tengamos inquietudes que satisfacer.

REVISTAS DE REVISTAS

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Número 278 (Octubre-Diciembre 2010)

«La teoría contractual de la sociedad anónima: una aproximación a sus fundamentos teórico-económicos», por José María GONDRA, pág. 1171.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ANTECEDENTES: 1. LA TESIS DE BERLE Y MEANS: LA REFERENCIA DE LA QUE TRAE ORIGEN EL DEBATE ACTUAL SOBRE EL «GOBIERNO CORPORATIVO». 2. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO Y DE LA PRAXIS GERENCIAL EN LOS ESTADOS UNIDOS. 3. EL GIRO DE LA POLÍTICA GERENCIAL HACIA EL «SHAREHOLDER VALUE MODEL» EN LA DÉCADA DE LOS OCHENTA.—III. LA TEORÍA ECONÓMICA SOBRE LA GRAN SOCIEDAD ANÓNIMA «ABIERTA»: 1. LA EMPRESA COMO UN ENTRAMADO DE RELACIONES CONTRACTUALES: LA TEORÍA DEL «NEXO DE CONTRATOS». 2. LA VISIÓN CONTRACTUAL DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA: DOS IDEAS ENRAIZADAS EN LA TRADICIÓN QUE DEBEN DESECHARSE. 3. LA SEPARACIÓN DE LA PROPIEDAD Y EL CONTROL EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA «ABIERTA»: UN PROBLEMA TÍPICO DE UN GÉNERO DE RELACIONES CONTRACTUALES, LAS DE AGENCIA, CUYA SOLUCIÓN ÓPTIMA SÓLO ES ALCANZABLE A TRAVÉS DE LA NEGOCIACIÓN. 4. LAS VENTAJAS QUE COMPORTA LA DISOCIACIÓN DE LA PROPIEDAD Y EL CONTROL: LA ESPECIALIZACIÓN DE FUNCIONES. 5. EL PAPEL DECISIVO DE LOS MERCADOS EN LA DISCIPLINA DE LA CONDUCTA DE LOS DIRECTIVOS Y EN LA INDUCCIÓN DE SISTEMAS EFICIENTES DE CONTROL INTERNO.—IV. LAS IMPLICACIONES NORMATIVAS DE ESTA TEORÍA ECONÓMICA.—V. UNA INCURSIÓN EN LA CIENCIA ECONÓMICA: SOBRE LA CONSISTENCIA CIENTÍFICA DE LAS TEORÍAS ECONÓMICAS: 1. LA ECONOMÍA: UNA CIENCIA SOCIAL QUE INTENTA APROXIMARSE A LAS CIENCIAS DE LA NATURALEZA, EN PARTICULAR A LA FÍSICA. 2. LAS LIMITACIONES DE LA ECONOMÍA EN EL PLANO DE LA FORMULACIÓN Y DE LA CONTRASTACIÓN DE LAS TEORÍAS. 3. LA ECONOMÍA NO SOLO EXPLICA Y PREDICE, TAMBIÉN ACONSEJA: LA FINALIDAD PERSEGUIDA POR LA TEORÍA ES FUNDAMENTAL PARA DETERMINAR SU *STATUS* CIENTÍFICO. 4. LA ECONOMÍA, UNA CIENCIA ENTREVERADA DE JUICIOS DE VALOR, CON EL AGRAVANTE DE LA OCULTACIÓN.—VI. LA TEORÍA ECONÓMICA DE LA CORPORACIÓN EN EL CONTEXTO DE LA CIENCIA ECONÓMICA: 1. UNA TEORÍA QUE SE PRESENTA COMO «POSITIVA», PERO QUE ENCIERRA UN MENSAJE «NORMATIVO» SUBLIMINAL. 2. UNA TEORÍA QUE SE SUSTENTA SOBRE ARGUMENTOS QUE ARRANCAN DE DOS ENFOQUES METODOLÓGICOS DIFERENTES. 3. UNA TEORÍA SOMETIDA A UNA CONTRASTACIÓN EMPÍRICA ESCASAMENTE FIABLE.—VII. LA OBJECIÓN FUNDAMENTAL AL ARGUMENTO QUE DISCURRE POR LA LÓGICA TRADICIONAL DEL ANÁLISIS ECONÓMICO: LA IRREALIDAD DEL MODELO DESCRIPTIVO DEL QUE PARTE: 1. EL SILOGISMO SOBRE EL QUE SE CONSTRUYE INICIALMENTE LA TEORÍA CONTRACTUAL DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA. 2. LA IRREALIDAD DE LA PREMISA MENOR: LA SOCIEDAD ANÓNIMA COMO UN «NEXO DE CONTRATOS».—VIII. EL ARGUMENTO DE ÚLTIMO RECURSO: LA SELECCIÓN NATU-

RAL DE LA COMPETENCIA GARANTIZA LA EFICIENCIA DE LAS ORGANIZACIONES EXISTENTES: 1. UNAS OBSERVACIONES GENERALES SOBRE EL ARGUMENTO DARWINISTA DE LA «SELECCIÓN NATURAL» EN LA ECONOMÍA Y EN LAS CIENCIAS SOCIALES EN GENERAL. 2. SOBRE LA EFICACIA DE LOS MERCADOS PARA DISCIPLINAR A LOS DIRECTIVOS E INDUCIR SISTEMAS MÁS EFICIENTES DE CONTROL INTERNO.—IX. CONCLUSIÓN.

«La participación de la mujer en los Consejos de Administración de las sociedades corporativas», por Elena LEIÑENA MENDIZÁBAL, pág. 1233.

SUMARIO: 1. PRESENTACIÓN.—2. MARCO LEGAL: 2.1. LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA: 2.1.1. *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres (art. 75): a) Obligatoriedad de la norma; b) Ámbito subjetivo; c) Consejo de Administración; d) Presencia paritaria; e) Plazo de cumplimiento y nombramiento; f) Incumplimiento y sanción.* 2.1.2. *Autorregulación: Código Unificado de Buena Conducta de las sociedades cotizadas (CUBC);* 2.1.3. *Planes de igualdad y responsabilidad social de las empresas: a) Distintivo de igualdad; b) Publicidad y difusión del distintivo de igualdad; c) Contratación de la Administración con empresas igualitarias.* 2.2. LEGISLACIÓN AUTONÓMICA: 2.2.1. *La Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres de Euskadi (arts. 38, 40 y 42 LI).* 2.2.2. *Las leyes de otras Comunidades Autónomas.* 2.3. LA LEGISLACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA. 2.4. LA LEGISLACIÓN NORUEGA, NORMATIVA MODELO EN RELACIÓN A LA PRESENCIA PARITARIA EN LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN.—3. LA PRAXIS EN TORNO A LA PRESENCIA PARITARIA EN LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS SOCIEDADES COTIZADAS: IBEX 35.—4. LA PARIDAD EN OTRAS ORGANIZACIONES: CAJAS DE AHORRO Y COOPERATIVAS: 4.1. CAJAS DE AHORRO. 4.2. COOPERATIVAS.—5. CONCLUSIONES.

«Fundamentos institucionales de la contratación empresarial: una teoría del Registro Mercantil», por Benito ARRUÑADA, pág. 1291.

SUMARIO: 1. RESUMEN.—2. LA ACTUALIDAD DE LA FORMALIZACIÓN EMPRESARIAL.—3. EL PAPEL DE LA «REGLA DE RESPONSABILIDAD» COMO FACILITADOR DE LAS TRANSACCIONES EMPRESARIALES DE CARÁCTER IMPERSONAL: 3.1. PROPIEDAD INMOBILIARIA. 3.2. AGENCIA. 3.3. SOCIEDAD. 3.4. GENERALIZACIÓN: EL PAPEL DE LA PUBLICIDAD CONTRACTUAL PARA ABSTRAER LA RELACIÓN DE AGENCIA Y SIMPLIFICAR LA CONTRATACIÓN SECUENCIAL.—4. REQUISITOS LEGALES PARA APLICAR LA REGLA DE RESPONSABILIDAD: RACIONALIDAD DE FORMALIZAR LA PUBLICIDAD: 4.1. PROPIEDAD MOBILIARIA. 4.2. AGENCIA. 4.3. SOCIEDAD.—5. NECESIDAD Y DIFICULTAD DE LA FORMALIZACIÓN SOCIETARIA: 5.1. CONTROL INDEPENDIENTE, PUBLICIDAD Y FORMALIZACIÓN. 5.2. DOS EXCEPCIONES QUE CONFIRMAN LA REGLA: LETRAS Y PODERES. 5.3. EL PROBLEMA DE ACCIÓN COLECTIVA Y EL COMPROMISO EN EL REGISTRO DE LOS CONTRATOS EMPRESARIALES.—6. LECCIONES EXTRAÍDAS DE CUATRO CASOS HISTÓRICOS: 6.1. LA PRIVACIDAD EN LA CONTRATACIÓN DE SOCIEDADES: LAS UNINCORPORATED COMPANIES INGLÉSAS; 6.2. LA SOLUCIÓN REGISTRAL INGLESA DE 1844. 6.3. IMPORTANCIA DE LA ORGANIZACIÓN DEL REGISTRO: EL REGISTRO FRANCÉS DE 1673. 6.4. EL INTERÉS PRIVADO EN LA PUBLICIDAD REGISTRAL OBLIGATORIA: EL REGISTRO DE

BILBAO DE 1737. 6.5. CONCLUSIONES DE LA EVIDENCIA HISTÓRICA.—7. COMENTARIOS FINALES.

«La inserción de una fundación en un grupo de empresas: Problemas jurídicos», por José Miguel EMBID IRUJO, pág. 1373.

SUMARIO: I. GRUPOS Y FUNDACIONES: UN RETO PARA EL ORDENAMIENTO JURÍDICO (A MODO DE INTRODUCCIÓN).—II. LOS FACTORES EXPLICATIVOS DE LA CONEXIÓN ENTRE GRUPOS Y FUNDACIONES: LA EVOLUCIÓN DE LA FIGURA DE LA FUNDACIÓN: 1. LA FUNDACIÓN COMO OPERADOR ECONÓMICO EN EL MERCADO, 2. EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES EMPRESARIALES POR LAS FUNDACIONES: A) *Premisa*. B) *La fundación con empresa y la figura del grupo*.—III. LOS PROBLEMAS BÁSICOS QUE SUSCITA LA INTEGRACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA FUNDACIONAL EN UN GRUPO DE EMPRESAS: ENUNCIADO Y REMISIÓN.—IV. FORMAS DE INSERCIÓN DE LA FUNDACIÓN EN LA ESTRUCTURA DE UN GRUPO DE EMPRESAS: 1. NOTAS INTRODUCTORIAS SOBRE TIPOLOGÍA Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS GRUPOS DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA ORGANIZACIÓN Y ALCANCE EFECTIVO DE LA DIRECCIÓN UNITARIA, 2. POSICIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA FUNDACIONAL EN EL GRUPO.—V. FUNCIONAMIENTO DEL GRUPO: EL POSIBLE CONFLICTO ENTRE EL FIN DE INTERÉS GENERAL PERSEGUIDO POR LA FUNDACIÓN Y EL INTERÉS DEL GRUPO COMO UNIDAD EMPRESARIAL: 1. CONSIDERACIONES PREVIAS: EL ALCANCE EFECTIVO DEL CONFLICTO ENTRE EL INTERÉS DEL GRUPO Y EL FIN DE INTERÉS GENERAL DE LA FUNDACIÓN, 2. VÍAS DE TRATAMIENTO DEL CONFLICTO ENTRE EL INTERÉS GENERAL Y EL INTERÉS DEL GRUPO: A) *El conflicto de intereses en el ámbito del grupo jerárquico: grupos centralizados y descentralizados*. B) *El conflicto de intereses en el ámbito del grupo paritario*. C) *La utilidad del contrato de grupo*: a) Consideraciones generales; b) Un ejemplo reciente de contrato de grupo en el ámbito de un grupo dirigido por una fundación: el sistema institucional de protección (SIP) y las Cajas de Ahorros.—VI. CONSIDERACIONES FINALES.

«El balance de fusión en la absorción de sociedades participadas en más de un 90 por 100», por Emilio DÍAZ RUIZ, pág. 1401.

SUMARIO: I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS ACERCA DEL BALANCE DE FUSIÓN.—II. EL BALANCE DE FUSIÓN EN LA LEY DE MODIFICACIONES ESTRUCTURALES.—III. ABSORCIÓN DE SOCIEDADES PARTICIPADAS EN MÁS DE UN 90 POR 100: a) FUSIÓN DE SOCIEDADES INTEGRAMENTE PARTICIPADAS; b) FUSIÓN DE SOCIEDADES PARTICIPADAS EN MÁS DE UN 90 POR 100, PERO SIN ALCANZAR LA TOTALIDAD DEL CAPITAL; c) EL BALANCE DE FUSIÓN EN ESTOS CASOS.

«La adopción de acuerdos por mayoría en las sociedades de personas y su particular proyección en los sindicatos de voto», por Jorge NOVAL PATO, pág. 1411.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA PARTICIPACIÓN DE LOS SOCIOS EN LA VIDA DE LAS SOCIEDADES PERSONALISTAS: 1. LA DELIMITACIÓN

LEGAL DEL ÁMBITO COMPETENCIAL DE LOS SOCIOS. 2. LA LIMITACIÓN CONTRACTUAL DE LAS FACULTADES DE LOS ADMINISTRADORES.—III. LA ADOPCIÓN DE ACUERDOS EN LAS SOCIEDADES PERSONALISTAS: 1. LA REGLA DE UNANIMIDAD EN LA ADOPCIÓN DE ACUERDOS COMO PRINCIPIO LEGAL DE NATURALEZA DISPOSITIVA. 2. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO MAYORITARIO EN LA ADOPCIÓN DE ACUERDOS: FUNDAMENTO Y ALCANCE.—IV. LA ESTIPULACIÓN DE CLÁUSULAS DE MAYORÍA EN LOS CONTRATOS DE SOCIEDAD: 1. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO MAYORITARIO. OPORTUNIDAD DE LA VIGENCIA DE UN «PRINCIPIO DE DETERMINACIÓN». 2. EL CONTROL DE LOS ACUERDOS ADOPTADOS POR MAYORÍA EN LAS SOCIEDADES PERSONALISTAS.—V. EN ESPECIAL, LOS SINDICATOS DE VOTO Y LOS ACUERDOS APROBADOS POR MAYORÍA: 1. LA ADOPCIÓN DE ACUERDOS EN EL SINDICATO: EL PRINCIPIO MAYORITARIO Y EL CONTROL DE LA VALIDEZ Y EFICACIA DE LOS ACUERDOS. 2. ALCANCE Y VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS GENERALES DE MAYORÍA SIMPLE EN LOS SINDICATOS DE VOTO.

REVISTA DE DERECHO AGRARIO Y ALIMENTARIO

Número 55 (Julio-Diciembre 2009)

«La Ley 14/2008, de Asociaciones de la Comunidad Valenciana y su relación con el medio agrario y alimentario», por Josefina ALVENTOSA DEL RÍO, pág. 7.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. ASOCIACIONES EN EL MEDIO AGRARIO Y ALIMENTARIO.—2. LA LEY 14/2008, DE 18 DE NOVIEMBRE, DE LA GENERALITAT, DE ASOCIACIONES DE LA COMUNITAT VALENCIANA. FINES Y ESTRUCTURA DE LA LEY.—3. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 14/2008.—4. RÉGIMEN JURÍDICO BÁSICO DE LAS ASOCIACIONES VALENCIANAS: 4.1. CONSTITUCIÓN DE LAS ASOCIACIONES VALENCIANAS. 4.2. ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LAS ASOCIACIONES. 4.3. POSICIÓN JURÍDICA DE LOS SOCIOS.—5. INSCRIPCIÓN DE LAS ASOCIACIONES EN EL REGISTRO DE ASOCIACIONES.—6. OTRAS DISPOSICIONES.

«El desarrollo histórico en el proceso normativo de la concentración parcelaria en Castilla y León», por Pedro ARIAS MARTÍN y María BOTET FULLAT, pág. 23.

SUMARIO: I. LA AGRICULTURA ESPAÑOLA HASTA LA PRIMERA LEY DE CONCENTRACIÓN PARCELARIA.—II. EL PROBLEMA DE LA PARCELACIÓN.—III. MEMORIA DE LA CONCENTRACIÓN PARCELARIA DE 1907.—IV. LA REALIDAD DE LA PARCELACIÓN EN ESPAÑA EN EL SIGLO XX.—V. LA PROPIEDAD Y LA CONCENTRACIÓN PARCELARIA.—VI. LA LEY DE 20 DE DICIEMBRE DE 1952.—VII. LEY DE 20 DE JULIO Y TEXTO REFUNDIDO DE 10 DE AGOSTO DE 1955.—VIII. LEY DE CONCENTRACIÓN PARCELARIA DE 14 DE ABRIL DE 1962 Y EL TEXTO REFUNDIDO DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1962.—IX. LA CONCENTRACIÓN PARCELARIA Y LA ORDENACIÓN RURAL.—X. LA ORDENACIÓN RURAL EN EL DECRETO 1/1964 Y EN LA LEY 54/1968.—XI. LOS PLANES DE DESARROLLO ECONÓMICO Y SOCIAL Y LA ORDENACIÓN RURAL.—XII. EL INSTITUTO NACIONAL DE REFORMA Y DESARRO-

LLO AGRARIO (IRYDA).—XIII. LA LEY DE REFORMA Y DESARROLLO AGRARIO.—XIV. LA ETAPA TRAS LA LEY DE REFORMA Y DESARROLLO AGRARIO.—XV. LA TRANSFERENCIA DE COMPETENCIAS A CASTILLA Y LEÓN.—XVI. LEY 14/1990, DE 28 DE NOVIEMBRE, DE CONCENTRACIÓN PARCELARIA DE CASTILLA Y LEÓN.—XVII. LEY 11/2005 DE CONCENTRACIÓN PARCELARIA DE CASTILLA Y LEÓN.

«Los contratos agrarios de tipo asociativo o de riesgo compartido. El contrato de “maquila” en Argentina», por Luis A. FACCIANO, pág. 53.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—I. EL DOBLE RIESGO DE LA ACTIVIDAD AGROPECUARIA.—II. LOS CONTRATOS AGRARIOS DE NATURALEZA O TIPO ASOCIATIVO.—III. LOS CONTRATOS AGRARIOS DE TIPO ASOCIATIVO EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA. EL CONTRATO DE MAQUILA.—IV. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE EL CONTRATO DE MAQUILA EN LA ELABORACIÓN DEL VINO.—CONCLUSIONES.

«La política agraria en la enseñanza del Derecho Agrario», por Leonardo FABIO PASTORINO, pág. 65.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. RELACIÓN DEL DERECHO AGRARIO Y LA POLÍTICA AGRARIA, PRINCIPALES OPINIONES EN LA DOCTRINA.—III. LA ESTRUCTURA AGRARIA COMO CONCEPTO DE ANÁLISIS POLÍTICO CIENTÍFICO DE LA NORMA JURÍDICA AGRARIA.—IV. LA DEFICIENCIA ESTRUCTURAL Y SU SIGNIFICACIÓN PARA EL DERECHO.—V. CONTENIDOS.

«La regulación de la publicidad de alimentos dirigida a menores en el Derecho Comparado como estrategia contra la obesidad», por Miguel Ángel RECUERDA GIRELA, pág. 77.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: LA OBESIDAD INFANTIL COMO PROBLEMA DE SALUD PÚBLICA.—2. LA INTERVENCIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS: REGULACIÓN, AUTORREGULACIÓN Y CORREGULACIÓN.—3. ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO: 3.1. FRANCIA. 3.2. BÉLGICA. 3.3. GRAN BRETAÑA. 3.4. IRLANDA. 3.5. CANADÁ: 3.5.1. *Nivel federal*. 3.5.2. *Quebec*. 3.6. OTROS PAÍSES.—4. CONCLUSIONES.

«La Ley 43/2002, de Sanidad vegetal», por Ángel SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, pág. 103.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA: 1. PRIMERA ETAPA: HASTA LA PUBLICACIÓN DE LA LEY DE PLAGAS DEL CAMPO, DE 21 DE MAYO DE 1908. 2. SEGUNDA ETAPA: DE LA LEY DE PLAGAS DEL CAMPO DE 1908 HASTA EL INGRESO DE ESPAÑA EN LA UNIÓN EUROPEA. 3. TERCERA ETAPA: DESDE EL INGRESO DE ESPAÑA EN LA UNIÓN EUROPEA HASTA NUESTROS DÍAS.—II. LA LEY 43/2002, DE 20 DE NOVIEMBRE, DE SANIDAD VEGETAL: 1. OBJETO Y FINES DE LA LEY. 2. ÁMBITO DE APLICACIÓN. 3. PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA LAS PLAGAS:

A) *Prevención*. B) *Intercambio con terceros países*. C) *Lucha contra las plagas*. D) *Ayudas e indemnizaciones en la lucha contra las plagas*. 4. MEDIOS DE DEFENSA FITOSANITARIA: A) *Sustancias activas*. B) *Productos fitosanitarios*. 5. INSPECCIONES, INFRACCIONES Y SANCIONES. 6. TASAS FITOSANITARIAS.

«Principales contratos laborales aplicables en las empresas agroalimentarias», por Luisa VICEDO CAÑADA, pág. 119.

SUMARIO: I. EL CONTRATO DE TRABAJO A TIEMPO PARCIAL POR TIEMPO INDEFINIDO FIJO-PERIÓDICO.—II. EL CONTRATO DE TRABAJO EVENTUAL.—III. EL CONTRATO DE TRABAJO FIJO-DISCONTINUO.—IV. DELIMITACIONES.

«El contrato laboral agrario», por Joaquín VIDAL VIDAL, pág. 129.

SUMARIO: I. ANTECEDENTES DEL CONTRATO LABORAL AGRARIO Y SUS MODALIDADES CONTRACTUALES.—II. DISTINTOS TIPOS DE RELACIONES LABORALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO-LABORAL ACTUAL.—III. EL CONTRATO LABORAL AGRARIO.—IV. CONCLUSIONES.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CANÓNICO

Número 169 (Julio-Diciembre 2010). Sin sumarios

«La glosa tradicional a la bula *rex pacificus* de 1234», por CARLOS LARRAINZAR, págs. 549-579.

«El lucro cesante en una sentencia salmantina de 1553, confirmada en Valladolid el año 1556», por Justo GARCÍA SÁNCHEZ, págs. 581-676.

«Orientaciones para un proyecto formativo para el seminario mayor», por José M.^a SÁNCHEZ DE LAMADRID, págs. 677-730.

«Alcuni rilievi sul valore probatorio dell'infedeltà nelle cause di nullità del matrimonio per esclusione del bonum fidei», por Giannamaria CASERTA, págs. 731-740.

«Derecho a una justicia eclesial rápida: sugerencias de *iure condendo* para agilizar los procesos canónicos de nulidad matrimonial», por Carmen PEÑA GARCÍA, págs. 741-771.

«Estudio comparado de la prueba pericial en el Ordenamiento Jurídico-Civil y Canónico», por Lourdes MIGUEL SÁEZ, págs. 773-825.

«Abusos sexuales a menores cometidos por clérigos y religiosos», por Federico R. AZNAR GIL, págs. 827-850.

«Los concordatos de Pío XII a Pablo VI (1939-1978). (1) Panorama general», por José Miguel VIEJO-XIMÉNEZ, págs. 851-887.

«La relación canónica e internacional de la Soberana Orden de Malta con la Santa Sede», por Jaime BONET NAVARRO, pág. 889-904.

REVISTA JURÍDICA DE CATALUÑA

Número 1 (2011)

«Cataluña. Estatuto de 2006, LO 6/2006, de 19 de julio, recurso de inconstitucionalidad del Grupo Parlamentario Popular», por Tomàs GUI MORI (sin sumario), pág. 9.

«La revocació de les disposicions d'última voluntat en el Llibre IV del Codi Civil», por Enric BRANCOS NÚÑEZ, pág. 47.

SUMARIO: 1. LA REGLA GENERAL.—2. LA REVOCACIÓ DE L'HERETAMENT PREVENTIU.—3. LA REVOCACIÓ DELS PACTES SUCCESSORIS MULTILATERALS DESPRÉS DE LA MORT D'UN DELS ATORGANTS.

«Los datos digitales en el proceso civil: prevención, producción y autenticación», por Francisco RAMOS ROMEU y Josep CANABATE PÉREZ, pág. 57.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. DE LA SEGURIDAD DE LA INFORMACIÓN A LA ANTICIPACIÓN AL PROCESO, PASANDO POR LA INVESTIGACIÓN DIGITAL FORENSE.—3. MODO DE PRODUCCIÓN DE LOS DATOS DIGITALES EN EL PROCESO: 3.1. SOPORTE DOCUMENTAL. 3.2. INSTRUMENTO DE ARCHIVO DE DATOS Y EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO. 3.3. LA APORTACIÓN A TRAVÉS DE TESTIGO O PERITO. 3.4. RECONOCIMIENTO JUDICIAL. 3.5. OTROS.—4. AUTENTICIDAD DE LOS DATOS DIGITALES: 4.1. ¿CÓMO SE PRUEBA LA AUTENTICIDAD DE UN DATO DIGITAL? 4.2. EJEMPLO DE LOS CORREOS ELECTRÓNICOS. 4.3. PARTICULARIDADES DE LA FIRMA ELECTRÓNICA RECONOCIDA.—5. ASPECTOS PROCESALES DE LA DENUNCIA Y VERIFICACIÓN DE LA AUTENTICIDAD: 5.1. DENUNCIA Y PROPOSICIÓN DE PRUEBA DE LA AUTENTICIDAD. 5.2. INICIATIVA DE PRUEBA DE LA AUTENTICIDAD. 5.3. ASEGURAMIENTO JUDICIAL DE LOS MEDIOS DE AUTENTICACIÓN. 5.4. PRÁCTICA DE PRUEBA SOBRE LA AUTENTICIDAD. 5.5. GASTOS DE LA VERIFICACIÓN DE LA AUTENTICIDAD. 5.6. SANCIONES POR IMPUGNACIONES TEMERARIAS.—6. VALORACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA QUE INCORPORAN DATOS DIGITALES.—7. CONCLUSIONES.—8. BIBLIOGRAFÍA.

«El silencio positivo en la Directiva de servicios y los límites a su aplicación en la jurisprudencia», por Alina del Carmen NETTEL BARRERA, pág. 99.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA ACELERACIÓN ECONÓMICA, LA SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA Y EL SILENCIO ADMINISTRATIVO.—III. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN LA DIRECTIVA DE SERVICIOS 2006/123/CE.—IV. LA MODIFICACIÓN DE LA LEY 30/1992 POR LA DENOMINADA «LEY ÓMNIBUS».—V. LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DEL SILENCIO POSITIVO EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA: EL SILENCIO POSITIVO CONTRA LEGEM EN EL DERECHO

URBANÍSTICO. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 28 DE ENERO DE 2009.—VI. CONCLUSIONES.

REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA-LA MANCHA

Número 49 (Diciembre 2010)

«La nueva distribución de competencias entre jueces y tribunales y los secretarios judiciales», por María Luisa CUENCA BURGOS, pág. 9 (sin sumario).

«Políticas públicas de empleo en Castilla-La Mancha», por M.^a Encarnación GIL PÉREZ, pág. 39.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO: 2.1 UN EMPLEO DE CALIDAD. 2.2. FOMENTO DE LA CREACIÓN Y ESTABILIDAD EN EL EMPLEO. 2.3. POLÍTICAS DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES. 2.4. EMPLEO BASADO EN LA FORMACIÓN Y CUALIFICACIÓN. 2.5. UN SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO Y CALIDAD. 2.6. POLÍTICAS BASADAS EN LA IGUALDAD Y LA CONCILIACIÓN. 2.7. CRECIMIENTO Y PRODUCTIVIDAD.—3. ESPECIAL REFERENCIA AL PLAN DE CHOQUE.—4. CONCLUSIONES.

«La nube de ceniza volcánica o la responsabilidad del transportista por retraso y cancelación de vuelo», por Karolina LYCHKOWSKA, pág. 69 (sin sumario).

«La Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de la ley de contratos del sector público en materia de recursos y su incidencia en Castilla-La Mancha», por José Antonio MORENO, pág. 97.

SUMARIO: 1. OBJETIVO Y PRINCIPALES PREVISIONES DE LA LEY 34/2010, DE 5 DE AGOSTO.—2. LA NUEVA REGULACIÓN DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN.—3. EL CARÁCTER, AHORA POTESTATIVO, DEL RECURSO ESPECIAL.—4. EL CUESTIONABLE MANTENIMIENTO DEL LIMITADO ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL RECURSO.—5. DECISIONES IMPUGNABLES Y DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO.—6. EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES.—7. LA NECESIDAD DE CREACIÓN EN CASTILLA-LA MANCHA DE UN ÓRGANO INDEPENDIENTE PARA LA RESOLUCIÓN DE LOS RECURSOS ESPECIALES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN.—8. EL RÉGIMEN SUPLETORIO PARA CASTILLA-LA MANCHA.—9. LA REGULACIÓN APLICABLE A LAS CORPORACIONES LOCALES.—10. LA ALTERACIÓN DEL CARÁCTER ANTIFORMALISTA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA CON LA APROBACIÓN DE LA LEY 34/2010.

«Sobre las declaraciones de derechos y los nuevos Estatutos de Autonomía», por Luis PRIETO SANCHÍS, pág. 125.

SUMARIO: 1. LA VOCACIÓN IUSFUNDAMENTAL DE LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA.—2. LOS DERECHOS Y LA LEY.—3. LOS DERECHOS Y LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS.—4. LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS.

«Comentario a las modificaciones introducidas por la Ley 15/2010, de 5 de julio —modificación de la Ley 3/2004, de 29-12-2004, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales— y su afectación a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público LCSP», por Jesús PUNZÓN MORALEDA y Francisco SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, pág. 151.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY 15/2010, DE 5 DE JULIO, A LA LCSP.—III. COMENTARIO AL ARTÍCULO 200.4 DE LA LCSP: 1. MODIFICACIONES EN LOS PLAZOS: LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA OCTAVA LCSP.—IV. EL NUEVO ARTÍCULO 200 BIS LCSP (PROCEDIMIENTO PARA HACER EFECTIVAS LAS DEUDAS DE LAS AA.PP.).—V. BIBLIOGRAFÍA.

REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA Y LEÓN

Número 23 (Enero 2011)

«Las gerencias municipales en Castilla y León», por Santiago A. BELLO PAREDES, pág. 7.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA AUTOORGANIZACIÓN COMO PRINCIPIO INSPIRADOR DEL RÉGIMEN LOCAL: 2.1. AUTONOMÍA LOCAL Y AUTOORGANIZACIÓN: 2.1.1. *La evolución legislativa estatal de la autoorganización municipal.* 2.1.2. *La situación normativa actual en el ámbito estatal.* 2.1.3. *La situación normativa autonómica del régimen local en Castilla y León.* 2.2. EL FENÓMENO DE LAS GERENCIAS MUNICIPALES: 2.2.1. *Una aproximación al título competencial habilitador de la creación de las Gerencias Municipales.* 2.2.2. *Concepto y significado de las Gerencias Municipales como instrumento organizativo.*—3. LAS GERENCIAS MUNICIPALES EN CASTILLA Y LEÓN: 3.1. ORIGEN, TIPOLOGÍA Y RÉGIMEN JURÍDICO EN EL DERECHO ESPAÑOL. 3.2. UN INTERESANTE EJEMPLO DE MODELO GERENCIAL: LAS GERENCIAS MUNICIPALES DE URBANISMO: 3.2.1. *La Gerencia de Fomento de Burgos.* 3.2.2. *La Gerencia Municipal de Urbanismo de Segovia.* 3.2.3. *La Sociedad Municipal de Suelo y Vivienda de Valladolid (VIVA, S. L.).* 3.2.4. *La Entidad Pública Empresarial, Patronato Municipal de Vivienda y Urbanismo del Ayuntamiento de Salamanca (EPEL).* 3.3. OTROS MODELOS GERENCIALES EN CASTILLA Y LEÓN: 3.3.1. *Las figuras de los Institutos, los Patronatos y las Fundaciones Municipales.* 3.3.2. *La figura de los consorcios.* 3.3.3. *Otras figuras gerenciales.*—4. CONCLUSIONES.—ANEXO I. RELACIÓN DE ORGANISMOS MUNICIPALES EXISTENTES EN CASTILLA Y LEÓN.—ANEXO II. RELACIÓN DE CONSORCIOS CON PARTICIPACIÓN MUNICIPAL EN CASTILLA Y LEÓN.—BIBLIOGRAFÍA.

«Claves de la evolución del urbanismo comercial. La implantación de grandes establecimientos comerciales en Castilla y León», por Tomás QUINTANA LÓPEZ, pág. 67.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL URBANISMO COMERCIAL INTERVENCIONISTA Y PROTECTOR.—3. UN PRETENDIDO URBANISMO CO-

MERCIAL NUEVO: 1.1. LIBERTAD DE ACCESO A LAS ACTIVIDADES DE SERVICIO Y SU EJERCICIO. EN GENERAL. 1.2. EL NUEVO SISTEMA DE IMPLANTACIÓN DE ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES: 1.2.1. *Las reglas de la legislación estatal*. 1.2.2. *La implantación de establecimientos comerciales en Castilla y León*: 1.2.2.1. Consideraciones generales. 1.2.2.2. La implantación de los grandes establecimientos comerciales. La licencia comercial.

«La cooperación horizontal: un impulso tan necesario como esperado», por Francisco Javier MATIA PORTILLA, pág. 105.

SUMARIO: 1. PRESENTACIÓN Y ESQUEMA DE TRABAJO.—2. EL MARCO JURÍDICO: 2.1. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: EL ARTÍCULO 145.2 CE. 2.2. LA LEY 30/1992. 2.3. LAS NORMAS ESTATUTARIAS: 2.3.1. *Sobre la no regulación de los supuestos, requisitos y términos de los Convenios*. 2.3.2. *Sobre la delimitación de los convenios y acuerdos de cooperación: principios generales*. 2.3.3. *Sobre la delimitación de los convenios y acuerdos de cooperación: principios específicos*.—3. LA INTERVENCIÓN PARLAMENTARIA: 3.1. EN EL PLANO AUTONÓMICO. 3.2. EN EL PLANO ESTATAL.—4. DE LA TEORÍA A LA PRÁCTICA: RAZONES PARA EL OPTIMISMO.—5. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES, A MODO DE CONCLUSIÓN: 5.1. DE NORMAS QUE NO SE CUMPLEN Y DE ACIERTOS PRÁCTICOS EN LA TRAMITACIÓN DE CONVENIOS DE COOPERACIÓN. 5.2. MÁS CONCERTACIÓN Y CON MÁS ACTORES.—6. BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA.

«El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales», por Antonio M.^a JAVATO MARTÍN, pág. 145.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. ASPECTOS HISTÓRICOS.—3. EL CONCEPTO PENAL DE FUNCIONARIO PÚBLICO: 3.1. PARTICIPACIÓN EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA: 3.1.1. *El concepto de función pública*. 3.1.2. *El alcance del término «participación»*. 3.2. LOS TÍTULOS DE HABILITACIÓN O DE PARTICIPACIÓN: 3.2.1. *Disposición inmediata de la ley*. 3.2.2. *Elección*. 3.2.3. *Nombramiento de autoridad competente*.—4. EL CONCEPTO PENAL DE AUTORIDAD: 4.1. LOS AGENTES DE LA AUTORIDAD.

«El valor probatorio del expediente administrativo», por César TOLOSA TRIBIÑO, pág. 205.

SUMARIO: 1. LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.—2. EL CONCEPTO DE EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO.—3. EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO Y EL CARÁCTER REVISOR DE LA JURISDICCIÓN.—4. LA PRUEBA PRACTICADA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMO PRUEBA EN SENTIDO PROPIO.—5. LA PRUEBA PRACTICADA EN EL PROCEDIMIENTO COMO PRUEBA PRECONSTITUIDA.—6. LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS (DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS).—7. ALGUNOS PROBLEMAS ESPECÍFICOS DE DETERMINADOS MEDIOS DE PRUEBA: 7.1. LOS ESPECÍFICOS PRO-

BLEMAS DE LA PRUEBA PERICIAL. 7.2. LOS PROBLEMAS ESPECÍFICOS DE LA PRUEBA TESTIFICAL.—8. LOS PROBLEMAS DEL RECIBIMIENTO A PRUEBA.

«El Derecho Consuetudinario en el Derecho Público de Castilla y León», por Alberto GÓMEZ BARAHONA, pág. 231.

SUMARIO: 1. LA COSTUMBRE COMO FUENTE DEL DERECHO: 1.1. INTRODUCCIÓN. 1.2. LA COSTUMBRE COMO FUENTE DEL DERECHO. 1.3. LA PRUEBA DE LA COSTUMBRE.—2. LA COSTUMBRE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE CASTILLA Y LEÓN: 2.1. PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES. 2.2. PREVISIÓN ESTADUTARIA. 2.3. LA LEGISLACIÓN DE RÉGIMEN LOCAL DE CASTILLA Y LEÓN: 2.3.1. *El Régimen de Concejo Abierto*. 2.3.2. *Mancomunidades o Comunidades de Tierra o de Villa y Tierra o de Ciudad y Tierra, Asocios, Reales Señorios, Universidades, Comunidades de Pastos, Leñas, Aguas y otras entidades asociativas tradicionales*. 2.3.3. *Los bienes comunales*.—3. ALGUNAS MANIFESTACIONES PARTICULARES DE LA COSTUMBRE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO-ADMINISTRATIVO DE CASTILLA Y LEÓN: 3.1. LA FACERÍA Y LA VECERA O VECERÍA. 3.2. LOS FETOSINOS SEGOVIANOS.—4. CONCLUSIONES.

ANUARIO DA FACULDADE DE DEREITO DA UNIVERSIDADE DA CORUÑA Número 14 (2010)

«Alegaciones jurídicas de la Edad Moderna en la biblioteca universitaria de Santiago de Compostela», por Eduardo CEBREIROS ÁLVAREZ, pág. 9.

«La diligencia profesional: un concepto clave del nuevo Derecho contra la competencia desleal», por Rafael GARCÍA PÉREZ, pág. 23.

«Bemerkungen zum verhältnis der privatrechtsangleichung in Europa zur rü-mischrechtlichen tradition», por Gábor HAMZA, pág. 39.

«La *mutua pecunia* erogata al *filius in potestate patris*: presupposti e obiettivi della disciplina normativa», por Sara LONGO, pág. 59.

«Un siglo sin nombre: de la mitad del siglo XIII a la mitad del siglo XIV», por Enma MONTANOS FERRÍN, pág. 75.

«Sobre el holocausto: el imperativo de la memoria en el ámbito del derecho y de la historia», por Óscar PÉREZ DE LA FUENTE, pág. 91.

«La progresiva sustitución del latín universitario por las lenguas vernáculas», por Luis RODRÍGUEZ ENNES, pág. 121.

«El tráfico ilícito de personas por mar y la acción de las organizaciones internacionales», por Montserrat ABAD CASTELOS, pág. 137.

«Derecho a la vivienda y reformas estatutarias», por Miguel AGUDO ZAMORA, pág. 163.

- «A catalogación urbanística do patrimonio cultural galego», por Carlos AMOEDO SOUTO, pág. 185.
- «El concepto de Derecho Administrativo: una visión ideológica», por Luis José BÉJAR RIVERA, pág. 213.
- «El *ius honorum* en la antigua Roma», por María José BRAVO BOSCH, pág. 229.
- «Evolução histórica dos procedimentos processuais de proteção das garantias fundamentais nas constituições brasileiras», por Gerson CALATROIA, pág. 249.
- «Análisis de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, desde los puntos de vista de la prevención y de la psicología de las organizaciones», por Miguel CLEMENTE DÍAZ y Adela REIG BOTELLA, pág. 265.
- «La representación y participación de las Comunidades Autónomas españolas y los “Länder” alemanes al nivel del Estado. Un estudio comparado», por Maximilien CLASMEIER, pág. 277.
- «La prestación de desempleo en la reciente doctrina jurisprudencial», por Luis Fernando DE CASTRO MEJUTO, pág. 293.
- «Reflexiones a propósito del artículo 129.2 de la Constitución Española», por Angélica DÍAZ DE LA ROSA, pág. 311.
- «La relevancia del factor cultural en el Derecho Internacional Contemporáneo», por Carlos R. FERNÁNDEZ LIESA, pág. 325.
- «Dez anos de mediación familiar en Galiza», por Xulio FERREIRO BAAMONDE, pág. 339.
- «Mercantilización e precarización do coñecemento: o proceso de Boloña», por Xulio FERREIRO BAAMONDE, pág. 363.
- «El proceso de integración europea en relación con la descentralización de los Estados miembros», por Manuel FONDEVILA MARÓN, pág. 385.
- «El silencio administrativo tras la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de enero de 2009», por Marta GARCÍA PÉREZ, pág. 421.
- «Estirpazione della criminalità organizzata: un obbligo costituzionale inderogabile», por Gladio GEMMA, pág. 441.
- «Las pequeñas empresas y el derecho individual del trabajo en los Estados Unidos», por Jesús MARTÍNEZ GIRÓN y Alberto ARUFE VARELA, pág. 461.
- «La responsabilidad patrimonial de los centros sanitarios concertados. Incidencia de los aspectos procesales en la reapertura de una polémica», por Antonio Evaristo GUDIN R. MAGARIÑOS, pág. 471.
- «La política criminal del enemigo: riesgo y tecnologías de control en tiempos excepcionales», por Agustina IGLESIAS SKULJ, pág. 505.

- «Administración Pública y función registral», por José Luis MEILÁN GIL, pág. 525.
- «El derecho a un proceso público en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», por Ciro MILIONE, pág. 549.
- «La huelga en el poder judicial», por Lara MUNÍN SÁNCHEZ, pág. 573.
- «Las lenguas y los derechos lingüísticos en la Unión Europea», por José NORONHA RODRIGUES, pág. 587.
- «Marco jurídico internacional y europeo de la protección civil», por J. Daniel OLIVA MARTÍNEZ, pág. 605.
- «El nuevo régimen de intervención administrativa en las entidades locales de Galicia, tras la trasposición de la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior», por Carlos PÉREZ GONZÁLEZ, pág. 635.
- «Una década de mirada problematizada sobre los menores infractores (o lo que subyace a las sucesivas reformas de la Ley Orgánica 5/2000)», por José Antonio RAMOS VÁZQUEZ, pág. 665.
- «Jurisdicción contencioso-administrativa, derechos fundamentales y principios rectores de la política económica y social», por Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, pág. 681.
- «La tutela jurídica de las estatuas privadas sitas en lugares públicos en la Roma republicana», Rosalía RODRÍGUEZ LÓPEZ, pág. 701.
- «La “veciña” en Galicia. Trazos históricos y cuestiones sobre su regulación», por Ramón P. RODRÍGUEZ MONTERO, pág. 721.
- «Consecuencias aplicativas de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre sucesión de empresa», por Ricardo P. RON LATA, pág. 749.
- «Control y vigilancia de las fronteras en los diferentes espacios marítimos», por José Manuel SOBRINO HEREDIA y Gabriela ALEXANDRA OANTA, pág. 759.
- «Unión Europea y globalización. Reflexiones en torno al poder constituyente en una Europa federal», por Javier TAJADURA TEJADA, pág. 789.
- «La constitucionalización del acceso a la información pública gubernamental en México», por Guillermo A. TENORIO CUETO, pág. 805.
- «El delito de trata de personas: análisis del nuevo artículo 177 bis CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación», por Carolina VILLACAMPA ESTIARTE, pág. 819.
- «Las fuentes internacionales mundiales reguladoras del derecho sindical y su localización a través de internet», por Iván VIZCAÍNO RAMOS, pág. 867.

«Derecho del trabajo y derecho de la Seguridad Social, ¿enemigos o gemelos? Paralelismos. Entre el derecho del trabajo y el derecho de la Seguridad Social en Alemania», por Ulrich ZACHERT, pág. 881.

«La investigación de los crímenes del franquismo: entre el procesamiento por prevaricación abierto contra el juez Baltasar Garzón y la querrela presentada en Argentina en virtud del ejercicio de la jurisdicción universal», por Mónica ZAPICO BARBEITO, pág. 891.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL Número 2 (2009)

«La “cuestión ártica” y el Derecho Internacional», por Joaquín ALCAIDE FERNÁNDEZ, pág. 381.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS PRETENSIONES DE SOBERANÍA EN EL OCEANO ÁRTICO: 1. LAS DELIMITACIONES MARÍTIMAS. 2. ESPECIAL REFERENCIA AL CASO NORUEGO, EL RÉGIMEN INTERNACIONAL DEL ARCHIPIÉLAGO SPITSBERGEN (SVALBARD) Y LA POSICIÓN DE ESPAÑA. 3. LOS PASOS INTEROCEÁNICOS NOROESTE Y NORDESTE: ¿NECESIDAD DE UN RÉGIMEN JURÍDICO INTERNACIONAL ESPECÍFICO? 4. ¿...Y LAS ISLAS DE HIELO?—III. COOPERACIÓN Y DIVERSIDAD DE FOROS INTERNACIONALES: GLOBALIZACIÓN POLÍTICA EN EL OCEANO ÁRTICO: 1. LA DIVERSIDAD DE FOROS INTERNACIONALES. 2. EL EJEMPLO DEL CONSEJO ÁRTICO EN EL MARCO DEL DESARROLLO DE UN DERECHO «BLANDO» DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL. 3. NUEVAS PERSPECTIVAS GLOBALES DE COOPERACIÓN ÁRTICA DE LA UE.—IV. REFLEXIONES FINALES.

«Las obligaciones de promoción y protección de las inversiones extranjeras en la segunda generación de APPRI españoles», por Francisco José PASCUAL VIVES, pág. 411.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA SISTEMATIZACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE PROMOCIÓN DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS: 1. LA CONSIDERACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE PROMOCIÓN COMO UNA OBLIGACIÓN DE COMPORTAMIENTO. 2. LOS EFECTOS JURÍDICOS DERIVADOS DE LA PROGRESIVA AMPLIACIÓN DEL CONTENIDO DE LA OBLIGACIÓN DE PROMOCIÓN.—III. LA CONSOLIDACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS: 1. EL NÚCLEO DURO DE LA OBLIGACIÓN DE PROTECCIÓN: A) *La concepción autónoma del trato justo y equitativo*. B) *El alcance restringido de las cláusulas de TN y NMF*. 2. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL EN LOS CASOS DE EXPROPIACIÓN INJUSTIFICADA Y DAÑOS EN LA INVERSIÓN EXTRANJERA RESULTANTES DE UN CONFLICTO INTERNO: A) *La elevada concreción del régimen previsto para las expropiaciones injustificadas*. B) *La escasa concreción del régimen previsto para los daños resultantes de un conflicto interno*. C) *La reparación del daño y la cuantía de la indemnización*. 3. OTROS MECANISMOS ADICIONALES PARA LA PROTECCIÓN DE LA INVERSIÓN: A) *La obligación de garantizar la libertad de las transferencias*. B) *La generalización de las cláusulas de cobertura*.—IV. CONSIDERACIONES FINALES.

«El Derecho Sucesorio islámico: principios informadores y excepción de orden público internacional», por Irene BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, pág. 441.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. LA SUCESIÓN EN DERECHO ISLÁMICO: UNA APROXIMACIÓN A SUS CARACTERES.—III. LOS PRINCIPALES ESCOLLOS HACIA SU RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA: ¿HASTA DÓNDE EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL?: 1. MUERTE CIVIL DEL APÓSTATA. 2. INCAPACIDAD PARA HEREDAR POR CAUSA DE RELIGIÓN. 3. DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO. 4. LA SITUACIÓN DE LOS HIJOS ILEGÍTIMOS.—IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.

REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

Número 122 (Mayo-Agosto 2010)

«Derecho e historia: acotaciones británicas al endeudamiento de los países pobres», por León CORTIÑAS-PELÁEZ, pág. 13.

«Las transformaciones del Derecho agro-alimentario o la historia de un vínculo», por François COLLART DUTILLEUL, pág. 65.

«Los grupos de sociedades en el Perú», por Daniel ECHAIZ MORENO, pág. 83.

«Reflexión en torno al tema de *derecho y economía*», por Jorge Enrique ROMERO PÉREZ, pág. 131.

«Los servicios públicos en la legislación costarricense actual», por Mario A. RAMÍREZ GRANADOS, pág. 171.

«Nociones fundamentales del realismo jurídico», por M. Sc. Francisco J. CAMPOS ZAMORA, pág. 191.

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: S.T.S. 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 debatido 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 (S.T.S. 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.