

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 • Enero-Febrero 2011 • Núm. 723

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
28013 Madrid

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente

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

Comisión ejecutiva

Don 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

«Crítica a la tesis procesalista de la adquisición derivada de la ejecución de un embargo, doctrina obsoleta y superada (en defensa de la doctrina jurisprudencial consagrada en la STS de 5 de marzo de 2007)», por FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO	11
«Pluralidad de responsables de un daño al medio ambiente. El artículo 11 de la Ley de Responsabilidad Medioambiental», por CARLOS GÓMEZ LIGÜERRE	31
«De la cláusula arbitral en materia de consumo», por ÍÑIGO MATEO Y VILLA	79
«Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal», por FERNANDO P. MÉNDEZ GONZÁLEZ	139
«Hombre y persona. Personalidad. Capacidad e incapacidad. Discapacidad y vejez», por JOAQUÍN RAMS ALBESA	211

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

«Consideraciones sobre la hipoteca flotante: el nuevo artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria», por JOSÉ IGNACIO CANLE FERNÁNDEZ	299

DICTÁMENES Y NOTAS

«A propósito de varias sentencias de nuestro Tribunal Supremo sobre la responsabilidad de las deudas contraídas por un cónyuge casado bajo el régimen de gananciales», por MARÍA EUGENIA SERRANO CHAMORRO	367

DERECHO COMPARADO

- «Protección tabular de los datos descriptivos de las fincas en Australia: un estudio comparado con el sistema español», por LUIS JAVIER ARRIETA SEVILLA, PENNY CARRUTHERS y NATALIE SKEAD 419

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

- Resumen de Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, coordinado por JUAN JOSÉ JURADO JURADO 453

ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general:

- Los menores y el derecho a la imagen, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE 469

1.2. Derecho de familia:

- La patria potestad: modificación, suspensión, privación, exclusión, recuperación y extinción, por ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT 479

1.3. Derechos reales:

- La inscripción de la cláusula de sustitución fideicomisaria en el Registro de la Propiedad, por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA 535

1.4. Sucesiones:

- El llamamiento de los hijos en la sustitución fideicomisaria condicional *si sine liberis decesserit*: igualdad en materia sucesoria y prohibición de discriminación por razón de filiación adoptiva, por MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ 550

1.5. Obligaciones y contratos:

- La donación de bienes inmuebles encubierta bajo la forma de una compraventa otorgada en escritura pública: el problema de la simulación y la forma, por ROSANA PÉREZ GURREA 569

1.6. Responsabilidad civil:

- Indemnización de los daños morales por ruptura de la relación paterno-filial cuando los progenitores son privados indebidamente de la compañía y relación de sus hijos por la Administración, por LOURDES TEJEDOR MUÑOZ 584

1.7. Concursal civil:

- ¿Es competente el juez del concurso para el conocimiento de las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos a la actividad empresarial?, por TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS 608

2. MERCANTIL

- La nulidad absoluta de los derivados financieros por incumplimiento de la normativa MIFID, por FRANCISCO REDONDO TRIGO 625

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

- Constancia registral de los créditos por gastos de urbanización en los procesos concursales, por JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ 656

ACTUALIDAD JURÍDICA

- Información legislativa y de actividades 667

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS:

- «La dignidad de las personas con discapacidad: Logros y retos jurídicos», de INMACULADA VIVAS TESÓN, por MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ 697

ESTUDIOS

Crítica a la tesis procesalista de la adquisición derivada de la ejecución de un embargo, doctrina obsoleta y superada (en defensa de la doctrina jurisprudencial consagrada en la STS de 5 de marzo de 2007)

por

FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO
*Registrador de la Propiedad adscrito a la DGRN.
Vocal permanente de la Comisión General de Codificación.
Consejero secretario de la RCDI*

SUMARIO

1. PLANTEAMIENTO.
2. LA EJECUCIÓN DIRECTA DERIVA DE LA HIPOTECA QUE ES UN DERECHO REAL.
3. CARÁCTER CONSTITUTIVO DE LA HIPOTECA: LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA SE BASA EN LOS ASIENTOS DEL REGISTRO.
4. INOPONIBILIDAD DE LOS TÍTULOS NO INSCRITOS FRENTE AL REMATANTE DE BIENES NO PERTENECIENTES AL EJECUTADO QUE INSCRIBE SU TÍTULO DE ADJUDICACIÓN.
5. LA FE PÚBLICA REGISTRAL EN LA ADJUDICACIÓN EN FAVOR DEL REMATANTE QUE REÚNE LOS REQUISITOS DEL ARTÍCULO 34 LH.
6. LA PROTECCIÓN DEL MERCADO SECUNDARIO HIPOTECARIO.
7. CONCLUSIONES.

1. PLANTEAMIENTO

En el número 721 de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, se ha publicado un trabajo sobre *Los límites a la eficacia de la inscripción del remate (crítica de la doctrina jurisprudencial iniciada por la STS de 5 de marzo de 2007)*, de ÁLVAREZ CAPEROCHIPI. La tesis de ÁLVAREZ CAPEROCHIPI niega la aplicación del principio de fe pública registral en las adjudicaciones derivadas de la ejecución de un embargo. El rematante —a juicio de este autor— no tendría otra protección que la que tuviera ya el propietario.

Es cierto que la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* no se identifica necesariamente con las opiniones sostenidas por sus colaboradores, y así se afirma en la primera página de la revista. Pero ello no empee la posibilidad de manifestar expresamente la discrepancia cuando las opiniones vertidas son claramente desajustadas al ordenamiento jurídico y obsoletas al estar superadas por la evolución normativa y jurisprudencial.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI hace afirmaciones tan atrevidas como la siguiente: «*el juzgado que ejecuta puede no controlar la realidad física o entidad superficial de los bienes subastados y en ciertos casos aún se desconoce la realidad física o entidad superficial de los bienes subastados (...); la finca embargada puede no existir o puede ser difícil de identificar (...) puede existir una doble inmatriculación y el juez tiene que seguir la ejecución (...), el Registro no garantiza la propiedad a non dominio sino que el rematante es el que tiene que averiguar primero y defender después la realidad y exactitud de la titularidad inscrita y rematada (...) el rematante debe respetar las relaciones posesorias constituidas sobre el bien embargado antes de la anotación del embargo (...) el remate no puede asimilarse a una compraventa onerosa, pues es un acto de naturaleza aleatoria que no se funda en el precio justo, ni proviene de titular registral (...)*» (1), etc. Como consecuencia de ello, considera ÁLVAREZ CAPEROCHIPI que el juicio ejecutivo no declara derechos, sólo realiza bienes; el rematante no adquiere la propiedad que le transmite el titular registral, sino que se subroga en la posición de éste por orden del juez, de manera que «*la eficacia del remate queda traicionada por la dependencia del proceso ejecutivo, que se hace efectiva por la anotación preventiva; y por mucha buena fe que tenga el rematante o por muy inscrita que esté la propiedad a favor del titular registral, el remate no es inscribible si a lo largo del proceso ejecutivo caduca la anotación preventiva*» (sic) (2). Concluye que «*la publicidad registral no debe extenderse al remate*» (3).

(1) ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José A., «Los límites a la eficacia de la inscripción del remate (crítica de la doctrina jurisprudencial iniciada por la STS de 5 de marzo de 2007)», en *RCDI*, septiembre-octubre de 2010, núm. 721, págs. 2045 y sigs.

(2) *Op. cit.*, pág. 2056.

(3) *Op. cit.*, pág. 2075.

Estas afirmaciones son claramente inexactas. Es llamativo —por poner un ejemplo— que considere que el remate no es inscribible si ha caducado la anotación preventiva, cuando eso en absoluto es así, pues la no anotación del embargo no impide su ejecución; lo que ocurre —y es una cosa totalmente distinta— es que si existen derechos anotados con posterioridad, la cancelación de la anotación de embargo determinará su avance en rango y si existen terceros titulares de derechos inscritos con posterioridad, no podrá inscribirse la adjudicación por impedirlo el principio de prioridad registral (*ex art. 17 LH*) (4).

Además de inexactas estas afirmaciones, son injustas respecto de la actuación judicial, pues si bien es verdad que los mandamientos de embargo que se presentan en los Registros pueden adolecer de defectos en la designación de los inmuebles objeto de ejecución, no son mayores que los que se producen en otros ámbitos de titulación inscribible y además no son atribuibles al órgano judicial sino a la descripción de los mismos en el título de propiedad o en el título constitutivo de la hipoteca —si se trata de ejecución directa sobre bienes hipotecados—, pues la ejecución se basará en la descripción contenida en los mismos.

(4) Así lo establece claramente la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (véase, por todas, la Resolución de 30 de junio de 2007). En nuestro Derecho registral se sigue un sistema de avance de puestos y no de reserva de rango, por virtud del cual, cancelado el asiento correspondiente a un gravámen, los posteriores avanzan en posición pasando a ser registralmente cargas anteriores o preferentes. Por el contrario, si se ha inscrito la enajenación judicial durante la vigencia de la anotación preventiva del embargo trabado en garantía de su efectividad, se consuma la virtualidad de la anotación y de ahí que el artículo 206 del Reglamento Hipotecario disponga su cancelación; la prioridad ganada por la anotación se traslada a la enajenación y, por eso, las cargas y gravámenes posteriores que habían sido registrados sin perjuicio de los derechos del anotante (art. 71 de la Ley Hipotecaria) no sólo no se liberan de aquella restricción, sino que sufren el pleno desenvolvimiento de la misma, esto es, la subordinación respecto de la enajenación judicial alcanzada, lo que determina la extinción de tales cargas y la consiguiente cancelabilidad de los asientos respectivos, si se observaron en el proceso de ejecución todos los trámites legalmente previstos en garantía de las mismas. Así pues, con la inscripción de la enajenación judicial subsiste registralmente la preferencia del proceso de ejecución entablado y sus consecuencias últimas sobre esas cargas posteriores, y por ello es indudable la eficacia cancelatoria del mandato dictado por el juez que conoció de aquél, conforme a los artículos 1518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 17, 40, 79, 83, 84, 131-7.^a y 133 de la Ley Hipotecaria, y 175-2.^a y 233 del Reglamento Hipotecario, si en él consta el cumplimiento de los trámites aludidos (Resolución de 28 de julio de 1989). En cuanto a la posibilidad de inscribir el testimonio de auto de adjudicación de una finca cuando en el momento en que aquél se presenta en el Registro ha caducado la anotación preventiva de embargo correspondiente y dicha finca está ya inscrita a favor de persona distinta de aquella en cuyo nombre el Juez otorga la transmisión, los principios de tracto sucesivo (art. 20 de la Ley Hipotecaria) y legitimación (art. 38 de la misma Ley), incluso el de prioridad (art. 17 de la Ley Hipotecaria) obligan a denegar la inscripción de dicha adjudicación, ya que no es posible practicar asiento alguno que menoscabe o ponga en entredicho la eficacia de los asientos vigentes, si no es con el consentimiento del respectivo titular registral o por resolución judicial dictada en procedimiento entablado directamente contra él (arts. 1, 20, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria).

Por otra parte se desenfoca la cuestión. Los problemas derivados de la falta de adecuación de la descripción literaria de las fincas a la realidad física, en absoluto pueden servir de argumento para negar la aplicación de la fe pública registral a las adjudicaciones derivadas de procesos ejecutivos, aunque sea el ordinario —más aún si se trata de una ejecución directa sobre bienes hipotecados—. La existencia de problemas en la identificación de los inmuebles, posibles dobles inmatriculaciones, dificultades de identificación en su descripción, etc., no son problemas distintos de los que se producen en el ámbito de las escrituras públicas, y nada tienen que ver con la naturaleza de la inscripción derivada de una ejecución. Estos problemas se dan también en las transmisiones voluntarias onerosas *inter vivos* y no se discute la aplicación del principio de fe pública en ese ámbito con carácter general. Dicho de otra forma, en caso de dobles inmatriculaciones en las transmisiones onerosas voluntarias, podrá en un caso concreto producirse la neutralización de los efectos de la fe pública y acudir a soluciones puramente civiles, pero eso no lleva a la negación con carácter general del principio.

Finalmente son afirmaciones desconocedoras de la situación actual de la publicidad registral en relación con la base física que le sirve de respaldo. El esfuerzo inmenso realizado —normativo y material— en orden a la coordinación de la descripción literaria de las fincas con la realidad física, es ostensiblemente ignorada en esta concepción doctrinal, que se olvida del entramado de disposiciones normativas tendentes a asegurar la coordinación del Registro con la realidad física (5). Esto llevará a la superación de la jurisprudencia, según la cual la fe pública registral no se extiende a datos de hecho, porque una vez efectuada por el registrador la validación de la coordinación entre la descripción registral de la finca y las bases gráficas, la cuestión ya no será de mero hecho, sino una verdadera situación jurídica protegida por el principio de legitimación del artículo 38 LH (6).

(5) Artículo 53 de la Ley 13/1996, que reguló la necesaria constatación registral de la referencia catastral de la finca; artículo 26 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, sobre obligaciones de información de notarios y registradores con el Catastro; reforma del artículo 9 de la Ley Hipotecaria por Ley 24/2001, sobre incorporación al Registro de bases gráficas catastrales; reforma del artículo 298 del Reglamento Hipotecario por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, para impedir inmatriculaciones sin certificación catastral descriptiva y gráfica en términos totalmente coincidentes con el título inscribible; Real Decreto 1093/1997, sobre normas complementarias al Reglamento Hipotecario en materia urbanística; Instrucciones de la DGRN, de 26 de marzo de 1999 y 2 de marzo de 2000, sobre implantación de bases cartográficas en los Registros de la Propiedad, etc.

(6) El TS tiene declarado en efecto que con independencia de que pueda atribuirse o no a dicha parte la condición de «tercero hipotecario» protegido por el Registro de la Propiedad, tal protección no abarca la existencia real de la finca y mucho menos su extensión superficial, cuyo dato, pese a poder figurar en la inscripción, ninguna garantía supone para los adquirentes en cuanto a su realidad; lo que igualmente conlleva la desestimación del motivo cuarto en tanto que el resultado del expediente sobre mayor cabida de la finca no puede hacerse valer por la entidad ahora recurrente alegando su pretendida condición

Más grave es el hecho de que ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ se refiera a todo tipo de ejecuciones, aunque sean como consecuencia del ejercicio de una acción hipotecaria (ejecución directa sobre bienes hipotecados). Al menos no lo excluye claramente.

Esta posición puramente procesalista de la adjudicación derivada del embargo, incluida la ejecución hipotecaria, ni siquiera es original. La tesis nace de una concepción puramente procesalista de la hipoteca, fundamentalmente debida a los trabajos de CARNELUTTI (7), seguidos en España por FENECH (8). Fue abiertamente combatida por ROCA SASTRE por considerar la hipoteca exclusivamente en los dominios del Derecho procesal y negar su consideración de derecho real.

En efecto, consideró ya ROCA SASTRE que la teoría procesalista estaba ya entonces a la baja, pues la hipoteca es ante todo una institución de carácter civil, donde el aspecto material o de derecho real nunca falta, a diferencia del elemento procesal que puede no producirse nunca. ROCA SASTRE niega que el acto de constitución de la hipoteca sea de naturaleza procesal ni equiparable al embargo, y demuestra la inconsistencia de esa tesis al demostrar que durante la fase de seguridad de la hipoteca (antes de la ejecución), desenvuelve plenamente sus efectos ya como derecho real: afección de los bienes al pago de la obligación cualquiera que sea el titular del bien; acción de devastación para el caso de que se reduzca el valor de la garantía reconocida en el artículo 117 LH; o la subrogación en las cantidades abonadas en caso de expropiación *ex* artículo 110 LH (9).

2. LA EJECUCIÓN DIRECTA DERIVA DE LA HIPOTECA QUE ES UN DERECHO REAL

La tesis procesalista de la ejecución tiene el grave peligro de contaminar la ejecución directa sobre bienes hipotecados, que aunque tiene especialidades, participa hoy en día del carácter general de la ejecución regulada en la LEC. Y aunque luego veremos que también la inscripción de la ejecución derivada

de «tercero hipotecario». Esta Sala ha declarado con reiteración que la fe pública del Registro asegura la existencia y contenido jurídico de los derechos reales inscritos, pero no garantiza la exactitud de los datos de mero hecho relativos a la inscripción de la finca, quedando ello sometido al resultado de las pruebas practicadas (sentencias de 30 de octubre de 1961, 16 de abril de 1968, 3 de junio de 1989; y, como más recientes, las de 5 de junio de 2000, 6 de julio de 2002, 15 de abril de 2003, 30 de junio de 2010).

(7) CARNELUTTI, Francesco, *Processo di esecuzione*, Pavoda, 1929-1931.

(8) FENECH NAVARRO, Miguel, *Recepción de la hipoteca en el Derecho Procesal*, Madrid, 1952.

(9) ROCA SASTRE, Ramón María, *Derecho Hipotecario*, Barcelona, Bosch, 2.ª ed., 1979, pág. 214.

de un embargo determina la protección del adquirente o rematante, esto ocurre así con mucha más razón en la ejecución directa sobre bienes hipotecados, que derivan de un derecho real de inscripción constitutiva como es la hipoteca.

El carácter de derecho real de la hipoteca en nuestro Derecho no puede ser discutido, ya que atribuye ésta a su titular una inmediata potestad sobre una cosa determinada, ejercitable *erga omnes*, originando una acción que puede ser hecha efectiva contra cualquier tercer adquirente de los bienes hipotecados. Así lo entendió la Exposición de Motivos de la primitiva Ley Hipotecaria —parece mentira que haya que recordar esto a estas alturas—, diciendo que «*la hipoteca es un verdadero derecho real adherido al cumplimiento de las obligaciones a que sirve de garantía, y que sigue siempre a la cosa hipotecada, cualesquiera que sean las manos a que pase y a pesar de los cambios que ocurran en la propiedad que grave*». Y así también lo proclaman los artículos 1876 del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria, al decir que la hipoteca «*sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre los que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida*». Y el artículo 1858 del propio Código, al conceder al acreedor el derecho de realización del valor de la cosa. Igualmente el carácter de derecho real de la hipoteca se deriva del artículo 405 del Código Civil que al regular los derechos de terceros ante la división de una copropiedad establece que: «*La división de una cosa común no perjudicará a tercero, el cual conservará los derechos de hipoteca, servidumbre u otros derechos reales que le pertenecieran antes de hacer la partición*»; por su parte, el artículo 2 de la LH en su número 2.º señala que se inscribirán «*los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera derechos reales*».

Como todo derecho real, y conforme a la doctrina del título y el modo en la adquisición de derechos reales (cfr. arts. 609 y 1095 CC), tiene un origen contractual, al menos en el caso de la hipoteca voluntaria. Es necesario un contrato causal (en nuestro caso la causa es garantizar una obligación principal) seguido de la *traditio* o entrega, si bien, en materia de hipoteca tal requisito aparece embebido o desplazado por la inscripción en el Registro de la Propiedad, pues es uno de los supuestos excepcionales de inscripción constitutiva (cfr. art. 1875 CC). Pero una vez que se cumple con el título (contrato causal de garantía hipotecaria) y con el modo (escritura pública más inscripción constitutiva), nace la dimensión más importante de la hipoteca, la de ser un derecho real.

Carecen por tanto hoy en día de sentido las tesis negatorias de la hipoteca como derecho real, como fueron la teoría obligacionista y la procesalista. La teoría obligacionista, que configuraba la hipoteca como obligación real, esto es, un crédito contra quien sea propietario del inmueble hipotecado. Su prin-

cipal defensor fue Crome y la esencia de la teoría está en aplicar a la hipoteca el juego propio de la *obligatio ob rem*, es decir, una obligación cuyo deudor está determinado e individualizado no personalmente sino *ob rem*, o sea, en cuanto es titular de una cosa o de un derecho real sobre la misma. Esta teoría aparece hoy abandonada, salvo en relación a la hipoteca en garantía de rentas u obligaciones periódicas (cfr. art. 157 LH, ya que el rematante se subroga *ex lege* en las obligaciones garantizadas) (10).

La tesis procesalista en este contexto está también abandonada. Esta tesis que considera que la hipoteca confiere al acreedor, sobre determinada finca, una facultad o poder puramente procesal, una acción tendente a la efectividad de la deuda mediante la venta forzosa de la finca, es claramente contraria a la protección que el Registro de la Propiedad proporciona a todo tercero que reúna los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. ROCA SASTRE desbarató claramente la teoría procesalista considerando que si bien en la hipoteca pueden verse dos lados, el sustancial o de derecho material y el procesal o complementario, es evidente que se trata de una institución de Derecho Civil, mientras que el aspecto procesal es de carácter potencial, ya que puede no darse; y además no logra explicar los efectos y derechos que atribuye la hipoteca antes de la ejecución (acción de devastación, cesión, subhipoteca, mercado secundario).

Hoy en día la jurisprudencia ha determinado el enterramiento definitivo de esta posición, al señalar el Tribunal Supremo en su sentencia —de unificación de doctrina— de 5 de marzo de 2007 (Sala de lo Civil) que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria salva el defecto de titularidad o de poder de disposición del transmitente, de manera que el adquirente en subasta judicial derivado del apremio que inscribe su adquisición en el Registro de la Propiedad queda protegido aunque existieran actos dispositivos anteriores no inscritos realizados por el deudor. Por tanto, si en la ejecución ordinaria el adquirente que inscribe queda protegido frente a títulos no inscritos, haciendo su adquisición irreivindicable en caso de falta de titularidad civil del embargado —salvo que se ejercite tercera de dominio oportunamente (véase art. 594 CC)—, con más razón ocurrirá esto en la ejecución directa sobre bienes hipotecados, que además de ser una modalidad del procedimiento de ejecución se basa en un derecho real como la

(10) Aún puede citarse la corriente doctrinal minoritaria para la que hipoteca es una modalidad de la Haftung, es decir, de uno de los dos elementos (débito y responsabilidad) que tradicionalmente se distinguen en el vínculo obligatorio. En España sigue esta tesis VALLET, que tras recoger la doctrina de la distinción de ambos elementos, debido y responsabilidad, como relaciones totalmente separadas y distintas, dice que: «*La hipoteca no pasa de ser parte integrante de la obligación. Es el Haftung, convencional o legalmente concentrado preferentemente en una cosa determinada*». Además de responder de la deuda todos los bienes del deudor, responde especialmente el bien hipotecado. Pero ya hemos visto la jurisprudencia y la doctrina se manifiestan abrumadora y mayoritariamente a favor del carácter jurídico real del derecho de hipoteca.

hipoteca donde rigen plenamente los principios de inoponibilidad y fe pública registral (11).

Ningún sentido tiene plantear la revisión de esta doctrina, que no sólo está realizada con vocación de permanencia y de unificación de criterio, sino que está plenamente justificada en una interpretación armónica de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, con pleno sentido de la realidad económica y del tráfico jurídico. La tesis diferenciadora de la doble venta y la venta de cosa ajena, que negaba la protección registral al adquirente en virtud de título posterior, a pesar de la inscripción, cuando el primer título estaba consumada por la tradición o entrega (y que por tanto limitaba la protección en caso de que hubiera transcurrido poco tiempo entre ambos compraventas y sin haberse consumado la primera por la *traditio*), además de carecer de base legal firme en el artículo 1473 del Código Civil —que para nada hace esa diferenciación— sino que suponía un desconocimiento —al menos inaplicación— del juego del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, y limitaba la protección de la fe pública registral al subadquirente —y no al primer adquirente—, con flaco favor al sistema general de seguridad jurídica. La doctrina jurisprudencial inicial (cuya evolución se recoge claramente en la citada sentencia de 5 de marzo de 2007) ha quedado claramente superada, en beneficio de la seguridad y eficacia del tráfico jurídico. ¡Qué flaco favor para la sociedad sería tratar de resolver el caso concreto en función de la equidad, cuando se pone en tela de juicio todo un entramado normativo de seguridad jurídica y del desarrollo económico! A veces se olvida el criterio hermenéutico contenido en el artículo 3, apartado 2 del Código Civil. Por tratar de proteger al primer comprador poco diligente por el mero hecho de que consumara la tradición o entrega, se perjudicaría al también comprador diligente que inscribe primero confiando en los asientos registrales, y sobre todo se vendría abajo el sistema en base al cual es posible la inversión y la articulación de todo un mercado inmobiliario e hipotecario (tanto primario como secundario, como veremos posteriormente).

(11) Sobre la aplicación de la fe pública registral al derecho real de hipoteca, véase STS de 20 de marzo de 2007, en la cual se afirma: En conclusión, la sentencia objeto de este recurso ha infringido el artículo 34 de la Ley Hipotecaria respecto a (...) S. A., que es un tercero hipotecario protegido por la fe pública registral, tal como expone en el motivo segundo de su recurso de casación. Asimismo, era tercero hipotecario la CAJA (...) respecto a su derecho real de hipoteca que se inscribió sobre la finca cuyo titular registral recibió el préstamo que fue garantizado por la hipoteca; reúne todos los presupuestos de la cualidad de tal, incluso el de buena fe, como desconocimiento de la inexactitud del registro o como creencia en la exactitud del mismo: es un estado de conocimiento, no de conducta. Lo que es claro —y lo dice la propia sentencia recurrida— es que al adquirente no se le exige una investigación en los libros del Registro a fin de tener conocimiento exacto de su corrección y a fin de constatar que no hay causas que provoquen la ineficacia de su adquisición que conste en el anterior historial jurídico de la finca.

3. CARÁCTER CONSTITUTIVO DE LA HIPOTECA: LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA SE BASA EN LOS ASIENTOS DEL REGISTRO

Determina el artículo 130 LH que el procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados solo puede ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo. Este precepto, en la redacción dada por la Ley 41/2007, confirma el carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca y explica que sólo lo inscrito tiene relevancia en la ejecución directa sobre bienes hipotecados. De ahí que no puedan acceder al Registro aspectos del título constitutivo de la hipoteca que sean nulos.

El artículo 130 LH ha servido de base a la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 1 de octubre de 2010, para superar la tesis inicial de la mera transcripción de cláusulas financieras, considerando que todo lo inscrito tiene trascendencia en la ejecución hipotecaria, como ocurre con las cláusulas de vencimiento anticipado. Esa es la razón de que no puedan acceder al Registro cláusulas nulas por contrarias a un precepto imperativo.

Por eso ningún sentido tiene negar que el rematante no sea tercero protegido por la fe pública registral por no adquirir de titular registral, requisito imprescindible para la aplicación del artículo 34 LH. En la ejecución directa sobre bienes hipotecados, el rematante claramente debe adquirir de titular registral. Todo el procedimiento se basa en ello, hasta el punto de que la omisión de algún trámite de llamada al procedimiento del titular registral determinaría la nulidad del procedimiento (véase art. 132 LH, que considera que uno de los extremos más importantes que debe calificar el registrador es que se ha demandado y requerido de pago al deudor, hipotecante no deudor y terceros poseedores que tengan inscrito su derecho en el momento de expedirse certificación de cargas; a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de la ejecución ordinaria, donde la omisión de las comunicaciones no impide la inscripción —vid. art. 660.2 LEC—) (12).

4. INOPONIBILIDAD DE LOS TÍTULOS NO INSCRITOS FRENTE AL REMATANTE DE BIENES NO PERTENECIENTES AL EJECUTADO QUE INSCRIBE SU TÍTULO DE ADJUDICACIÓN

Volviendo a la ejecución ordinaria debe analizarse la protección dispensada al rematante. El embargo no es un derecho real, a diferencia de la hipoteca.

(12) No sería así válido el procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados dirigido sólo contra el tercer poseedor de los bienes que no tenga inscrito su título de adquisición en el Registro de la Propiedad. La demanda y requerimiento a terceros poseedores no inscritos que conozca el acreedor hipotecario, no exime de la llamada al procedimiento del titular registral, sea deudor o hipotecante no deudor.

Y por ello pueden vencerle tercerías de dominio y de mejor derecho, siempre que se ejerciten antes la aprobación del remate y auto de adjudicación. Pero la posibilidad de preferencias de créditos, y la consideración de la anotación del embargo como una afección al procedimiento más que a un crédito determinado, no significa que la adjudicación derivada de la ejecución ordinaria no sea una verdadera transmisión, y que el adquirente no quede protegido por la fe pública registral.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ considera que el rematante en una adjudicación derivada de una ejecución de un embargo no está protegido por la fe pública registral y cita en apoyo de su tesis negatoria de los efectos registrales frente al rematante, que la publicidad registral de la ejecución no protege al adquirente frente a limitaciones legales de dominio. Nuevo argumento equivocado, pues esto ocurre así también en las transmisiones voluntarias onerosas, donde existe excepcionales supuestos donde no rige el principio de inoponibilidad (tanteos y retractos legales, servidumbres continuas y aparentes, hipotecas legales tácitas) y no por ello se niega la aplicación de la fe pública registral con carácter general.

En realidad no son supuestos de excepción al artículo 34, sino más bien al artículo 32 —inoponibilidad de cargas no inscritas—; pero es que además no son más que eso: excepciones, supuestos excepcionales que —aunque debieran *lege ferenda* ir desapareciendo, no suponen argumento alguno para defender la inaplicación del principio de fe pública registral al rematante de la ejecución ordinaria —más aún en la hipotecaria— (13).

Además la tesis de este autor es contradictoria. En efecto, lo curioso de la teoría defendida por ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ es que sí admite el juego del principio de inoponibilidad del artículo 32 LH en favor del adquirente, lo que indirectamente supone reconocer que el rematante tiene la condición de titular de un derecho real, pues en otro caso no sería aplicable. Reconoce este autor que tras la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil por Ley 1/2000, los artículos 1512 y 1518 de la LEC establecen la cancelación, tras el remate, de los asientos posteriores a la anotación preventiva de embargo y por tanto *la ineficacia de los títulos fehacientes no inscritos* (14). Por tanto está admitiendo el autor, que ventas anteriores al embargo queden ineficaces frente a la adjudicación en favor del rematante que inscriba.

Y es que en efecto, el adquirente que inscribe su título en una subasta judicial queda ya protegido frente a títulos no inscritos que no ejercieron oportunamente la correspondiente tercería de dominio. Así lo dispone rotundamente el artículo 594 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al establecer:

(13) Es llamativo que una de las principales aspiraciones del Forum Group, para la integración del mercado hipotecario en la Unión Europea, es la progresiva disminución de cargas ocultas frente a la hipoteca (véase Libro Verde de la Comisión Europea sobre integración del mercado hipotecario, Bruselas 19 de julio de 2005).

(14) *Op. cit.*, pág. 2066.

«1. El embargo trabado sobre bienes que no pertenezcan al ejecutado será, no obstante, eficaz. Si el verdadero titular no hiciese valer sus derechos por medio de la tercería de dominio, no podrá impugnar la enajenación de los bienes embargados, si el rematante o adjudicatario los hubiera adquirido de modo irreivindicable, conforme a lo establecido en la legislación sustantiva. 2. Lo dispuesto en el apartado anterior se entenderá sin perjuicio de las acciones de resarcimiento o enriquecimiento injusto o de nulidad de la enajenación».

No cabe duda que la referencia a la legislación sustantiva no es otra que la legislación hipotecaria, que a su vez exige que el adquirente sea de buena fe, adquiera de titular registral e inscriba su título (cfr. art. 34 LH). Reuniendo estos requisitos, el adquirente en un procedimiento de apremio (ya se acuda a subasta, o a cualquiera de los medios de realización previstos en la LEC —a los que por cierto ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ ni menciona—) quedará protegido frente a las acciones de nulidad que pudieran interponerse. La onerosidad, al tratarse de ejecución forzosa, se dará siempre.

Por tanto, si se admite la eficacia de la adjudicación derivada de un embargo —pues no es la anotación la que lo atribuye, sino que no se haya interpuesto tercería y se haya inscrito el título de adjudicación— y que son ineficaces los títulos anteriores no inscritos aunque sean fehacientes, se está afirmando también la protección de la publicidad registral a los rematantes.

5. LA FE PÚBLICA REGISTRAL RIGE EN LA ADJUDICACIÓN EN FAVOR DEL REMATANTE QUE REÚNE LOS REQUISITOS DEL ARTÍCULO 34 LH

Por tanto podemos concluir con la afirmación de que la fe pública registral rige plenamente en favor del rematante de bienes inmuebles que en procedimiento de ejecución sobre los mismos los adquiere en subasta pública, o en cualquiera de los medios de realización previstos en la LEC y reúne los requisitos del artículo 34 LH. Si la ejecución es dirigida contra titular registral, el rematante tiene buena fe e inscribe su título, ninguna duda hay de que reunirá los requisitos del tercero llamado hipotecario, pues en la transmisión forzosa hay onerosidad.

En consecuencia el rematante queda protegido frente a los riesgos de evicción por vicios del título del transferente, en particular por la falta de titularidad del ejecutado (15).

(15) Sobre la eficacia de la inscripción en el Registro de la Propiedad y el juego de la fe pública registral frente a los riesgos de evicción, véase MÉNDEZ GONZÁLEZ, *De la publicidad contractual a la titulación registral*, Thomson-Civitas, 2008. Según este autor,

La aplicación al rematante del principio de fe pública registral es afirmada sin ambages, con gran claridad, por la sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de marzo de 2007, que ha unificado la doctrina jurisprudencial en este extremo (16).

el proceso de creación del Registro es la historia de la superación de las insuficiencias funcionales de la posesión y del Derecho común mediante el reforzamiento de la posición del adquirente a título oneroso y de buena fe, como medio de potenciación y reforzamiento de la seguridad del tráfico. Mientras que el Derecho común se basa en que nadie puede transmitir más derechos de los que él mismo tiene —*nemo dat quod non habet*— y es propio de ámbitos en los que no se ha generalizado la economía de mercado, la ley hipotecaria —fundamentalmente tras la reforma de 1944— introduce un nuevo esquema o paradigma, basado en la inscripción como medio de desarrollo del mercado inmobiliario, y que no va dirigida a publicar una transmisión ni a dar plena eficacia al título contractual, sino a ser título adquisitivo mismo del derecho. La inscripción es de naturaleza inmunitadora y formalmente constitutiva. La fe pública registral, proclamada en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, significa —en términos similares a la autonomía del derecho incorporado al título cambiario— que la posición jurídica del segundo y tercer adquirentes viene delimitada por el tenor literal de la inscripción, como si su adquisición fuera originaria, y sin subrogarse en la posición personal del transmitente. La inscripción determina que no sean oponibles al adquirente excepciones que un *tradens* anterior pudiera oponer a su propio *tradens*, y que sin embargo, son eficaces entre partes. A diferencia de la escritura pública, con valor probatorio *inter partes*, la inscripción en el Registro de la Propiedad dirime el conflicto de titularidades; por eso la inscripción no publica el derecho, sino que es el derecho mismo.

(16) Según el Tribunal Supremo la doctrina sobre el artículo 34 de Ley Hipotecaria comprende dos extremos: primero, que este precepto ampara las adquisiciones *a non domino* precisamente porque salva el defecto de titularidad o de poder de disposición del transmitente que, según el Registro, aparezca con facultades para transmitir la finca; y segundo, que el mismo artículo no supone necesariamente una transmisión intermedia que se anule o resuelva por causas que no consten en el Registro, ya que la primera parte de su párrafo primero goza de sustantividad propia para amparar a quien de buena fe adquiera a título oneroso del titular registral y a continuación inscriba su derecho, sin necesidad de que se anule o resuelva el de su propio transmitente. Esto último se comprende mejor si la conjunción «aunque» se interpreta como equivalente a «incluso cuando», o imaginando antes de aquélla un punto y coma en vez de una coma, y mejor aún si se recuerda que la Ley de 30 de diciembre de 1944, de reforma hipotecaria, antecedente inmediato del vigente Texto Refundido aprobado por Decreto de 8 de febrero de 1946, suprimió el artículo 23 de la ley anterior, equivalente al 32 del vigente texto, por considerarlo innecesario tras el fortalecimiento de la posición del tercero del artículo 34 y la consagración del principio de la fe pública registral como elemento básico del sistema. Por eso el preámbulo de dicha ley reformadora, al explicar la precisión del concepto de «tercero» que se llevaba a cabo en el artículo 34, aclaraba que por tal se entendería «únicamente al tercer adquirente, es decir, al causahabiente de un titular registral por vía onerosa. Podría, es verdad, haberse sustituido la palabra “tercero” por la de “adquirente”, pero se ha estimado más indicado mantener un término habitual en nuestro lenguaje legislativo». Sobre si el embargo trabado sobre una finca que no era ya propiedad del ejecutado por habérsela vendido a otro determina o no la nulidad del acto adquisitivo del tercero en procedimiento de apremio pues, de ser nulo, la inscripción no tendría efecto convalidante por impedirlo el artículo 33 de la Ley Hipotecaria, afirma el Tribunal Supremo que el apartado 1 del artículo 594 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 parece inclinarse por la validez de «la enajenación», aunque la posterior remisión del mismo apartado a la legislación sustantiva y la referencia del apartado 2 del mismo artículo a la posible «nu-

Ningún sentido tiene hoy en día considerar que no existe venta para negar la aplicación de la fe pública a las ejecuciones. Es una imprecisión ab-

lidad de la enajenación» no dejen de plantear ciertas dudas. Pues bien, aun cuando no corresponda ahora a esta Sala interpretar dicho artículo 594, ya que la adquisición de que se trata en el presente recurso fue muy anterior a su entrada en vigor, sí procede fijar como doctrina que la circunstancia de no pertenecer ya al ejecutado la finca embargada, por habérsela transmitido a otro pero sin constancia registral de la transmisión, no determina la nulidad del acto adquisitivo del tercero por venta judicial o administrativa, pues precisamente por tratarse de una circunstancia relativa al dominio y carecer de constancia registral no puede impedir la adquisición del dominio por quien confió en el Registro y a su vez inscribió. Se trata, en definitiva, de un efecto combinado de los principios de inoponibilidad y de fe pública registral que sacrifican el derecho real de quien no inscribió, pudiendo haberlo hecho, en beneficio de quien sí lo hizo después de haber confiado en el Registro. Podrían tal vez objetarse en contra de tal solución razones de justicia material, pero la lectura de los preámbulos y exposiciones de motivos de nuestras leyes hipotecarias y de sus reformas revela que el objetivo a alcanzar fue siempre, sobre todo, la «certidumbre del dominio», «la seguridad de la propiedad» como «condición más esencial de todo sistema hipotecario» porque «si esta no se registra, si las mutaciones que ocurren en el dominio de los bienes inmuebles no se transcriben o no se inscriben, desaparecen todas las garantías que puede tener el acreedor hipotecario» (Exposición del Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861). De ahí que los reformadores de 1909 se quejaron de los «relativamente escasos» resultados de la ley de 1861, «en lo que se refiere a la vida económica de la nación»; y que el preámbulo de la Ley de 30 de diciembre de 1944, de Reforma hipotecaria, identificara como «propósito inquebrantable» de la misma el de «acometer, con las mayores probabilidades de éxito, la ya inaplazable solución» a los problemas consistentes en que aún se hallara sin inscribir «más del 60 por 100 de la propiedad», se hubiera iniciado una «corriente desinscribitoria» y se estuviera retrocediendo paulatinamente a un «régimen de clandestinidad». Además, la justicia de la solución opuesta, es decir, no proteger a quien de buena fe adquirió confiando plenamente en el sistema legal, resulta más que dudosa. Y de otro lado, desde el Real Decreto 2537/1994, de 29 de diciembre, sobre colaboración entre Notarías y Registros de la Propiedad para la Seguridad del Tráfico Jurídico Inmobiliario, hasta la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso de la productividad, y la reforma del Reglamento Notarial por Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, se ha reforzado muy considerablemente la información en tiempo real sobre la situación registral de las fincas al tiempo de otorgarse escrituras públicas relativas a derechos reales sobre las mismas y, a su vez, se ha reducido notablemente el tiempo para la debida constancia registral de tales escrituras, lo que supone tanto una garantía normativa añadida para quien adquiere confiando en el Registro como un estímulo normativo más para que quien adquiere no deje de inscribir su derecho. Ciertamente esas razones de justicia pueden parecer especialmente poderosas cuando se considera la situación de los compradores de viviendas en documento privado, impedidos por ello de inscribir su adquisición, que se vean privados de su propiedad, pese a haber entrado en posesión de las viviendas compradas, cuando se sigue un procedimiento de apremio contra la entidad vendedora, titular registral, y tal procedimiento culmina con la venta judicial o administrativa a un tercero que inscribe su adquisición. Pero no lo es menos que tal situación es una consecuencia necesaria de nuestro sistema registral y que su remedio habrá de buscarse, en la etapa inicial, en las garantías normativas y contractuales de las cantidades entregadas a cuenta del precio; en su etapa intermedia, en la tercería de dominio; y en su etapa final, en la demostración de la ausencia de buena fe del tercero o, incluso, en la tercería de mejor derecho sobre el producto de la venta judicial o administrativa, y desde luego siempre sin perjuicio de las acciones personales, e incluso penales, que procedan contra el vendedor o, en su caso, de los derechos cuyo reconocimiento proceda obtener en el concurso.

soluta decir, en apoyo de tal afirmación, que en la ejecución es el juez el que vende. En todo apremio judicial o administrativo se sustituye por la autoridad judicial o administrativa la decisión del titular del derecho ejecutado, pero eso no significa convertir al juez en vendedor (17). Además existen otras vías de ejecución forzosa distinta de la subasta, como el convenio de realización o la adjudicación a través de entidad especializada, que descartan todo valor a la tesis procesalista que ve en la ejecución un acto de venta por el órgano judicial. Eso no es así y si el titular registral hipotecante es objeto de ejecución, el vendedor —en la ejecución forzosa— sigue siendo él, aunque su voluntad sea suplida por el juez, por lo que cabe la concurrencia de ese requisito —el de adquirir de titular registral— exigido por el artículo 34 LH.

Lo explica con claridad la STS de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 17 de mayo de 2010 (18).

También se descarta por sí sola la afirmación de ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, para negar la aplicación de la fe pública registral, de que no hay título oneroso sino aleatorio (i) en las adjudicaciones judiciales. Basta con comprobar que como toda transmisión onerosa está sujeta al Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (19).

En definitiva en la ejecución directa sobre bienes hipotecados, como también en el apremio ordinario, cabe aplicación en favor del rematante del principio de fe pública registral, siempre claro está que inscriba su título y cumpla con los demás requisitos de la fe pública registral. Entre ellos la buena fe, que quedaría solo desvirtuada si en el mismo folio de la finca apareciera un asiento que la desvirtuara (20).

(17) Llamativo sería entender que el juez está sometido al pago de los impuestos que genera la transmisión, como la plusvalía o impuesto sobre el incremento de valor de los bienes de naturaleza urbana.

(18) Señala la STS de 17 de mayo de 2010, que en una transmisión de derechos reales, como la propiedad, la condición de transmitente y adquirente no resulta afectada por el modo en que se efectúe la transmisión, ya que, sea la misma voluntaria o forzosa (caso de la subasta judicial), el transmitente es el titular del derecho real que se cede, abstracción hecha de quien sea el órgano que formalice o documente dicha transmisión. En realidad, el Juez se limita a encauzar la venta, impuesta forzosamente al propietario-deudor, pero no lo suplanta si no es, exclusivamente, en el plano instrumental, ya que, en el plano de los derechos reales, la propiedad se transmite directamente del propietario-deudor al adquirente-adjudicatario, sin que tal propiedad haya pasado de aquél al Juez y de éste al adjudicatario; y es que el Juez, en la suplantación que hace del deudor, se limita a dictar el auto de adjudicación (en lugar de la escritura de venta que en su caso debería realizar el propio deudor —según los antiguos arts. 1514 y 1515 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, LEC, ahora reformados por la Ley 10/1992, que los ha adecuado al sistema imperante en el art. 131 de la Ley Hipotecaria, LH, en el que el auto judicial aprobatorio de la adjudicación es, por sí solo, el título y el modo transmisivo—).

(19) Cfr. artículo 39 del Reglamento del ITP y AJD aprobado por Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo.

(20) Sobre la necesidad de que sólo pueden enervar la fe pública registral los asientos reflejados en el mismo folio de la finca, y no en otros, véase STS de la Sala de lo Civil,

La aplicación del principio de fe pública registral conlleva la protección del rematante frente a eventuales adquirentes extrarregistrales, sin que ni siquiera proceda la indemnización a éstos. En este sentido es sumamente clarificadora la STS de la Sala 1.^a de 5 de noviembre de 2010 (21).

Si esto es así en el ámbito de las ejecuciones ordinarias, con más razón debe darse cuando se trata de un procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados. En este caso, el rematante en un procedimiento de ejecución hipotecaria, no sólo tendrá la protección derivada del artículo 594 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino la más específica del artículo 32 LH, conforme al cual los títulos relativos al dominio y otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero. Dicho de otra forma; a diferencia

de 30 de junio de 2008, según la cual los terceros adquirentes gozan de condición de tercero de buena fe a los efectos del artículo 34 LH y al cual no le son oponibles ninguna de las excepciones contempladas en el mismo cuerpo legal —como sería, en este caso, el art. 38 LH para supuestos de doble inmatriculación—. Así, en la sentencia de 2 de junio de 2003 —reiterado en la de 21 de febrero de 2005—, se establece literalmente que «La cuestión jurídica parte de la presunción de exactitud registral, expresión de la eficacia del sistema registral, y en la misma, la presunción *iuris et de iure*, plasmada en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, conocida como principio de fe pública registral que protege decisivamente al adquirente, que es tercero hipotecario, haciendo que lo que no consta en la inscripción registral, no le afecta, en el sentido de que se le mantiene, cuando adquiere de buena fe y a título oneroso, en su adquisición, confiado en lo que expresa el Registro. Los presupuestos para la aplicación del principio los enumera el primer párrafo de dicho artículo: adquisición de un derecho de quien aparezca en el Registro con facultades para transmitirlo, buena fe, a título oneroso e inscripción del derecho. Todos los requisitos parecen concurrir en el presente caso. Sin embargo, las sentencias de instancia le niegan el primero de ellos, ya que en el Registro de la Propiedad consta también la inscripción de las fincas reivindicadas a favor de la Fundación demandante. Lo cual es cierto, pero esta inscripción no se halla en el folio registral de la finca adquirida. Cuando el artículo 34 de la Ley Hipotecaria prevé la protección *iuris et de iure* al tercero hipotecario, lo hace sobre la base de que le alcanza siempre que la causa que haga ineficaz su adquisición (como el caso, el más frecuente y el de éste, de falta de poder de disposición por el transmitente) no conste en el mismo Registro, lo cual significa que no consta en el folio real de la finca en cuestión; es decir, que el tercero hipotecario confía en la transmisión y la adquisición, basado en lo que expresa el folio real de la finca objeto de su adquisición; pero no, en lo que pueda resultar del conjunto de los libros del Registro, como si se obligara a todo adquirente, si quiere ser considerado tercero hipotecario, a realizar una exhaustiva investigación para comprobar si en el Registro aparece, en otro folio real de otra finca, una causa de ineficacia que pueda alcanzar a su adquisición.

(21) Esta sentencia de 5 de noviembre de 2010 se refería a un supuesto en que una inmobiliaria había seguido de mala fe un expediente de dominio para la reanudación de tracto sucesivo con la finalidad de cerrar el folio registral del verdadero propietario. Con posterioridad, aquélla lo vende a un adquirente de buena fe protegido por la fe pública registral. El propietario, cuyo folio registral había sido cerrado por el expediente de dominio, lo vende a otra inmobiliaria distinta, que paga 30.000 euros por ella, a pesar de saber que ya existía un tercero protegido por la fe pública registral. El TS rechaza la demanda de más de 200.000 euros, que por valor del terreno, reclamaba la inmobiliaria que compró y no pudo inscribir por estar inscrito el título del comprador de buena fe.

de lo que ocurre en el ámbito del embargo, donde el adquirente en virtud de título no inscrito puede interponer tercería de dominio antes de que se apruebe el remate y se expida el título de adjudicación, de manera que el rematante no queda protegido salvo que no triunfe o no se ejercite la tercería; tratándose de hipoteca ni siquiera cabe tercería, dado su carácter de derecho real —máxime al ser de inscripción constitutiva—.

Como dice la sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de septiembre de 2001, a efectos de tercería de dominio, a lo que ha de atenderse es a la fecha en la que el embargo tuvo lugar, al actuar éste como medida cautelar para asegurar la efectividad del crédito en su día, pero sin alterar la naturaleza del mismo. Corresponde al tercerista la carga de demostrar su titularidad a la fecha de la traba, resultando irrelevante la adquisición llevada a cabo en momento posterior o en fecha que sólo gana eficacia después del embargo. En cuanto a la anotación registral de embargo, no tiene valor ni eficacia constitutiva, a diferencia de lo que ocurre con la hipoteca, por lo que su incidencia en la tercería de dominio se remite al tiempo del embargo, que existe jurídicamente desde que la autoridad judicial lo decreta, con independencia de su anotación en el Registro, que no puede condicionar su existencia (22). En caso de hipoteca, dada su condición de derecho real y de carácter constitutivo, no caben tercerías de dominio.

La imposibilidad de interponer tercería de dominio frente a la hipoteca, además de en su naturaleza de derecho real, tiene una justificación económica evidente, pues estar basada en la necesidad de articular todo el sistema financiero que quebraría, de existir, la posibilidad de que pudiera hacerse valer frente al acreedor hipotecario —cesionarios o partícipes— que el hipotecante no fuera verdadero propietario.

6. LA PROTECCIÓN DEL MERCADO SECUNDARIO HIPOTECARIO

La no aplicación del principio de fe pública registral en las ejecuciones derivadas de la hipoteca dejaría sin base sólida al mercado secundario hipotecario. Si realmente la naturaleza de la hipoteca fuera meramente procesal, carecería de soporte sólido la titulización de las carteras hipotecarias y su negociación en mercados secundarios (23).

(22) Sentencias del Tribunal Supremo, de 27 de enero de 1991, 7 de enero y 23 de abril de 1992, 24 de febrero de 1995, 14 de mayo de 1996, 9 de abril de 1997 y 22 de diciembre de 1998.

(23) La regulación de la hipoteca como base de la emisión de títulos negociables (bonos, cédulas, participaciones hipotecarias, certificados de transmisión hipotecaria) está contenida fundamentalmente en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, desarrollada por el Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, que permite

Todo este mercado secundario quedaría en entredicho de tener algún viso de viabilidad la tesis procesalista de la hipoteca.

a los Bancos, entidades oficiales de crédito, Cajas de Ahorro, Confederación Española de Cajas de Ahorro, Cooperativas de crédito y Establecimientos financieros de crédito, conceder préstamos, garantizados con hipoteca ordinaria inmobiliaria o de máximo constituida con el rango de primera sobre el pleno dominio de la totalidad de la finca, para financiar la construcción, rehabilitación y adquisición de viviendas, obras de urbanización y equipamiento social, la construcción de edificios agrarios, turísticos, industriales y comerciales y cualquier otra obra o actividad. Para que los capitales invertidos en tales préstamos no queden inmovilizados, dichas entidades puede emitir bonos, cédulas y participaciones hipotecarias, que son títulos-valores que incorporan créditos contra la entidad, garantizados con los créditos hipotecarios que ésta tiene frente a terceros. Se diferencian de las obligaciones hipotecarias ordinarias, en que en éstas la obligación queda garantizada con la hipoteca constituida al efecto, mientras que en las cédulas, bonos y participaciones, la garantía se constituye sobre la cartera de créditos hipotecarios ya existentes de la entidad emisora con un tercero.

En cuanto a las condiciones que deben tener los préstamos y créditos para ser objeto de titulización en el mercado secundario, la Ley 41/2007 ha clarificado que sirve de garantía a la emisión toda la cartera hipotecaria (todas las hipotecas que consten inscritas a favor de la entidad emisora); no obstante, no cabe realizar emisiones de cédulas más allá del porcentaje máximo fijado en la ley (80 por 100) calculado —esta vez sí— sobre los préstamos hipotecarios que reúnan las condiciones del mercado hipotecario (ser primera hipoteca, no tener cargas anteriores). Todos los titulares de valores hipotecarios gozan de acción ejecutiva para reclamar de la entidad emisora el principal e intereses a sus respectivos vencimientos (arts. 14 y 15, párrafo 4.º de la Ley 2/1981). La diferencia entre bonos, cédulas y participaciones es importante:

1. Bonos hipotecarios son títulos valores negociables cuyo capital e intereses están especialmente garantizados sin necesidad de inscripción registral, por hipoteca sobre los préstamos y créditos hipotecarios que se afecten en la escritura pública de emisión, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial universal de la entidad emisora. Cuando se emitan en serie podrá constituirse un sindicato de tenedores de bonos.

2. Cédulas hipotecarias son títulos valores cuyo capital e intereses están especialmente garantizados sin necesidad de inscripción registral, por hipoteca sobre todas las que en cualquier tiempo consten inscritas a favor de la entidad emisora y no estén afectas a emisión de bonos hipotecarios, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial universal de la misma. Estos valores son los que menos facultades confieren en relación con los créditos hipotecarios que los garantizan. La entidad emisora sigue siendo, después de emitir las cédulas hipotecarias, la única titular de esos créditos hipotecarios y puede incluso disponer de ellos. Puede, por ejemplo, afectarlos en garantía de bonos hipotecarios, y entonces los tenedores de los bonos de una emisión —aunque ésta sea posterior a la de las cédulas— «tendrán prelación sobre los tenedores de las cédulas cuando concurren sobre un crédito afectado a dicha emisión» (art. 14 de la Ley 2/1981). Las entidades no podrán emitir cédulas hipotecarias por importe superior al 80 por 100 de los capitales no amortizados de los préstamos y créditos hipotecarios de su cartera, deducidos el importe de los afectados a bonos hipotecarios.

3. Participaciones hipotecarias son títulos que incorporan créditos contra la entidad emisora mediante la cesión de un porcentaje de créditos hipotecarios de que es titular dicha entidad emisora. Para la emisión sólo se requiere escritura pública e inscripción (por nota marginal) en el Registro de la Propiedad cuando la suscripción y sucesiva adquisición de las participaciones no esté limitada «a inversores institucionales o profesionales, pudiendo ser suscritas o adquiridas por el público no especializado» (art. 29.1 del RD). En caso de incumplimiento por falta de pago del deudor, el titular o titulares de las participaciones

7. CONCLUSIONES

Ninguna duda cabe de la aplicación del principio de fe pública registral al adquirente en la ejecución (rematante), tanto en la ejecución ordinaria como en la ejecución directa sobre bienes hipotecados, siempre que cumpla los requisitos exigidos en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que es plenamente aplicable en ese ámbito. Así resulta expresamente de lo dispuesto en el artículo 594 LEC, aunque el bien hubiera sido transmitido por el ejecutado en favor de otra persona que no ejercita tercería de dominio, cuando el adquirente inscribe su título en el Registro de la Propiedad. Aquí la legislación procesal se remite a la sustantiva, que no es otra que la ley hipotecaria.

Especialmente es aplicable el principio de fe pública registral a las ejecuciones derivadas de la acción hipotecaria. A la hipoteca, como derecho real, le son plenamente de aplicación los principios hipotecarios de inoponibilidad (art. 32 LH) y fe pública registral (art. 34 LH).

Al rematante no le serán aplicables cargas no inscritas —ni títulos transmisivos no inscritos—, a excepción de las limitaciones legales e hipotecas legales tácitas excepcionales en nuestro Derecho y que son aplicables con independencia del tipo de transmisión operada.

En virtud del artículo 34 LH, no podría perder por evicción la propiedad el rematante inscrito, ni serle oponibles causas de nulidad del título del transferente —deudor ejecutado—. En particular no le afecta la eventual falta de titularidad del ejecutado cuando el verdadero propietario no ejercita oportunamente la tercería de dominio, esto es, antes de la inscripción del título de adjudicación en favor del rematante.

Si frente al embargo caben tercerías antes de la inscripción del título de adquisición del rematante, en la hipoteca no caben nunca, salvo en los supuestos excepcionales de doble inmatriculación (24).

tendrán la facultad de compeler a la entidad emisora para que inste la ejecución hipotecaria y concurrir en igualdad de derechos con el emisor, en la ejecución que éste siga contra el deudor, personándose a tal efecto en cualquier procedimiento de ejecución instado por aquél, y participar en el producto del remate a prorrata de su respectivo porcentaje en el préstamo o crédito ejecutado.

(24) La regulación de la tercería de dominio en el ámbito de la ejecución hipotecaria está claramente limitada a los supuestos excepcionales de doble inmatriculación. Exige el artículo 696 LEC, para que prospere la tercería, que se acompañe a la demanda título de propiedad de fecha fehaciente anterior a la de constitución de la garantía. Y si se tratare de bienes cuyo dominio fuere susceptible de inscripción en algún Registro, dicho título habrá de estar inscrito a favor del tercerista o de su causante con fecha anterior a la de inscripción de la garantía, lo que se acreditará mediante certificación registral expresiva de la inscripción del título del tercerista o de su causante y certificación de no aparecer extinguido ni cancelado en el Registro el asiento de dominio correspondiente. Que tenga que estar inscrito el título del tercerista significa necesariamente una doble inmatriculación, pues de otra forma —por impedirlo el tracto sucesivo *ex art. 20 LH*— no se hubiera podido inscribir la hipoteca.

Todo ello es así en base al Derecho positivo, a la doctrina jurisprudencial felizmente consolidada por el Tribunal Supremo y está plenamente justificado jurídica y económicamente. De no ser así, quedaría en entredicho el tráfico jurídico inmobiliario y el entero mercado hipotecario primario y secundario y el principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9 CE).

RESUMEN

EJECUCIÓN EMBARGO HIPOTECA FE PÚBLICA REGISTRAL

Ninguna justificación tiene la tesis procesalista de la adjudicación derivada de las ejecuciones que niega la fe pública registral en favor del rematante, y puede considerarse como tesis obsoleta y superada. El artículo 594 de la Ley de Enjuiciamiento Civil proclama su aplicación de conformidad con la legislación sustantiva, dentro de la cual figura la ley hipotecaria.

El adquirente en una ejecución ordinaria que inscribe su título y goza de los demás requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria es protegido por la fe pública registral y mantenido en su adquisición, sin que le sean oponibles títulos no inscritos que no ejercieron la oportuna tercería de dominio antes de la inscripción del título de remate. En la ejecución directa sobre bienes hipotecados es igualmente aplicable en favor del rematante la fe pública registral, sin que ni siquiera sea posible la tercería de dominio, dada la condición de derecho real de la hipoteca, salvo los supuestos excepcionales de dobles inmatriculaciones.

Que existan supuestos excepcionales de cargas ocultas (limitaciones legales, tanteos legales, hipotecas legales tácitas) no supone argumento en contra de la aplicación de la fe pública registral en las ejecuciones judiciales, pues se producen también en el ámbito de las trans-

ABSTRACT

FORECLOSURE MORTGAGE CONCLUSIVE TITLE

There is a thesis of adjudication stemming from foreclosure that is based on procedural law and denies the winning bidder conclusive title. This thesis is without justification and may be regarded as obsolete and disproved. Under article 594 of the Spanish Civil Procedure Act, title is adjudicated in accordance with substantive legislation (of which mortgage law is a part).

A person who acquires property in a foreclosure proceeding, registers his or her ownership of that property and meets the other requirements set in article 34 of the Mortgage Act is protected by conclusive title. This person's property acquisition is upheld and cannot be challenged by unregistered titles whose owners failed to file the appropriate third-party claims of ownership before the winner's title was registered. In direct foreclosure on mortgaged assets, conclusive title for the winning bidder is equally applicable; here no third-party claims of ownership can even be made, because of the nature of the mortgage as a real right, save in exceptional cases where duplicate titles are involved.

The existence of exceptional cases involving hidden liens (legal restrictions, legal rights of pre-emption, tacit legal mortgages) is no argument against the application of conclusive title in judicial foreclosures, because exceptional cases

misiones voluntarias onerosas y esto no significa que la fe pública no rija en ese ámbito. Aunque debería suprimirse todo tipo de cargas ocultas en beneficio de la seguridad del tráfico.

Todo ello ha sido reconocido felizmente por la doctrina del Tribunal Supremo, en su sentencia de 5 de marzo de 2007, que reconoce al rematante la condición de tercero hipotecario protegido y abandona la distinción entre doble venta y venta de cosa ajena y que excluía la protección del tercero en este caso. Esto supone una protección del entero sistema inmobiliario e hipotecario, tanto en el primario como el secundario.

occur also in voluntary conveyances for value, and this does not mean conclusive title does not govern in that field. It must be said, however, that all kinds of hidden liens should be eliminated to benefit certainty in trade.

Happily, all this was recognised by Spanish Supreme Court doctrine in the Supreme Court's ruling of 5 March 2007. This ruling recognised the winning bidder's standing as a protected third party to the mortgage, and it dropped the distinction between double selling and the selling of third-party property, which used to rule out protection for the third party in this latter case. This means there is protection throughout the entire primary and secondary real-estate and mortgage system.

(Trabajo recibido el 1-10-2010 y aceptado para su publicación el 19-11-2010)

Pluralidad de responsables de un daño al medio ambiente

El artículo 11 de la Ley de Responsabilidad Medioambiental

por

CARLOS GÓMEZ LIGÜERRE (1)
*Profesor Titular de Universidad.
Universitat Pompeu Fabra*

SUMARIO

1. DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL A LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA:
 - 1.1. DIFERENCIAS CON LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA.
 - 1.2. DIFERENCIAS CON LA RESPONSABILIDAD CIVIL.
 - 1.3. INFRACCIONES, COSTES Y DAÑOS.
2. PLURALIDAD DE RESPONSABLES DEL DAÑO AL MEDIO AMBIENTE:
 - 2.1. UN SUPUESTO FRECUENTE.
 - 2.2. UNA RESPONSABILIDAD NO SOLIDARIA:
 - a) *Una excepción a la solución habitual a los supuestos de pluralidad de agentes responsables.*
 - b) *Una excepción a las normas de responsabilidad por daños causados a recursos naturales.*
 - c) *Una excepción a las normas sobre pago de la reparación de los daños al medio ambiente.*
3. UN PROBLEMA TERMINOLÓGICO.
4. RESPONSABILIDAD EN MANO COMÚN.
5. RESPONSABILIDAD PARCIARIA O POR PARTES.

(1) El autor quiere agradecer la ayuda de la *Agència de Gestió d'Ajuts Universitaris i de Recerca* del *Comissionat per a Universitats i Recerca* de la *Generalitat de Catalunya* (BP 2006-10158).

6. PROBLEMAS DE APLICACIÓN DE LA REGLA SOBRE PLURALIDAD DE RESPONSABLES:

- 6.1. DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD ENTRE OPERADORES.
- 6.2. INFRACCIONES QUE NO CAUSAN DAÑOS.

BIBLIOGRAFÍA CITADA.

1. DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL A LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Durante muchos años, los daños causados al medio ambiente solo han sido indemnizados en la medida en que, por afectar también a las personas o a sus bienes, podían fundamentar una pretensión indemnizatoria basada en las reglas generales del derecho de daños. En ocasiones, la conducta llevada a cabo por quien contaminaba era sancionada por la Administración pública, pues constituía, a su vez, la infracción de una norma imperativa. De este modo, algunas actividades contaminantes, a pesar de causar daños, quedaban sin condena alguna, pues o no afectaban a ningún sujeto determinado o no estaban tipificadas en norma sancionadora alguna.

A la vez, tanto la Administración como las víctimas de tales daños han tenido tradicionalmente que buscar el fundamento normativo de su pretensión indemnizatoria en muchas y variadas normas sectoriales que protegían recursos naturales específicos o regulaban actividades productivas concretas (2), además de en las pocas normas que el Código Civil prevé al respecto (3). Tal situación era manifiestamente insuficiente para proteger de forma adecuada los recursos naturales.

(2) Además de las que se citan en las páginas siguientes, y sin tener en cuenta las regulaciones autonómicas en materia de protección del medio ambiente, cabe destacar, entre otras: Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental; Ley 5/2007, de 3 de abril, de Parques Nacionales; Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente; Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre Evaluación de efectos de determinados planes y programas de medio ambiente; Real Decreto-ley 5/2004, de 27 de agosto, por el que se regulan los derechos de emisión de gases de efecto invernadero; Ley 9/2003, de 25 de abril, por la que se establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente; Ley 17/2003, de 17 de noviembre, del Ruido; Ley 8/2003, de 24 de abril, de Sanidad Animal; Ley 43/2002, de 20 de noviembre, de Sanidad Vegetal; Ley 11/1997, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases. Para una explicación general de la situación previa a la aprobación de la LRMA, véase José ESTEVE PARDO, *Derecho del medio ambiente*, 2.ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2008.

(3) De las que la más destacada es, sin duda, el artículo 1908 del Código Civil y a la que se suman las normas de protección del derecho de propiedad y su pacífico disfrute. Véase, Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ, *La reparación de los daños al medio ambiente*,

La Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental (LRMA, en adelante) ha sido el primer reconocimiento legal de un derecho general a la reparación de los daños causados al medio ambiente por cualquier tipo de actividad y con independencia de la naturaleza jurídica, pública o privada, de su responsable (4). De acuerdo con su artículo 1:

Esta Ley regula la responsabilidad de los operadores de prevenir, evitar y reparar los daños medioambientales, de conformidad con el artículo 45 de la Constitución y con los principios de prevención y de que “quien contamina paga”.

La LRMA tiene por objeto poner a cargo de su causante los costes de las medidas de prevención, evitación y reparación del daño al medio ambiente. De las definiciones que contiene el artículo 2 LRMA, se concluye que las medidas de prevención son las que se adoptan ante la amenaza de un daño al medio ambiente (cfr. art. 2.14 LRMA), que las medidas de evitación son las derivadas del deber de mitigar el daño ya causado (cfr. art. 2.15 LRMA) y que, en fin, las medidas de reparación son todas las necesarias para devolver los bienes afectados al momento anterior al de causación del perjuicio (cfr. art. 2.16 LRMA). Todas ellas siempre que afecten a alguno de los recursos naturales protegidos por la LRMA: las especies de la flora y la fauna, el suelo y la ribera del mar y las rías (cfr. art. 2.1 LRMA) (5).

Aranzadi, Pamplona, 1996; el mismo, *Indemnización del daño producido por vertidos y agentes tóxicos*, Civitas, Madrid, 1991; Joan EGEA FERNÁNDEZ, *Acción negatoria, inmisión y defensa de la propiedad*, Marcial Pons, Madrid, 1994; el mismo, «Condiciones medioambientales y derechos fundamentales. Inmisiones perjudiciales que obligan a abandonar el domicilio (a propósito de la sentencia del TEDH, de 9 de diciembre de 1994)», en *Revista Derecho Privado y Constitución*, núm. 5, 1995, págs. 253 a 288; el mismo, «Ruido ambiental, intimidad e inviolabilidad del domicilio: STC 119/2001, de 24 de mayo», en *Indret* 01/2002. Sobre la relevancia civil de las doctrinas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de nuestro Tribunal Constitucional, es ejemplar la STS, 1.^a, de 31-5-2007 (RJ 3431); Raquel LUQUIN BERGARECHE, *Mecanismos jurídicos civiles de tutela ambiental*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005.

(4) La LRMA abre las puertas, de este modo, a las pretensiones de reparación de daños medioambientales que no son, a su vez, daños a personas o a patrimonios, públicos o privados. De este modo, que no excluye en absoluto la protección clásica frente a daños materiales o personales ni impide la suma de la responsabilidad medioambiental con la civil que corresponda, se trata de proteger los recursos naturales, con independencia de las consecuencias que su destrucción pueda tener en la salud o en la riqueza de las víctimas. Se trata de evitar lo que la doctrina más reciente ha denominado el «daño ecológico puro». Véase, sobre el tema, la obra de Albert RUDA GONZÁLEZ, *El daño ecológico puro*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, indispensable para el estudio de la nueva responsabilidad medioambiental.

(5) El legislador español incluyó en el ámbito de aplicación de la LRMA los daños al suelo, al agua y a la ribera del mar y las rías, ampliando el objeto inicial de la Directiva 2004/25/CE del Parlamento y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales,

De acuerdo con lo previsto en el artículo 3 LRMA, responderán de forma objetiva de los costes incurridos en el desarrollo de las actividades de prevención, evitación y reparación los operadores de actividades económicas o profesionales enumeradas en el Anexo III de la Ley. Para las actividades no incluidas en el anexo mencionado, la LRMA prevé un alcance diferente de su responsabilidad en función de la concurrencia de dolo o culpa en la causación del daño o la amenaza al medio ambiente. Las actividades económicas o profesionales no enumeradas en el Anexo III LRMA responderán de las medidas de prevención, de evitación y de reparación cuando medie dolo o culpa en la causación del daño o su amenaza. En ausencia de dolo o culpa, a las actividades excluidas del Anexo III se les ahorran los costes de las medidas de reparación, pues solo responderán de las medidas de prevención y evitación. En todos los casos la responsabilidad en que incurran los operadores se exigirá *cualquiera que sea su cuantía* (cfr. art. 9 LRMA).

En realidad, lo que pretende la LRMA es distinguir ámbitos de responsabilidad en función del tipo de actividad potencialmente contaminante. Las más peligrosas responderán de todo el daño causado, es decir, de todas las medidas de prevención, evitación y reparación, conforme a la terminología que emplea la Ley. Se trata de las actividades enumeradas en el Anexo III LRMA y todas aquellas en las que, aunque no consten en el Anexo, se cause el daño con dolo o culpa. El resto de actividades, es decir, las no listadas en el Anexo III y en las que el daño no se haya causado con dolo o culpa, tienen limitada su responsabilidad a los costes de las medidas de prevención y evitación.

El Anexo III enumera un listado ciertamente amplio de actividades que incluye la explotación de actividades contaminantes o instalaciones sujetas a autorización, la gestión de residuos, los vertidos a las aguas, la fabricación, embotellado, liberación en el medio ambiente y transporte de sustancias y preparados peligrosos, productos fitosanitarios o biocidas y el transporte por cualquier medio de mercancías peligrosas o contaminantes. A todas ellas se les aplica un estándar de responsabilidad objetiva por todos los costes de las medidas de prevención, evitación y reparación del que difícilmente podrán escapar, pues como dispone el propio artículo 3.1 LRMA:

que la LRMA transpone a nuestro derecho y que se limitaba a la protección de hábitats y especies protegidos. De igual modo que la Directiva, la ley española excluye de su ámbito de aplicación los daños causados al aire o a la atmósfera. De acuerdo con las previsiones de la Directiva, también son daño medioambiental, *los daños provocados por los elementos transportados por el aire siempre que causen daños a las aguas, al suelo o a especies y hábitats naturales protegidos* (Considerando 4). Por lo tanto, no tendrán la consideración de daños al medio ambiente los que solo afecten al aire. La protección de tales daños corresponde, en el Derecho español, a la Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de Protección del Ambiente Atmosférico y, sobre todo, a la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación.

[S]e presumirá, salvo prueba en contrario, que una actividad económica o profesional de las enumeradas en el Anexo III ha causado el daño o la amenaza inminente de que dicho se produzca cuando, atendiendo a su naturaleza intrínseca o a la forma en que se ha desarrollado, sea apropiada para causarlo.

La exigencia de responsabilidad medioambiental corresponde a la Administración Pública competente: la autonómica en los casos en que el daño se cause en su territorio y a la Administración General del Estado para los daños que afecten a más de una comunidad autónoma, a cuencas hidrográficas de gestión estatal o a bienes de dominio público de titularidad estatal (cfr. art. 7 LRMA). El procedimiento se iniciará de oficio, a solicitud del operador o de persona interesada, de acuerdo con las previsiones de los artículos 41 a 48 LRMA (6), y tendrá por objeto determinar la responsabilidad administrativa del operador u operadores implicados por daños al medio ambiente. La LRMA diseña, así, un supuesto específico de responsabilidad administrativa que, en su caso, se sumará a la sanción que corresponda.

En nuestro derecho, la responsabilidad deriva tanto de la infracción de una norma imperativa como de la causación de un daño, aunque las respuestas tradicionales del ordenamiento han sido diferentes para cada uno de tales supuestos. La infracción de una norma justifica la imposición de una sanción y la causación de un daño impone la obligación de repararlo o, cuando ello no fuera posible, compensarlo de la mejor manera. La responsabilidad que prevé la LRMA puede hacer ambas cosas a la vez mediante una combinación de principios propios del derecho público y del derecho privado insólita, hasta el momento, en el derecho español de daños.

Es preciso, de todos modos, destacar que las peculiaridades de la LRMA no interferirán en la aplicación normal de otros mecanismos preventivos y de reparación ya previstos en nuestro ordenamiento. En la misma generalidad de la LRMA están sus limitaciones, pues su artículo 6.3 dispone que:

Si por aplicación de otras leyes se hubiere conseguido la prevención, evitación y la reparación de daños medioambientales a costa del responsable, no será necesario tramitar las actuaciones previstas en esta ley.

La referencia a otras leyes no debe entenderse limitada a la miríada de normas administrativas sectoriales que imponen deberes de protección de

(6) El artículo 42 LRMA atribuye la condición de interesados en el procedimiento de responsabilidad medioambiental a las asociaciones y organizaciones que, conforme dispone el artículo 31.2 LRJPAC, representen intereses colectivos y a cualesquiera personas jurídicas sin ánimo de lucro que cumplan los requisitos previstos en la LRMA. La solución no es extraña al derecho español de daños en el que algunas normas reconocen legitimidad a asociaciones constituidas para la defensa de intereses generales. Así, de forma destacada, los artículos 22 a 39 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (TRLGDCU, en adelante).

determinados recursos naturales o disciplinan la manera de desarrollar ciertas actividades. Las normas civiles, aplicadas en un proceso civil por jueces y magistrados de esa jurisdicción, también evitarán la aplicación de la LRMA siempre que prevengan, eviten o reparen el daño causado al medio ambiente.

El carácter supletorio de la LRMA dará lugar, en ocasiones, a que las víctimas del daño incoen varios procedimientos administrativos cuando resulte de aplicación una ley sectorial además de la LRMA que podrán convivir, en su caso, con una reclamación civil. En el caso resuelto por la STS, 1.^a, de 14-3-2005 (*RJ* 2236), las demandadas y recurrentes en casación opusieron, entre otros motivos, que los demandados habían incurrido en abuso de derecho al iniciar diversos procedimientos por los mismos hechos: las emisiones al medio ambiente de la actividad industrial de las industrias demandadas que, además, causaban daños a las propiedades de los demandantes. La sentencia, que contiene un completo resumen de las principales decisiones de la Sala Primera en materia de protección del medio ambiente, desestimó el motivo, pues: «(...) es impensable el abuso de derecho en cuestiones de medio ambiente, en que la sociedad, en abstracto y el ciudadano, en concreto, tiene derecho constitucional a su protección» (FD 4).

La única limitación vendrá dada por la necesidad de respetar en procedimientos posteriores los hechos declarados probados en otra sede jurisdiccional. Así sucedió, por ejemplo, en el caso resuelto por la STS, 1.^a, de 17-3-2004 (*RJ* 1926), en el que se sucedieron el proceso contencioso-administrativo y el civil promovidos por «Sociedad General de Aguas de Barcelona, S. A.» contra «Compañía Logística de Hidrocarburos, S. A.», por los daños derivados de la contaminación de pozos de la demandante que abastecían de agua a la ciudad de Barcelona. En septiembre del año 1991, uno de los oleoductos de la demandada fue objeto de un atentado terrorista que causó graves daños materiales y provocó la fuga de grandes cantidades de petróleo. A consecuencia del desastre se instruyó un procedimiento administrativo contra la «Compañía Logística de Hidrocarburos» que acabó en la jurisdicción contencioso-administrativa. La Sala Primera, que casó las sentencias de las instancias y estimó en parte la demanda de la compañía de aguas, afirmó que: «La circunstancia de que los hechos enjuiciados hayan sido objeto de un proceso contencioso-administrativo no impide a los órganos del orden jurisdiccional civil conocer del asunto, teniendo que aceptar las conclusiones obtenidas en aquel proceso en aras del principio de seguridad jurídica» (FD 4).

De hecho, la sucesión de procesos diferentes, todos ellos originados por la misma responsabilidad medioambiental, está prevista en la propia LRMA cuyo artículo 5.3 dispone que:

En ningún caso las reclamaciones de los particulares perjudicados en cualesquiera procesos o procedimientos exonerarán al operador responsable de la adopción plena y efectiva de las medidas de prevención, de evitación o de reparación que resulten de la aplicación de esta Ley ni impedirán las actuaciones administrativas encaminadas a ello.

1.1. DIFERENCIAS CON LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

La expresión «responsabilidad administrativa» es conocida en el Derecho Administrativo español. La figura está expresamente prevista en el artículo 130.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), conforme al cual:

Las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados que podrán ser determinados por el órgano competente, debiendo, en este caso, comunicarse al infractor para su satisfacción en el plazo que al efecto se determine, y quedando, de no hacerse así, expedita la vía judicial correspondiente.

Tal responsabilidad es, sin embargo, extraña tanto a las categorías tradicionales del derecho de daños como a las del derecho administrativo sancionador (7). Parece claro, en todo caso, que la responsabilidad que prevé la LRMA es, en principio, administrativa o, al menos, así la calificaron los redactores de la Ley (8). La responsabilidad se decidirá conforme a las previsiones de la LRMA y de acuerdo con el procedimiento de evaluación previsto en el Real Decreto 2090/2008, de 22 de diciembre, que aprueba el Reglamento de desarrollo parcial de la Ley, cuyos artículos 6 a 19 suministran los criterios normativos para la determinación del daño medioambiental. Al final del proceso la autoridad competente dictará un acto administrativo, que impondrá a uno o varios operadores la responsabilidad oportuna, y que será revisable, en su caso, por la jurisdicción contencioso-administrativa.

El artículo 13.3 LRMA prevé que los procedimientos de ejecución de las responsabilidades pecuniarias que se deriven de la aplicación de la Ley se declararán y exigirán *[e]n los términos establecidos en la legislación tributaria y de recaudación de ingresos de Derecho Público*. El artículo 49 LRMA,

(7) «(...) el precepto no aclara cuáles son esas responsabilidades administrativas que son compatibles con la reparación o indemnización; si es solo la sanción o también las otras medidas de gravamen no sancionadoras que deriven de la infracción (...) sobre todo, no queda claro si esa declaración de responsabilidad y cuantificación de la misma goza de la autotutela declarativa y ejecutiva, de modo que en caso de que el interesado no cumpla reparando o pagando la cantidad acordada, la Administración pueda exigir por sus propios medios ese importe (...), ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, Dirección del Servicio Jurídico del Estado, *Derecho Administrativo Sancionador*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pág. 223.

(8) En el apartado primero del preámbulo de la LRMA se afirma que: «Se trata, efectivamente, de un régimen administrativo en la medida en que instituye todo un conjunto de potestades administrativas con cuyo ejercicio la Administración Pública debe garantizar el cumplimiento de la ley y la aplicación del régimen de responsabilidad que incorpora».

último de la Ley, declara en fin que en lo no previsto por ella *[l]os procedimientos que se instruyan en su aplicación se regirán por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y por la legislación aplicable a cada Administración Pública competente*. Queda manifiesto, por tanto, el carácter de derecho público de la responsabilidad que impone la LRMA, aunque las peculiaridades de la responsabilidad que la Ley impone a los operadores que causan daños al medio ambiente la diferencian de los mecanismos habituales de responsabilidad previstos hasta la fecha por nuestro derecho administrativo.

En efecto, y acaso simplificando en exceso, la actividad administrativa de control de actividades ha consistido tradicionalmente en exámenes *ex ante*, cuyo mecanismo básico ha sido la concesión de licencias o permisos, y en inspecciones *ex post*, cuyo resultado más característico es la imposición de una sanción. La responsabilidad de la LRMA se configura como algo diferente de las licencias, que la Ley da por supuestas, y de las sanciones, que la propia norma impone y declara compatibles con la responsabilidad en que puedan incurrir los operadores (cfr. art. 6 LRMA).

De hecho, la novedad que introduce la LRMA consiste en imponer responsabilidad tanto por el incumplimiento de deberes de prevención como por la causación de daños y en distinguir tal responsabilidad de las sanciones que correspondan. Conforme al artículo 35 LRMA, la declaración de responsable es preceptiva para la sanción, pero no al revés, por lo que es posible que el responsable administrativo no sea sancionado. En este sentido, la LRMA se separa de la concepción tradicional, que asocia responsabilidad administrativa a sanción, y que evidencia la ubicación del transcrito artículo 130.2 LRJPAC en el capítulo que la LRJPAC dedica a los principios de la potestad sancionadora. De igual modo, muchas leyes sectoriales han concebido la responsabilidad administrativa como una consecuencia natural de la imposición de una sanción. Así, por ejemplo, los artículos 32 a 38 de la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos, que regulan conjuntamente la responsabilidad administrativa y el régimen sancionador (9).

1.2. DIFERENCIAS CON LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Las novedades de la LRMA solo permiten calificar la responsabilidad que prevé como una responsabilidad civil por daños extracontractuales en un sentido muy peculiar. Para empezar porque la propia Ley excluye de su ámbito de aplicación algunos de los daños que naturalmente justificarían una pretensión indemnizatoria contra el operador responsable del daño al medio ambiente. De acuerdo con el artículo 5.1 LRMA:

(9) Véase, sobre el tema, Carlos DE MIGUEL PERALES, *Régimen jurídico español de suelos contaminados*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007.

Esta Ley no ampara el ejercicio de acciones por lesiones causadas a las personas, a los daños causados a la propiedad privada, a ningún tipo de pérdida económica ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños o cualesquiera otros daños patrimoniales que no tengan la condición de daños medioambientales, aunque sean consecuencia de los mismos hechos que dan origen a responsabilidad medioambiental.

Se excluyen, así, las lesiones y los daños patrimoniales causados a particulares que no sean, a su vez, daños medioambientales (10). La exclusión limita la responsabilidad civil del operador, pero no la elimina, pues el precepto dispone *a contrario* la aplicación de la LRMA a los casos de lesiones y a todos los daños patrimoniales que puedan ser calificados también como daños al medio ambiente. De este modo, la LRMA, que no se aplicará a la pérdida de valor de los terrenos colindantes a aquél en que se produjo el daño, indemnizará al propietario del terreno contaminado.

La redacción del artículo 5.1 LRMA da a entender, además, que serán ocasión de responsabilidad medioambiental las lesiones o la muerte causadas a particulares que sean consecuencia de un daño al medio ambiente. Así sucedió en el caso resuelto por la STS, 1.ª, de 16-1-1989 (RJ 101), que confirmó la sentencia de apelación que condenaba al demandante a cesar en las emisiones tóxicas que afectaban a la finca de los actores y que les habían causado daños físicos de diversa gravedad. La Sala afirmó en esa ocasión que «(...) el acatamiento y observancia de las normas administrativas no colocan al obligado al abrigo de la correspondiente acción civil de los perjudicados o interesados en orden a sus derechos subjetivos lesionados, puesto que si aquéllas contemplan intereses públicos sociales, ésta resguarda el interés privado exigiendo, en todo caso, el resarcimiento del daño y en su caso la adopción de medidas para evitarlo o ponerle fin, ambos aspectos competencia de la jurisdicción civil» (FD 5). En el mismo sentido, la STS, 1.ª, de 3-12-1987 (RJ 9176), por daños a la salud causados por los humos que emitía la empresa demandada.

De igual modo, la LRMA reconoce la indemnización por los daños patrimoniales que sean, al mismo tiempo, daños al medio ambiente, como sucedió en la STS, 1.ª, de 23-12-1988 (RJ 6853), por las filtraciones procedentes de una fosa de decantación que intoxicó el pozo de los actores; en la STS, 1.ª, de 13-6-1988 (RJ 4872), por los vertidos al río Piloña que mataron las truchas de la piscifactoría del demandante; en la STS, 1.ª, de 11-10-1994 (RJ 7478), por la

(10) La exclusión, que viene impuesta por la Directiva, es artificial. «Los daños ambientales (un vertido contaminante, un escape a la atmósfera de sustancias tóxicas, la contaminación del suelo, etc.) pueden producir dos tipos de daños de carácter muy diferente, aunque a veces ambos tienen lugar simultáneamente. Por un lado, se pueden ocasionar daños en los bienes o derechos privados o en las personas y, por otro, daños al medio ambiente en sí mismo que no producen ninguna lesión individualizada». Blanca LOZANO CUTANDA, «La responsabilidad por daños ambientales: la situación actual y el nuevo sistema de responsabilidad de Derecho público que introduce la Directiva 2004/35/CE», en *Medio Ambiente & Derecho. Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, núm. 12-13, diciembre de 2005.

salinización del pozo de la industria del actor; y en la STS, 1.^a, de 1-12-2006 (RJ 8156), en la que las filtraciones procedentes de una gasolinera contaminaron el pozo que abastecía la urbanización en que vivían los demandantes, aunque en ese caso la discusión que llegó a la casación fue si los hechos estaban cubiertos por el seguro de responsabilidad civil de la gasolinera.

En definitiva, cuando el daño medioambiental cause, a la vez, daños personales o patrimoniales a particulares, la responsabilidad derivada del daño al medio ambiente deberá calificarse como civil, pues civil será la pretensión indemnizatoria de sus víctimas (11). En ningún caso, sin embargo, puede atribuirse al procedimiento administrativo la fijación de las indemnizaciones a las que los particulares afectados puedan tener derecho; ni siquiera su identificación, pues el procedimiento que diseña la nueva normativa tiene por objeto la evaluación y reparación de los recursos dañados, no la compensación de pérdidas privadas (12).

Cuando el daño al medio ambiente afecte, además, a alguno de los intereses de particulares no excluidos por la LRMA, las víctimas tendrán derecho a una indemnización que, debe concluirse, será decidida por los jueces y tribunales civiles en un proceso seguido ante esa jurisdicción conforme a las reglas generales de la responsabilidad por daños. En tal caso, el procedimiento administrativo previo y las medidas ordenadas por la Administración actuante serán prueba privilegiada de la causación del daño, su gravedad y su extensión, pero no prejuzgarán el derecho a una indemnización (13).

(11) Salvo que el operador potencialmente responsable sea una Administración Pública o un ente sometido a las normas administrativas de responsabilidad patrimonial, en cuyo caso serán de aplicación las reglas de los artículos 139 a 146 LRJPAC y, en virtud de lo dispuesto por el artículo 9.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, será competente la jurisdicción contencioso-administrativa.

(12) Como han hecho otras normas cuyo ámbito de aplicación se encuentra entre el Derecho Civil y el Administrativo como, por ejemplo, el artículo 48 TRLGDCU, que atribuye a la Administración que sancione el incumplimiento de reglamentos de bienes y servicios que decida, con carácter previo a la fijación judicial de la indemnización, la cuantía de la reparación a la que tengan derecho los consumidores perjudicados por la infracción sancionada. La LRMA ni siquiera atribuye a la Administración actuante funciones de mediación o arbitraje entre los particulares implicados, el operador privado y las víctimas del daño a los recursos naturales en este caso. Se ha desperdiciado la oportunidad de seguir la buena senda iniciada por otras normas que prevén la intervención de la Administración actuante en los casos en que la infracción sea, a la vez, causa de daños a particulares. Así, de forma señalada, el arbitraje de consumo previsto en los artículos 57 y 58 TRLGDCU, las Juntas Arbitrales de Transporte del artículo 38.1 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, para los conflictos sobre contratos de transporte terrestre o las funciones arbitrales que los artículos 8.1 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, y los artículos 14 y 48.3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, atribuyen, respectivamente, a la Comisión Nacional de Energía y a la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, para resolver con carácter extrajudicial las diferencias entre operadores privados.

(13) Y no solo a efectos de responsabilidad por daños extracontractuales. La extensión de la responsabilidad medioambiental diseñada por la LRMA modificará las normas de

Las diferencias más señaladas son, con todo, las previstas en el artículo 14 LRMA. De acuerdo con él, la obligación de sufragar los costes no será exigible cuando el daño se deba a la actuación de un tercero ajeno al ámbito de organización del operador o al cumplimiento de una orden o instrucción de la Administración. El tercero al que se refiere la exclusión debe ser ajeno al operador. De otro modo, resultará de aplicación la acción de repetición que le reconoce el artículo 16.1 LRMA y que evoca a otras previstas en el ordenamiento, señaladamente el artículo 1904 del Código Civil, para los casos en que un principal responde de los daños causados por uno de sus empleados (14).

Ambos supuestos —actuación de tercero y orden de la Administración— son analíticamente equivalentes, pues tanto el tercero al que alude el precepto como la Administración son ajenos a la organización del operador potencialmente responsable. En ambos casos, la LRMA concluye la falta de responsabilidad por los daños causados, con lo que se distancia de la solución tradicional de nuestro derecho de daños, que consiste o bien en reconocer una acción del responsable contra el tercero (15), o bien en considerar que el cumplimiento de órdenes, instrucciones o reglamentos no exonera de responsabilidad a quien está en mejor posición que la Administración para evitar los daños probables de una actividad concreta (16).

La exoneración de responsabilidad en los casos en que la emisión, o el hecho que sea causa directa del daño medioambiental, constituya el objeto expreso y específico de una autorización administrativa (cfr. art. 14.2 LRMA) plantea el problema de la responsabilidad patrimonial de la Administración autorizante.

La Sala Primera siempre ha afirmado que la concesión de licencias, permisos u otras autorizaciones no supone, en todo caso, la responsabilidad de la Administración autorizante. Así, la STS, 1.ª, de 2-11-2007 (*RJ* 2008/13), que

transmisión inmobiliaria de terrenos o recursos potencialmente contaminados o contaminantes. La responsabilidad que impone la LRMA afecta al adquirente por hechos del transmitente. El supuesto, antes de la entrada en vigor de la LRMA, ya ha sido objeto de las SSTS, 1.ª, de 21-7-2008 (*RJ* 4721), 29-10-2008 (*RJ* 5801) y 22-12-2008 (*RJ* 2009/162).

(14) La STS, 1.ª, de 5-3-2008 (*RJ* 4037) es un buen ejemplo de la acción de repetición que ahora regula el artículo 16 LRMA. La compañía «Mercedes Benz España» se hizo cargo de la descontaminación de los suelos de sus instalaciones que quedaron anegados en una sustancia tóxica negligentemente vertida por los empleados de una empresa de montajes contratada para trasladar un transformador. Descontaminado el suelo, «Mercedes Benz» reclamaba de la empresa contratada y su aseguradora los gastos en que había incurrido. La Sala Primera confirmó la sentencia de apelación, estimatoria de la demanda.

(15) Como prevé, por ejemplo, el artículo 133 TRLGDCU: *La responsabilidad prevista en este libro no se reducirá cuando el daño sea causado conjuntamente por un defecto del bien o servicio y por la intervención de un tercero. No obstante, el sujeto responsable que hubiera satisfecho la indemnización podrá reclamar al tercero la parte que corresponda a su intervención en la producción del daño.*

(16) De hecho, y como ha declarado siempre la jurisprudencia, el mismo concepto de culpa exige contrastar lo ocurrido con la previsibilidad de su causación, con independencia del cumplimiento de reglamentos, órdenes o instrucciones de la Administración.

desestima la demanda del propietario de una empresa de jardinería por la contaminación de las aguas que empleaba para el riego por falta de prueba de la relación de causalidad entre los vertidos de los demandados y el daño causado. El demandante y recurrente en casación pretendía la condena de la Administración que había autorizado un vertedero de residuos industriales: «La titularidad de una competencia administrativa de policía no comporta, por sí misma, la asunción de responsabilidad por parte de la Administración en relación con los daños causados por las infracciones cometidas por parte de los sujetos sometidos a la intervención administrativa» (FD 7).

En la LRMA el permiso administrativo exonera de responsabilidad al autorizado, que no responderá, como prevé el artículo 14.1.b), cuando el daño sea consecuencia de *[E]l cumplimiento de una orden o instrucción obligatoria dictada por una autoridad pública competente, incluyendo las órdenes dadas en ejecución de un contrato a que se refiere la legislación de contratos de las Administraciones Públicas (...)*. Parece claro, de todos modos, que alguien habrá de responder cuando la autorización lo sea, precisamente, a causar un daño ambiental o cuando la defectuosa concesión de la autorización causa daños que podrían haberse evitado de otro modo. En tales casos, parece clara la responsabilidad patrimonial de la Administración (17).

El mismo artículo 14 LRMA dispone la exoneración de responsabilidad en los casos en que el daño al medio ambiente se debió a *[u]na actividad, una emisión o a la utilización de un producto que, en el momento de realizarse o utilizarse, no eran considerados como potencialmente perjudiciales para el medio ambiente, con arreglo al estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en aquel momento* (art. 14.2.b LRMA).

La exclusión es familiar al derecho de daños. Se trata de una aplicación de la exoneración por los denominados riesgos de desarrollo, que veda la pretensión indemnizatoria por daños que el estado de la ciencia y de la técnica no permitían identificar o evitar en el momento en el que se produjeron (18). La exoneración no opera, obviamente, en los casos en que el producto empleado por el responsable fuere defectuoso. En ese caso, el operador deberá responder y el artículo 16.2 LRMA le reconoce una acción de repe-

(17) Sobre el tema, Antonio José QUESADA SÁNCHEZ, «Autorización administrativa y daños en el artículo 14.2 de la Ley 26/2007, de responsabilidad medioambiental: ¿paso adelante o paso atrás?», en *Revista Jurídica La Ley*, núm. 7078, 2008, págs. 1 a 20.

(18) En concreto, sobre la previsión de la LRMA, véase Antonio José QUESADA SÁNCHEZ, «Autorización administrativa y riesgos del desarrollo en la Ley de Responsabilidad Medioambiental», en *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, núm. 3, 2008, págs. 6 a 25. En general, sobre los riesgos de desarrollo, Pablo SALVADOR CODERCH y Josep SOLÉ FELIU, *Brujos y aprendices. Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de producto*, Marcial Pons, Madrid, 1999. La exclusión de responsabilidad por riesgos de desarrollo opera, con carácter general, en la responsabilidad por productos defectuosos, salvo para los alimentos y los medicamentos. Así lo dispone el vigente artículo 140 TRLGDCU.

tición contra el fabricante, importador o suministrador del producto que causó daños al medio ambiente.

Resulta extraño a la responsabilidad civil, en fin, el carácter preventivo y *ex ante* de buena parte de la regulación de la LRMA que permite la imposición de responsabilidad en casos en que no existe más que una amenaza inminente de causación de daños.

1.3. INFRACCIONES, COSTES Y DAÑOS

La LRMA instaaura un sistema que habilita a la Administración para exigir responsabilidad a los operadores que causen daños al medio ambiente. Una responsabilidad que se cifra en los costes necesarios para llevar a cabo las medidas de prevención, de evitación y de reparación que se impongan y, en su caso, en la restitución de los costes de tales actividades cuando éstas hayan sido llevadas a cabo por un tercero o por la propia Administración; todo ello con independencia de las sanciones que merezca la actividad que causó daños al medio ambiente.

De este modo, la responsabilidad que impone la LRMA se corresponde con los costes derivados de las operaciones de prevención, evitación y reparación que la propia Ley impone a los operadores que desarrollan actividades potencialmente perjudiciales para el medio ambiente. La Directiva 2004/35/CE, que la LRMA traspone a nuestro ordenamiento, emplea la expresión «imputación de costes» en supuestos que en la LRMA son causas de responsabilidad. En todo caso, la responsabilidad a que se refiere la Ley se traduce en sufragar una deuda contraída por el incumplimiento de deberes previstos en la Ley. La responsabilidad a que se refiere la LRMA evoca así la responsabilidad en que incurre el sujeto que desarrolla actividades sometidas al pago de un tributo.

Sin embargo, y a diferencia de lo que sucede con la responsabilidad tributaria, en la responsabilidad por daños al medio ambiente la Administración Pública puede no ser el único acreedor de la deuda, pues la misma LRMA prevé la cobertura de costes en que hayan incurrido los particulares (cfr. art. 16 LRMA, que prevé expresamente las acciones frente a terceros del operador que adoptó medidas de prevención, evitación o reparación). Además, y de nuevo a diferencia de lo que sucede con la exigencia de deudas tributarias, el daño al medio ambiente puede afectar a intereses privados diferentes de los del propietario del recurso afectado.

La LRMA se sitúa, de este modo, en la encrucijada de varias instituciones tradicionalmente consideradas como independientes. El incumplimiento de una norma merece una sanción, el ahorro injustificado de un coste exige su restitución y la causación de un daño obliga a su compensación. Los fines

propios de cada una de estas tres respuestas del ordenamiento se han concebido siempre como complementarias, pero a cada una han correspondido tradicionalmente mecanismos propios de aplicación que, en un sistema legal fuertemente compartimentado como el español, se han adjudicado a sectores diversos del ordenamiento sometidos, con frecuencia, a jurisdicciones y leyes procesales diferentes. La responsabilidad prevista en la LRMA supera las clasificaciones tradicionales y discurre por la frontera que distingue la potestad sancionadora, las actividades de ordenación y control y la responsabilidad civil.

La forma tradicionalmente empleada por la Administración Pública para organizar una actividad ha consistido en la adopción de medidas de ordenación y control, que pretenden ordenar la vida social y asegurar el cumplimiento de determinados intereses en beneficio de la comunidad. Desde la promulgación de leyes y reglamentos especiales o la aprobación de planes para ordenar el desarrollo de una actividad; hasta la concesión de autorizaciones o licencias sometidas a la vigilancia e inspección de la Administración y al suministro de información mediante obligaciones de registro (19). El incumplimiento de cualquiera de esas medidas ha dado siempre lugar a una sanción, que es la respuesta habitual a la contravención de una norma jurídica. En algunos casos, es posible que la causación posterior de un daño agrave la sanción, pero en ningún caso la causación de un daño es requisito para sancionar. El castigo por la infracción se justifica en la infracción misma, sin necesidad de daños a terceros (20). La responsabilidad por daños opera en un plano diferente al de las actividades de ordenación y control y las sanciones por ellas debidas. Solo la víctima puede exigir la reparación del daño sufrido, cuya compensación no depende de la infracción previa de normas jurídicas.

La responsabilidad que prevé la LRMA asocia la responsabilidad a la infracción de medidas impuestas por la Administración actuante y la concibe como un mecanismo complementario a las sanciones que prevé la propia ley. A la vez, la responsabilidad del operador se concreta en sufragar los costes que supongan las medidas de prevención, evitación y reparación. Sin duda, todo daño puede traducirse siempre en costes de algún tipo, pero restringir

(19) Véase la explicación general a la actividad de ordenación y control, antiguamente conceptuada como «actividad de policía» en Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo. Parte General*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 2006, págs. 617 a 647.

(20) «(...) la infracción puede acarrear un daño patrimonial, y en tales casos el restablecimiento de la legalidad exige que ese daño sea reparado (...). Lo que caracteriza estas medidas indemnizatorias frente a la sanción es que, mientras que con ésta se persigue un castigo, con la indemnización lo único que se pretende es la reparación de un daño patrimonial, sea estrictamente económico o moral, pero traducible en todo caso en una cantidad de dinero; y se diferencia esta noción de las medidas de policía administrativa porque, con éstas, se persigue impedir que la infracción se cometa o permanezcan sus efectos, pero no pretenden una reparación del daño causado, que es lo propio de la responsabilidad civil», ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 220.

la reparación del daño causado a los costes de reparación limita en exceso la función que es propia de la responsabilidad civil. Compensar es mucho más que restituir. La compensación del daño implica la devolución de la víctima al momento anterior al de sufrimiento del perjuicio, objetivo para la que la restitución de los costes puede ser solo una parte.

Existe, con todo, una zona común a las medidas administrativas de control y ordenación, a las sanciones y a la responsabilidad por daños. Infringir una norma y causar un daño son dos cosas diferentes, pero la diferencia se difumina cuando el objetivo de la norma infringida era, precisamente, evitar la causación de daños. En esa zona común se sitúa la LRMA.

En la LRMA confluyen control, ordenación, infracciones, sanciones y responsabilidad como consecuencia del criterio básico adoptado por la norma. La responsabilidad que impone la LRMA se impone en función de un criterio material, cual es la causación de un daño al medio ambiente. La LRMA, a diferencia de otras normas administrativas, no se aplica exclusivamente a determinados sujetos sometidos a una relación especial con la Administración en función de la clasificación de la actividad desempeñada o de la concurrencia de un permiso o licencia previos. Todo sujeto que dañe al medio ambiente queda sometido a los dictados de la LRMA, con independencia de su naturaleza jurídica, pública o privada, y del carácter de la actividad que resultó dañosa para el medio ambiente.

Así, en cada procedimiento de responsabilidad medioambiental convivirán necesariamente el incumplimiento de medidas de prevención, evitación y control impuestas, *ex ante* o *ex post*, por la Administración actuante, con otros incumplimientos de normas de cuidado que, aunque no hayan sido ordenados expresamente por los poderes públicos, explicarán el daño final de igual forma que aquéllos. A la vez, el daño que se cause no se limitará a las expectativas o pretensiones de la propia Administración o de ciertos sujetos previamente identificados como beneficiarios de una actividad autorizada, sino que afectará tendencialmente a toda la sociedad y, con ella, posiblemente, a particulares y bienes de titularidad privada.

Posiblemente se trate de la mejor forma de reducir los riesgos para el medio ambiente, pero la opción de la LRMA —que es la tomada previamente por la Directiva 2004/35/CE (21)— tiene implicaciones prácticas más que relevantes en la forma tradicional de llevar a cabo el control administrativo,

(21) «The Environmental Law Directive should be seen as a mixed public/private law instrument comparable to certain US federal statutes dealing with dangerous substances and oil pollution as well as to certain European soil protection regimes. Traces of civil law ancestry emerge in references to fault liability, right of recourse or right to contribution, and classic defences such as Act of God», Gerrit BETLEM, Edward BRANS, «Environmental Liability in the EU», en Gerrit BETLEM, Edward BRANS (editors), *Environmental Liability in the EU. The 2004 Directive compared with US and Member State Law*, Cameron May, London 2006, pág. 17.

previo o posterior, el procedimiento sancionador y la declaración de responsabilidad por daños. Este trabajo se dedica a una: la responsabilidad de varios operadores prevista como mancomunada en el artículo 11 LRMA. Tal responsabilidad —se decida por la Administración, por jueces civiles o por los de lo contencioso-administrativo—, deberá ajustarse siempre a la regulación civil de la mancomunidad, pues ni la LRMA ni el derecho administrativo disponen de una normativa específica para la mancomunidad diferente a la que contiene el Código Civil.

2. PLURALIDAD DE RESPONSABLES DEL DAÑO AL MEDIO AMBIENTE

Las páginas que siguen se dedican a uno de los problemas prácticos más sobresalientes que previsiblemente planteará la aplicación de la LRMA. Se trata de la solución que el artículo 11 LRMA prevé para los casos en que el daño al medio ambiente pueda ser puesto a cargo de varios operadores:

En los supuestos en los que exista una pluralidad de operadores y se pruebe su participación en la causación del daño o de la amenaza inminente de causarlo, la responsabilidad será mancomunada, a no ser que por ley especial que resulte de aplicación se disponga otra cosa.

La responsabilidad de varios operadores será mancomunada. Y lo será siempre, es decir, con independencia del proceso, persona o institución que exija la reparación de los daños sufridos, pues el artículo 11 LRMA declara tal responsabilidad con carácter general. A pesar de los problemas sobre la calificación de la responsabilidad prevista en la LRMA y las dificultades de encaje de muchos de sus preceptos en un eventual proceso entre particulares, la mancomunidad vinculará siempre a los operadores implicados. Carecería de sentido que la responsabilidad de varios agentes que causan daños al medio ambiente fuera mancomunada en el procedimiento promovido por la Administración competente pero solidaria, por ejemplo, en el seguido ante la jurisdicción civil tras la demanda de los afectados, directa o indirectamente, por el daño causado al medio ambiente.

Por otro lado, afirmar la posibilidad de cambiar el régimen de responsabilidad en función de la instancia que la conoce y ha de resolverla, dificultaría en exceso la contratación de las garantías financieras que la LRMA impone a los operadores potencialmente responsables. En definitiva, desde la aprobación de la LRMA la responsabilidad plural por daños al medio ambiente es, en el ordenamiento jurídico español, mancomunada. Salvo que, como el propio artículo 11 LRMA prevé, una *[ley especial que resulte de aplicación disponga otra cosa]*, aspecto sobre el que habrá de volverse más adelante.

Antes de analizar el artículo 11 LRMA es preciso hacer, con carácter previo dos consideraciones. La primera es que, aunque el artículo 11 LRMA lleva por rúbrica la de «Pluralidad de responsables de un mismo daño», el texto del precepto solo exige en su supuesto de hecho que concurren varios responsables y que resulte probada su participación en el daño o en la amenaza de causarlo. El matiz es muy relevante, pues pueden causarse daños a diferentes recursos naturales que tengan un origen común, aunque no sean el «mismo» daño. Es perfectamente imaginable que la acción combinada de varios operadores afecte a las aguas y, por ello, a la flora y fauna acuáticas, y a los campos y a las personas y que en cada una de esas fases se causen daños de diferente intensidad. En tales supuestos, habrá que concluir que resulta de aplicación la responsabilidad prevista en el artículo 11 LRMA, aunque no lo anuncie así el título que el legislador dio al precepto.

Es evidente que para aplicar la regla de responsabilidad del artículo 11 LRMA se exige cierta relación entre los comportamientos de varios agentes y el daño o los daños causados. Si varios operadores actúan de forma independiente y causan daños diferentes y no relacionados entre sí, no estamos en presencia de un problema de pluralidad de responsables. La pluralidad de responsables, tal y como la define el artículo 11 LRMA, exige cierta participación en el daño causado, lo que supone una relación común entre los comportamientos llevados a cabo y sus efectos. De todos modos, como la LRMA no enumera los requisitos para identificar cuándo estamos en presencia de un «mismo» daño al medio ambiente, puede considerarse como tal tanto al que afecte a un único recurso natural o como aquél que sea consecuencia de un mismo comportamiento contaminador llevado a cabo por varios o, en fin, al que sea resultado de comportamientos diferentes que se combinan para perjudicar a uno o varios recursos naturales. Habrá que concluir que la regla del artículo 11 LRMA es aplicable a todos esos casos: a todos en los que exista una participación de varios operadores en el daño o daños causados al medio ambiente (22).

La segunda consideración previa, derivada de la anterior, es que el texto del artículo 11 LRMA no exige que la actuación de los operadores responsables sea conjunta. El precepto exige la participación de todos ellos, pero no en la acción contaminante, sino en el daño o en la amenaza de causarlo, por

(22) Se trata de lo que el artículo 9:101 (3) de los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil consideran como «mismo» daño: *[S]e considera que un daño es el mismo (...) si no existe una base razonable para imputar solo una parte del mismo a cada una de las personas responsables ante la víctima. A tal efecto, la persona que afirma que el daño no es el mismo soporta la carga de la prueba. Si tal base razonable existe, la responsabilidad es parciaria, es decir, cada persona responde ante la víctima solo por la parte del daño que le es imputable. Véase, Miquel MARTÍN CASALS, Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil: texto y comentario, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008.*

lo que es posible aplicar el precepto en los casos en que varios operadores independientes entre sí y sin ningún tipo de acuerdo o coordinación previa emitan o viertan sustancias que dañan al medio ambiente. El precepto no exige la común intención de dañar, ni la actuación conjunta o de consuno. Tales supuestos están obviamente incluidos en la norma, pero la regla del artículo 11 LRMA no excluye otros en que, por ejemplo, la participación de los operadores implicados derive del efecto combinadamente perjudicial para el medio ambiente de sus respectivas emisiones.

2.1. UN SUPUESTO FRECUENTE

Con frecuencia, el daño causado al medio ambiente será imputable a varios operadores. Las ocasiones en que los vertidos tóxicos, la liberación de sustancias contaminantes o el empleo de productos dañinos a los recursos naturales puedan ser puestos a cargo de un solo operador serán las menos. Así sucederá por la propia naturaleza de los daños al medio ambiente y por la identificación de los potenciales responsables que contiene la propia LRMA.

De forma habitual, el daño al medio ambiente será el resultado de la acción combinada de varios operadores. La única limitación que impone el artículo 3.3 LRMA en tales casos es que puedan determinarse los orígenes de la contaminación, pues la ley no será de aplicación en otro caso:

Esta ley solo se aplicará a los daños medioambientales, o a la amenaza inminente de tales daños, causados por una contaminación de carácter difuso, cuando sea posible establecer un vínculo causal entre los daños y las actividades de operadores concretos.

El daño al medio ambiente es un ejemplo claro de daño acumulativo. Los efectos variarán en función del tipo de actividad, su toxicidad y los recursos naturales a que afecte, pero es intuitivo suponer que el segundo en contaminar hará más daño que si hubiera sido el primero. Las aguas fluviales y marinas, los bosques, el suelo y el subsuelo y las especies que los habitan pueden tolerar ciertos niveles de contaminación, pero en todos los casos, los efectos de superar tales niveles pueden ser desastrosos (23). En muchas ocasiones, ésa será precisamente la historia de la tragedia. La suma de las emisiones o vertidos tóxicos de un grupo de operadores, que comparten el lugar en el que

(23) «Si hay varios agentes de daños que actúan secuencialmente, el primero en actuar puede no causar ningún daño porque, por ejemplo, la cantidad de vertidos que realiza es por sí misma inocua. Pero los vertidos de quienes le siguen se suman a los anteriores y, todos juntos, acaban por causar graves daños. Dicho de otro modo, talar medio bosque no es necesariamente grave, pero cortar los árboles restantes sería una catástrofe». Pablo SALVADOR CODERCH, «Causalidad», en *InDret* 03/2002, pág. 5.

desarrollan sus actividades o que llevan a cabo tareas complementarias de un mismo proceso industrial, explicará el daño causado al medio ambiente. Cuando eso suceda, todos deberán responder del daño, pues lo causado solo se explica por la suma de sus contribuciones individuales.

La pluralidad de responsables viene, además, prácticamente impuesta por el diseño de la responsabilidad medioambiental en la LRMA. El Anexo III de la Ley, que identifica a los operadores sometidos a un régimen de responsabilidad objetiva, incluye actividades de explotación de instalaciones, de producción o extractivas, la fabricación, utilización, almacenamiento, transformación, embotellado y transporte de sustancias contaminantes, y la gestión de los residuos generados por todas ellas. Los operadores que intervengan en cualquiera de esas actividades se exponen a la responsabilidad objetiva que prevé el artículo 3 LRMA. Además, y conforme al mismo precepto, cualquier actividad, incluso las no enumeradas en el Anexo III, puede ser responsable del daño al medio ambiente causado con dolo o culpa. Así las cosas, es impensable que, identificado el daño a un recurso natural, sus consecuencias solo puedan ser puestas a cargo del titular de alguna de esas actividades. Quien explota una instalación, compra productos fabricados por otros, contrata servicios de transporte y posiblemente acuda a empresas especializadas para el tratamiento de los residuos que genera. Cuando así sea, la imputación individual del daño causado puede resultar poco menos que imposible. Será de aplicación entonces la regla que el artículo 11 LRMA prevé para la causación plural del daño medioambiental.

2.2. UNA RESPONSABILIDAD NO SOLIDARIA

La Directiva 2004/35/CE, que la LRMA ha adaptado al ordenamiento jurídico español, dejó libertad a los Estados miembros para imponer el régimen jurídico que había de gobernar las relaciones entre los varios operadores responsables y las de éstos con la Administración competente y, en su caso, con la víctima común (24). De este modo, el legislador comunitario permitía a los miembros de la Unión adoptar el sistema que mejor se ajustase a sus derechos internos. El artículo 9 de la Directiva, así lo previó:

La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de cualesquiera disposiciones vigentes en las normativas nacionales en relación con la imputación de costes en caso de varios responsables, especialmente, en lo que respecta al reparto de responsabilidad entre el productor y el usuario de un producto.

(24) Véase, Jesús JORDANO FRAGA, «La responsabilidad por daños ambientales en el Derecho de la Unión Europea: análisis de la Directiva 2004/35/CE, de 21 de abril, sobre responsabilidad medioambiental», en *Medio Ambiente & Derecho. Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, núm. 12-13, diciembre de 2005.

El legislador español optó por la mancomunidad en el artículo 11 LRMA (25). Al margen de los problemas que la elección de tal régimen pueda plantear, a los que se dedicarán los siguientes apartados de este trabajo, procede subrayar la novedad que la opción supone en el derecho español, en el que la solidaridad —prevista en la ley o impuesta por la jurisprudencia— es la regla (casi) general a todos los supuestos de pluralidad de responsables por un mismo daño (26).

a) *Una excepción a la solución habitual a los supuestos de pluralidad de agentes responsables*

Pese al carácter contractual de la solidaridad regulada por el Código Civil, su régimen se ha convertido en la consecuencia jurídica habitualmente aso-

(25) Apareció en el Proyecto de Ley 121/00030, sobre responsabilidad medioambiental que, publicado pocos meses antes de la aprobación definitiva de la LRMA, fue su precedente parlamentario inmediato. El Proyecto de Ley se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, de 23 de marzo de 2007 (VIII Legislatura, Serie A, núm. 130-1) y su texto íntegro puede consultarse en http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/BOCG/A/A_130-01.PDF (véase, Ariadna AGUILERA RULL y Alberto AZAGRA MALO, «Transposición de la Directiva 2004/35/CE, de 21 de abril, sobre responsabilidad medioambiental, en Alemania y en España», en *InDret* 03/2007.) El Proyecto introdujo la mancomunidad como el régimen de organización de la pluralidad de operadores responsables con los mismos términos que emplea el vigente artículo 11 LRMA. Sin embargo, propuestas anteriores de adaptación de la Directiva a nuestro Derecho habían optado por la solidaridad entre los responsables del daño al medio ambiente.

El primer documento de trabajo de trasposición de la Directiva, elaborado en abril de 2005 (<http://www.camarazaragoza.com/medioambiente/docs/documentacion/documentacion38.pdf>), propuso la adopción de un régimen de responsabilidad solidaria en su artículo 8.3 («La responsabilidad será solidaria en caso de pluralidad de titulares cuando no sea posible individualizar comportamientos ni determinar el grado de participación de cada uno de ellos»). De igual modo, el artículo 11 del Borrador de Anteproyecto de Ley de responsabilidad medio ambiente (<http://www.camarazaragoza.com/medioambiente/docs/documentacion/documentacion40.pdf>) que se sometió a información pública el 17 de enero de 2006 preveía la solidaridad («La responsabilidad de los operadores cocausantes de un mismo daño o de la amenaza inminente de causarlo será solidaria salvo que resulte probado el grado respectivo de su contribución a la producción de aquéllos»).

(26) La opción del artículo 11 LRMA por la mancomunidad es una excepción en el panorama de las leyes de otros Estados miembros que han adaptado Directiva 2004/35/CE a sus respectivos derechos internos. En el momento en el que se aprobó la LRMA, el legislador alemán ya había adaptado la Directiva mediante la *Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Umwelthaftung zur Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden*, aprobada el 10 de mayo de 2007 y en vigor desde noviembre de ese año, cuyo parágrafo 9.2 I prevé la responsabilidad solidaria entre los varios operadores responsables. De igual modo, otras adaptaciones nacionales de la Directiva, posteriores a la ley española, prevén la responsabilidad solidaria entre los varios operadores responsables. Así, el artículo 4 del *Decreto-Lei 147/2008*, de 29 de julio, que traspuso la Directiva al Derecho portugués, y la sección 28 de *The Environmental (Prevention and Remediation) Regulations*, vigentes desde marzo de 2009, que hizo lo propio en el Reino Unido.

ciada por el Derecho español de responsabilidad civil a la pluralidad de causantes de un mismo daño. Su régimen básico es el previsto en el artículo 1137 del Código Civil:

La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente, las cosas objeto de la misma. Solo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria.

Cuando la obligación de reparar sea solidaria, la víctima del daño —incluso la Administración actuante si fuera el caso— puede exigir de cualquiera de los responsables la reparación del daño causado, con independencia de la contribución real al daño causado del agente demandado (cfr. art. 1144 CC). Una vez reparado el daño, el responsable que hizo frente al pago de la indemnización dispone de una acción de regreso contra el resto de corresponsables. En la relación interna entre corresponsables solidarios, cada uno habrá de reembolsar la parte del daño de la que fue responsable. Si alguno de ellos es insolvente, su cuota será cubierta por el resto en proporción a las cuotas respectivas (cfr. art. 1145 CC). La solidaridad refuerza, de este modo, la posición de la víctima en el proceso: le facilita la reclamación, pues cualquiera de los corresponsables está obligado a reparar todo el daño, le ahorra los costes de identificación de las cuotas de responsabilidad de cada uno de los causantes del daño y, en fin, le evita el riesgo de la insolvencia de alguno de ellos.

La elección de la mancomunidad en el artículo 11 LRMA fue una novedad en un Derecho, como el español, en el que hace décadas que las leyes especiales que regulan sectores específicos de actividad prevén la solidaridad para los casos en que no sea posible identificar las contribuciones individuales de varios responsables al daño causado. Puede afirmarse, de hecho, que la solidaridad es la solución —casi— universal del Derecho español de daños a los problemas de prueba de la causalidad, la participación o la autoría en la actividad que causó daños.

Es cierto que probablemente las cosas no deberían ser así, pues el artículo 1137 del Código Civil concibe una solidaridad a la que solo se llega por pacto expreso entre quienes se someten a tal régimen; hasta el punto de que se habla en nuestro ordenamiento de una «presunción de no solidaridad» (27). Sin embargo, es indiscutible que las leyes especiales que han tenido que proponer una solución a los problemas de imputación de la res-

(27) La expresión fue acuñada por Antonio HERNÁNDEZ GIL en su trabajo «El principio de no presunción de la solidaridad», en *Revista de Derecho Privado*, 1947, págs. 81 a 96, que ejerció gran influencia en la doctrina civil posterior. Sobre el tema, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, *La no presunción de solidaridad en las obligaciones. Estudio en torno a la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

ponsabilidad entre varios agentes han optado desde hace décadas por la responsabilidad solidaria (28).

De igual modo, la jurisprudencia civil española impone la solidaridad, incluso en ausencia de pacto previo y de ley especial habilitante, en los casos en que no es posible imputar cuotas individuales de responsabilidad a varios agentes demandados. De hecho, la jurisprudencia civil, para escapar de las restricciones que le impone la estrecha concepción de la solidaridad del artículo 1137 del Código Civil, aplica la que denomina «solidaridad impropia», que le permite, precisamente, imponer tal régimen a los varios responsables de un mismo daño (29).

De hecho, las condenas civiles a varios responsables por daños que se calificarán ahora como medioambientales han sido tradicionalmente solidarias. Así, por ejemplo, la STS, 1.ª, de 2-2-2001 (RJ 1003), que casó las sentencias de las instancias y condenó solidariamente a la empresa y al particular responsables de las emisiones de áridos que afectaban a la finca de los demandantes. Se trataba, afirmó la Sala, de la mejor manera de proteger a las víctimas del daño.

b) *Una excepción a las normas de responsabilidad por daños causados a recursos naturales*

El artículo 11 LRMA es extraño a las previsiones de otras normas de protección de recursos naturales que optaron —antes y después de la promulgación de la LRMA— por la solidaridad. Tal es el caso, entre otras, de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, que impone obligaciones generales de respeto al medio ambiente y de protección de recursos naturales

(28) Así, y para hacer referencia solo a algunas de las más recientes, la STS, 1.ª, de 2-1-2007 (RJ 1277), en la que se resume la doctrina de la Sala Primera sobre la solidaridad entre los responsables de un daño, y la STS, 1.ª, de 1-10-2008 (RJ 2009/134), que resolvió la demanda presentada contra varias empresas y aseguradoras por los daños causados por el incendio del Pabellón de los Descubrimientos de la Exposición Universal de Sevilla de 1992.

(29) Son clásicos sobre el tema los trabajos de Manuel ALBALADEJO GARCÍA, «Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito común», en *Anuario de Derecho Civil*, 1963, págs. 345 a 376; Francisco SANCHO REBULLIDA, «La mancomunidad como regla general en las obligaciones civiles», en *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, III, Euns, Pamplona, 1969; José Ricardo LEÓN ALONSO, *La categoría de la obligación in solidum*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1978; Ángel CRISTÓBAL MONTES, *Mancomunidad y solidaridad en la responsabilidad plural por acto ilícito civil*, Bosch, Barcelona, 1985; y Ricardo DE ÁNGEL YÁGÜEZ, «Indeterminación del causante de un daño extracontractual», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 254, págs. 23 a 76. Más recientemente, Juan CARRASCO PALAU, «En torno a la condena in solidum de los responsables, ex artículo 1591 del Código Civil», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, IV, Civitas, Madrid, 1996.

a los titulares de actividades y explotaciones industriales y cuyo artículo 33.3 dispone que:

Cuando en aplicación a la presente Ley dos o más personas resulten responsables de una infracción y no fuese posible determinar su grado de participación, serán solidariamente responsables a los efectos de las sanciones que se deriven.

Las normas sectoriales también han optado tradicionalmente por la responsabilidad solidaria de los varios responsables de un daño al medio ambiente o de la infracción de una norma protectora de recursos naturales o de bienes naturales de especial protección. Así, el artículo 19.2 de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias:

Cuando no sea posible determinar el grado de participación de las distintas personas que hubiesen intervenido en la realización de la infracción, la responsabilidad será solidaria, sin perjuicio del derecho a repetir frente a los demás participantes, por parte de aquel o aquellos que hubieran afrontado las responsabilidades.

También la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos, en la que la letra b) del artículo 32.2 prevé la responsabilidad solidaria cuando no sea posible individualizar la responsabilidad de los varios operadores responsables de la misma infracción. De acuerdo con el precepto, la responsabilidad que impone la ley será solidaria (30):

b) Cuando sean varios los responsables y no sea posible determinar el grado de participación de cada uno en la realización de la infracción.

El artículo 116 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, prevé, en idéntico sentido que:

(...) La responsabilidad será solidaria cuando sean varios los responsables y no sea posible determinar el grado de participación de cada uno de ellos en la comisión de la infracción.

De igual modo, la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, cuyo artículo 70.2 impone la responsabilidad solidaria:

Cuando no sea posible determinar el grado de participación de las distintas personas que hubiesen intervenido en la realización de una infracción, la

(30) Véase, Fernando GÓMEZ POMAR y Marian GILI SALDAÑA, «Responsabilidad por daños al medio ambiente y por contaminación de suelos: problemas de relación», en Juan Antonio MORENO MARTÍNEZ (coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, cit., págs. 299 a 336; y Carlos DE MIGUEL PERALES, «La Ley 10/1998, de Residuos: posesión, propiedad y otras cuestiones de Derecho Civil», en *Revista Jurídica La Ley*, núm. 5453, págs. 1 a 19.

responsabilidad será solidaria, sin perjuicio del derecho a repetir frente a los demás participantes, por parte de aquel o aquellos que hubieran hecho frente a las responsabilidades.

En otras ocasiones, la ley asocia la solidaridad a la titularidad conjunta de la actividad que causa daños, que infringe normas imperativas o que hace ambas cosas a la vez. Posibilidad que obvia la LRMA, que parece no haber previsto que el daño al medio ambiente sea consecuencia de una actividad de la que son titulares varios operadores. El supuesto lo resolvió, en los casos en que resulta de aplicación, el artículo 8.3 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, conforme al cual son solidarios todos los titulares de una explotación (31):

En el caso de titularidad compartida de permisos de investigación o concesiones de explotación, el conjunto de titulares deberá designar a uno de ellos como operador, sin perjuicio de su responsabilidad solidaria frente a la Administración por todas las obligaciones que de ellos se deriven. (...)

Sin duda, las normas mencionadas son aquéllas a las que genéricamente se refiere el artículo 11 LRMA cuando prevé que la responsabilidad de los operadores responsables de un daño al medio ambiente será mancomunada, *[a] no ser que por ley especial que resulte de aplicación se disponga otra cosa*. Los ejemplos referidos permiten intuir que la aplicación de la mancomunidad prevista en el artículo 11 LRMA será menos general de lo que la norma apunta. Sin embargo, y precisamente por ello, sorprende que la LRMA haya optado por tal régimen jurídico, en lugar de seguir la doctrina general y las normas especiales de aplicación. De hecho, la convivencia de una regla de mancomunidad aplicable a los daños a recursos naturales para los que no exista una regulación específica, con otras especiales de solidaridad en los sectores regulados será, más que previsiblemente, problemática.

La originalidad de la regla del artículo 11 LRMA destaca en un sistema, como el español, que prevé con carácter general la posibilidad de una responsabilidad administrativa solidaria. El vigente artículo 130.3 LRJPAC prevé expresamente la imposición solidaria de sanciones, a la que debería seguir, en su caso, la solidaridad por los daños derivados de la infracción:

Cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en una disposición legal corresponda a varias personas conjuntamente, responderán de forma solidaria de las infracciones que, en su caso, se cometan y de las sanciones que se impongan.

Serán responsables subsidiarios o solidarios por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley que conlleven el deber de prevenir la infracción administrativa cometida por otros, las personas físicas y jurídicas sobre

(31) Véase, Jesús PINTOS AGER y Pedro DEL OLMO GARCÍA, «Responsabilidad civil por vertidos de hidrocarburos», en *InDret* 01/2003.

las que tal deber recaiga, cuando así lo determinen las leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores.

Para mayor desconcierto de los potenciales responsables por daños al medio ambiente, una norma posterior a la LRMA, el artículo 75 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad prevé a la solidaridad como regla en los supuestos de concurrencia de sujetos responsables:

2. *Sin perjuicio de las sanciones penales o administrativas que en cada caso procedan, el infractor deberá reparar el daño causado en la forma y condiciones fijadas en la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental. El infractor estará obligado a indemnizar los daños y perjuicios que no puedan ser reparados, en los términos de la correspondiente resolución.*

3. *La valoración de los daños al medio ambiente, necesaria para la determinación de las infracciones y sanciones reguladas en este Título, se realizará de acuerdo con el método de evaluación a que se refiere la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental y sus disposiciones de desarrollo.*

4. *Cuando no sea posible determinar el grado de participación de las distintas personas que hubiesen intervenido en la realización de la infracción, la responsabilidad será solidaria, sin perjuicio del derecho a repetir frente a los demás participantes por parte de aquel o aquellos que hubieran hecho frente a las responsabilidades. (...)*

c) *Una excepción a las normas sobre pago de la reparación de los daños al medio ambiente*

La mancomunidad prevista en el artículo 11 LRMA resulta, por último, de difícil encaje en el sistema de responsabilidad que diseña la propia Ley. En efecto, la misma LRMA, que en su artículo 11 declara que será mancomunada la responsabilidad de varios operadores responsables dispone, en su artículo 13.1 que:

Serán responsables solidarios de pago de las obligaciones pecuniarias que resulten de esta ley los sujetos a los que se refiere el artículo 42.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

El vigente artículo 42 LGT, prevé los supuestos de solidaridad por el pago de la deuda tributaria. Su primer apartado prevé la solidaridad para quienes causen o colaboren activamente en la realización de una infracción tributaria. El artículo 42.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT, a partir de ahora) declara responsables solidarios del pago de la deuda tributaria a las siguientes personas o entidades:

- a) *Las que sean causantes o colaboren en la ocultación o transmisión de bienes o derechos del obligado al pago con la finalidad de impedir la actuación de la Administración Tributaria.*
- b) *Las que, por culpa o negligencia, incumplan las órdenes de embargo.*
- c) *Las que, con conocimiento del embargo, la medida cautelar o la constitución de la garantía colaboren o consientan en el levantamiento de los bienes o derechos embargados o de aquellos bienes o derechos sobre los que se hubiera constituido la medida cautelar o la garantía.*
- d) *Las personas o entidades depositarias de los bienes del deudor que, una vez recibida la notificación del embargo, colaboren o consientan en el levantamiento de aquéllos.*

En todos los supuestos se intuye la ejecución de comportamientos dirigidos a frustrar la pretensión de la Hacienda pública. Es precisamente la obstrucción del pago de la deuda tributaria la que fundamenta la solidaridad. En el artículo 42.2 LGT, al que expresamente se remite la LRMA, se asocia la solidaridad a comportamientos obstativos a la vía administrativa de apremio (32). La solidaridad evoca, de este modo, finalidades equivalentes a los de una sanción: quien coopera con el infractor o dificulta, con culpa o dolo, el cobro de la deuda responde solidariamente de ella, es decir, se convierte a su vez en deudor del importe íntegro.

La remisión al artículo 42.2 LGT es un mecanismo de protección frente a operaciones de fraude que, realizadas por un tercero, pretenden impedir el cobro de las reparaciones de los daños causados. Quien colabore con el operador responsable en la ocultación o desvío de sus bienes o dificulte la labor recaudadora de la Administración, responderá solidariamente de los daños causados. La LRMA no se remite al primer apartado del artículo 42 LGT pues, como ya se ha indicado, en él se impone la responsabilidad solidaria a quienes infringen de consuno un deber tributario y para los que serían los comportamientos equivalentes el artículo 11 LRMA ya dispone la mancomunidad. La remisión se limita al segundo de los apartados del artículo 42 LGT, que solidariza con el responsable a los terceros que obstruyan la labor de la Administración competente.

(32) «Los presupuestos de esta responsabilidad (...) vienen a tomar por referencia la perspectiva de la llamada responsabilidad extracontractual (...) conllevando cierta tendencia a su objetivación a partir de la existencia de un daño antijurídico cuya intencionalidad de producción resulta implicada por los deberes de diligencia requeridos por la situación o circunstancias del agente, sin precisar en él un propósito de causar perjuicio al acreedor». Arturo ZABALA RODRÍGUEZ-FORNOS, «Comentario al artículo 42 LGT», en Juan Manuel HERRERO DE EGAÑA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, *Comentarios a la Ley General Tributaria*, vol. I, Thomson Aranzadi, 2008, pág. 361. Sobre el tema es clásico el trabajo de Fernando SAINZ DE BUJANDA, «La responsabilidad tributaria en régimen de solidaridad», en *Economía Financiera Española*, núm. 30, 1969, págs. 6 a 17. Para un análisis del régimen vigente, Mercedes NAVARRO EGEA, *El responsable tributario*, Iustel, Madrid, 2006; y Javier GALÁN RUIZ, *La responsabilidad tributaria: Ley 230/1963 y 58/2003*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005.

De todos modos, no parece fácil el encaje de la responsabilidad mancomunada de los operadores responsables con la solidaria de aquéllos que pretendan protegerles en la fase de ejecución de su responsabilidad u obstruyan, en general, la labor de ejecución de las deudas contraídas por las reparaciones al daño ambiente o por las sanciones derivadas de los daños causados.

El mecanismo que diseña la LRMA supone que cada uno de los responsables mancomunados puede traer al proceso a terceros cómplices de su insolvencia culpable. Sin embargo, la remisión que el artículo 13 LRMA efectúa a favor del artículo 42.2 LGT no aclara si la solidaridad lo será entre los terceros, en caso de que sean varios, o entre éstos y cada uno de los terceros a los que hayan asistido en el fraude. Lo primero es extraño, pues supone que los terceros, que responderán solidariamente, lo harían de forma más gravosa que los operadores responsables del daño medioambiental por el que se inicia el procedimiento administrativo y que serán solo responsables mancomunados. Parece que la LRMA pretende lo segundo, es decir, la solidaridad entre el operador responsable y el tercero identificado por el artículo 42.2 LGT y que la Administración y las víctimas puedan reclamar de cualquiera de los dos el importe íntegro de los daños causados. Aunque la solución legal no deja, en ese caso de ser peculiar, pues mientras los operadores están unidos entre sí por vínculos de mancomunidad, cada uno de ellos lo está de forma solidaria con los terceros que pongan trabas al proceso de cobro de la responsabilidad (33). Resulta difícil imaginar, en ese caso, de qué forma habrá de plantearse el proceso judicial contra todos ellos, unidos por vínculos diferentes pero obligados a la reparación de los mismos daños o al pago de las mismas sanciones.

Se plantean problemas similares en los casos en que los hechos que dieron lugar a la responsabilidad medioambiental sean constitutivos, a la vez, de delitos contra los recursos naturales (arts. 325 a 331 CP) o de delitos relativos a la protección de la flora y la fauna (arts. 332 a 337 CP) (34). En ese caso, los

(33) Desde luego, los terceros a que se refiere el artículo 42.2 LGT y que el artículo 13 LRMA trae al proceso de responsabilidad medioambiental no responderán de forma subsidiaria. El propio artículo 13 LRMA se encarga de identificar los sujetos que responderán subsidiariamente respecto de los operadores. La identificación de los responsables subsidiarios es criticable. En ella se encuentran muchos de los sujetos que serán operadores y, por tanto, responsables principales y mancomunados. También constan como responsable subsidiarios algunos supuestos previstos en el artículo 42.1 LGT que, como ya se ha visto, impone responsabilidades solidarias. El análisis de esos problemas, a pesar de su importancia práctica, supera los límites de este trabajo.

(34) Cuando así suceda, el artículo 339 CP dispone que: *Los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar la adopción, a cargo del autor del hecho, de medidas encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como adoptar cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este Título.* Esas medidas serán, tras la aprobación de la LRMA, las que la ley impone a los operadores responsables. Sobre los delitos contra el medio ambiente y los problemas prácticos que supone la penalización de las conductas que afectan a los recursos naturales. Jesús SILVA

imputados en vía penal pueden estar obligados al pago de la responsabilidad civil derivada de delito o falta por los daños causados a las víctimas. Tal responsabilidad será decidida, a elección de las víctimas, por el mismo juez penal que conozca de la causa criminal o por uno civil en un procedimiento que se iniciará al efecto ante esa jurisdicción (cfr. art. 109 CP). Si la responsabilidad civil derivada de delito o falta se resuelve en el mismo proceso criminal y son varios los responsables del mismo daño al medio ambiente, el juez penal habrá de aplicar lo previsto en el artículo 116 CP, conforme al cual:

1. *Toda persona criminalmente responsable de un delito o falta, lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. Si son dos o más los responsables de un delito o falta, los Jueces o Tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno.*

2. *Los autores y los cómplices, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas, y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables.*

La responsabilidad subsidiaria se hará efectiva: primero, en los bienes de los autores, y después, en los de los cómplices.

Tanto en los casos en que se haga efectiva la responsabilidad solidaria como la subsidiaria, quedará a salvo la repetición del que hubiere pagado contra los demás por las cuotas correspondientes a cada uno.

El precepto no es de fácil inteligencia, pues la combinación de solidaridad y subsidiaridad que propone es contradictoria: si todos son responsables solidarios de la indemnización debida por los daños causados, carece de sentido establecer responsabilidades subsidiarias. En la solidaridad todos quedan obligados al pago íntegro de la deuda y la subsidiaridad a la que se refiere la norma se suple con la cobertura mutua de la insolvencia que opera en la relación interna entre corresponsables solidarios. Parece que el precepto impone la necesidad de distinguir las cuotas de responsabilidad civil atribuibles a autores y a cómplices y establece cierta jerarquía entre ambos grupos de responsables (35). Todos responden solidariamente con los miembros de su grupo y subsidiariamente, los cómplices asumirán la insolvencia de los autores, aunque la aplicación práctica del procedimiento contradice los esquemas propios de la solidaridad, cuya función típica es, precisamente, evitar al deu-

SÁNCHEZ, *Delitos contra el medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, y Bernardo JOSÉ FEJOO SÁNCHEZ, *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente*, Civitas, Madrid, 1992. La penalización de las conductas que dañen recursos naturales ha venido impuesta a todos los Estados miembros, además, por la reciente Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho Penal (DOCE de 6 de diciembre de 2008).

(35) Sobre los problemas prácticos del precepto y su posible interpretación, véase Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, Dykinson, Madrid, 1997, pág. 178 y sigs.; y Vicente MONTÉS PENADÉS, «Comentario al artículo 116 CP», en Tomás S. VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 619 y sigs.

dor —la víctima en este caso— acudir al expediente de la responsabilidad subsidiaria.

En todo caso, lo que parece claro es que no resultará fácil aplicar la mancomunidad del artículo 11 LRMA en los casos en que el daño causado sea consecuencia, a su vez, de conductas tipificadas como delito o falta, pues en ese caso el juez de lo penal habrá de aplicar la curiosa combinación de responsabilidades solidarias y subsidiarias que prevé el artículo 116 CP.

3. UN PROBLEMA TERMINOLÓGICO

El artículo 11 LRMA prevé la mancomunidad entre los varios responsables de un mismo daño medioambiental, pero no define lo que por «mancomunidad» entre los varios operadores responsables deba entenderse. El problema es que el Código Civil, donde deberían poder encontrarse las consecuencias de tal régimen jurídico, no caracteriza de forma unívoca el fenómeno de la mancomunidad.

El Código Civil dedica sus artículos 1137 a 1148 a la concurrencia de acreedores o deudores en una obligación, la mayoría de los cuales (arts. 1140 a 1148 CC) regulan diferentes aspectos de las obligaciones solidarias. Ya se ha hecho referencia al primero de ellos, el artículo 1137 del Código Civil, que impone el pacto para la solidaridad y lleva el régimen básico de las situaciones de pluralidad a otras formas de organización de la concurrencia de acreedores o deudores. El artículo 1138 del Código Civil, enunciado con carácter general, dispone que:

Si del texto de las obligaciones a las que se refiere el artículo anterior no resulta otra cosa, el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros.

De todos modos, el propio Código es consciente de que, en ocasiones, la división de la obligación en partes iguales no será posible, por la naturaleza misma de la prestación o por las exigencias que impone la satisfacción del interés del acreedor. Por ello, el artículo 1139 del Código Civil prevé que:

Si la división fuere imposible, solo perjudicarán al derecho de los acreedores los actos colectivos de éstos, y solo podrá hacerse efectiva la deuda procediendo contra todos los deudores. Si alguno de éstos resultare insolvente, no estarán los demás obligados a suplir su falta.

Por tanto, de acuerdo con el diseño del Código Civil, la obligación que deba ser cumplida por varios, solo será solidaria cuando así se haya pactado. De otro modo, se procederá a la división por partes iguales de la prestación,

salvo que la división sea imposible, en cuyo caso el Código impone el cumplimiento conjunto. Existen, por tanto, tres formas legales de organizar la pluralidad: la solidaridad de todos, la independencia de todos y cada uno y la actuación colectiva. El problema es que el mismo Código que prevé los tres regímenes previstos en los artículos 1137, 1138 y 1139 del Código Civil, los incluye en una sección cuyo título, «De las obligaciones mancomunadas y de las solidarias», solo hace referencia a dos categorías (36).

La disparidad entre el título de la sección y su contenido no es un problema para las obligaciones solidarias. Definidas *a contrario* por el artículo 1137 del Código Civil, queda claro que la solidaridad reconoce a su beneficiario la posibilidad de exigir el cumplimiento o la obligación de cumplir toda la prestación. El problema aparece cuando se quiere identificar el régimen jurídico básico de las obligaciones mancomunadas, pues el Código no indica si éstas son las definidas en el artículo 1138 del Código Civil, que prevé la división por partes iguales, o en el artículo 1139 del Código Civil, que impone la actuación colectiva.

Aplicado a nuestro objeto de estudio, el problema implica determinar si la mancomunidad prevista en el artículo 11 LRMA entre los operadores responsables del daño medioambiental supone que la reparación deberá ser exigida por partes iguales a cada uno de ellos, con base en el artículo 1138 del Código Civil, o a todos de una vez y forzando el cumplimiento conjunto, conforme al artículo 1139 del Código Civil.

El Código Civil no ayuda a resolver la duda, es más, complica todavía más el problema cuando, en el artículo 1150 del Código Civil dispone que:

La obligación indivisible mancomunada se resuelve en indemnizar daños y perjuicios desde que cualquiera de los deudores falta a su compromiso. Los deudores que hubiesen estado dispuestos a cumplir los suyos, no contribuirán a la indemnización con más cantidad que la porción correspondiente del precio de la cosa o del servicio en que consistiere la obligación.

Con lo que da a entender que existe una mancomunidad divisible, no referida expresamente por el Código, y otra indivisible, a la que se dedica el artículo transcrito y que puede ser de aplicación a muchas variadas obligaciones, pues según el artículo 1151 del Código Civil:

(36) Para una explicación general del régimen jurídico de las obligaciones con pluralidad de sujetos en alguna de las partes de la obligación, véase Jorge CAFFARENA LA-PORTA, «Comentario a los artículos 1137 a 1148 del Código Civil», en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Luis Díez-PICAZO, Cándido PAZ-ARES y Pablo SALVADOR CODERCH (coord.), *Comentarios del Código Civil*, 2.ª ed., Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1993; Vicente GUILARTE ZAPATERO, «Comentario a los artículos 1137 a 1140 del Código Civil», en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (coord.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XV, vol. 2, Edersa, Madrid, 1983.

Para los efectos de los artículos que preceden, se reputarán indivisibles las obligaciones de dar cuerpos ciertos y todas aquellas que no sean susceptibles de cumplimiento parcial.

Las obligaciones de hacer serán divisibles cuando tengan por objeto la prestación de un número de días de trabajo, la ejecución de obras por unidades métricas, u otras análogas que por su naturaleza sean susceptibles de cumplimiento parcial.

En las obligaciones de no hacer, la divisibilidad o indivisibilidad se decidirá por el carácter de la prestación en cada caso particular.

De tal manera que la regla general del artículo 1138 del Código Civil (división de la deuda o el crédito cuando sean varios los obligados) es menos general de lo que afirma el Código y la regla residual del artículo 1139 del Código Civil (actuación conjunta de los varios acreedores o deudores) es más frecuente de lo que parece tras una primera lectura de los preceptos del Código (37).

El origen de la confusión está en el doble criterio empleado por el Código Civil para la regulación de las obligaciones con una pluralidad de sujetos. De igual forma que el Código francés de 1804, que le sirvió de modelo, el nuestro distingue la regulación de las obligaciones mancomunadas y solidarias de la prevista para las obligaciones divisibles e indivisibles (arts. 1149 a 1151 CC), a pesar de que las segundas son verdaderamente problemáticas cuando concurrir más de un sujeto en alguna de las partes de la obligación. De hecho, la discusión clásica ha sido si era posible pactar la solidaridad de una obligación indivisible, pues el Código impone en ese caso el cumplimiento conjunto y la solidaridad, por definición, prevé el cumplimiento íntegro por cualquiera de los obligados (38).

(37) Es indivisible la obligación no susceptible de cumplimiento parcial, bien por la naturaleza de la prestación, bien por la voluntad de las partes. La importancia de las obligaciones indivisibles no es pequeña. «(...) me atrevería a decir que la mayor parte de las obligaciones naturalmente divisibles que nacen de un contrato bilateral pasan a ser indivisibles simplemente como consecuencia del sinalagma obligacional». Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Las obligaciones divisibles e indivisibles», en *Anuario de Derecho Civil*, 1973, págs. 507 a 584. La cita es de la pág. 547. El mismo, en «Comentario al artículo 1151 del Código Civil», Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XV, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 1985, pág. 439: «(...) la obligación indivisible no constituye un supuesto excepcional, a pesar de la engañosa redacción del artículo 1138 del Código Civil, sino que, por el contrario, parece el caso más frecuente, dado el posible contenido de las diversas prestaciones, así como los requisitos que la doctrina impone para admitir a efectos del artículo 1138 del Código Civil, la divisibilidad de la prestación».

(38) Sobre el tema, en extenso y con explicación detallada de los orígenes históricos de la regulación del Código, Santiago ESPIAU ESPIAU, *Las obligaciones indivisibles en el Código Civil español*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992. También, Ángel CRISTÓBAL MONTES, «La distinción entre indivisibilidad y solidaridad», en *Revista de Derecho Privado*, 1992, págs. 1003 a 1014.

El criterio de la clasificación de las obligaciones en mancomunadas o solidarias, que siguen los artículos 1137 a 1139 del Código Civil, atiende al cumplimiento de la prestación a la que están obligados varios sujetos o sobre la que varios tienen derecho. La razón de la clasificación se encuentra, en ese caso, en los sujetos de la obligación y la forma de obligarse. El criterio de la clasificación de las obligaciones en divisibles o indivisibles atiende, sin embargo, a la aptitud del objeto debido de ser satisfecho por partes, de manera que cada parte conserve proporcionalmente las cualidades y el valor del todo, según la naturaleza de la prestación y la voluntad de los interesados en su cumplimiento. La clasificación trae su razón, por tanto, en el objeto de la obligación y los pactos de las partes al respecto.

Así, el codificador sometió a un doble régimen a las obligaciones de varios sujetos: *a)* por un lado, las considera en función de la eficacia del título que une a los sujetos, clasificándolas en solidarias y mancomunadas; *b)* por otro lado, las regula en función del fraccionamiento de su objeto, distinguiendo las obligaciones divisibles de las indivisibles.

Los dos criterios de clasificación, en función del objeto y en función de los sujetos, son teóricamente compatibles pero se superponen en la práctica cuando una obligación indivisible recae sobre varios individuos. El solapamiento de ambos criterios provoca problemas como el que es objeto de este trabajo, pues el Código Civil no ofrece criterios suficientes para determinar si, en presencia de una determinada obligación puesta a cargo de varios sujetos, su objeto impone el régimen propio de las obligaciones divisibles o el de las indivisibles.

La LRMA no indica si la «mancomunidad» que el artículo 11 impone a los varios responsables de un mismo daño al medio ambiente se corresponde con el régimen jurídico previsto en el artículo 1138 del Código Civil, división por partes iguales, o con el del artículo 1139 del Código Civil, actuación conjunta contra todos los deudores. Siguiendo a la mejor doctrina, las primeras se identificarán como obligaciones parciarias; y las segundas como obligaciones en mano común (39).

Las consecuencias de optar por uno u otro son más que relevantes, pues como se verá en las páginas siguientes, condicionan el ejercicio de las acciones que corresponden a la Administración y las víctimas del daño al medio ambiente. Lo que parece obvio, y no solo a efectos del artículo 11 LRMA, es que la «mancomunidad» no puede referirse indistintamente a las obligaciones que se dividen por partes iguales entre los obligados y a aquéllas en que se impone el cumplimiento conjunto. Queda manifiesta la deficiente categorización del Código que parece que concibe la mancomunidad como un régimen único y genérico opuesto al de solidaridad. Por ello, antes de analizar el régi-

(39) Véase, por todos, Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, 6.^a ed., Civitas, Madrid, 2008, pág. 198 y sigs.

men que habrá de regular la pluralidad de operadores responsables se impone dar nombre a las categorías que manejan los artículos 1138 y 1139 del Código Civil y que el Código incluye en la rúbrica común de «mancomunidad».

4. RESPONSABILIDAD EN MANO COMÚN

De acuerdo con las previsiones del Código Civil, la primera posibilidad es entender que la mancomunidad a la que remite el artículo 11 LRMA es la responsabilidad conjunta o en mano común regulada en los artículos 1139 y 1150 del Código Civil. Al fin y al cabo, tanto el término «mancomunidad», como la expresión «en mano común» de la que deriva, se refieren, precisamente, al resultado de la unión de dos o más personas y no hay unión más clara en la regulación del Código Civil que la prevista en el artículo 1139 del Código Civil: *[s]ólo podrá hacerse efectiva la deuda procediendo contra todos los deudores*. En tal caso, siendo varios los operadores responsables, la acción de reclamación debería ejercerse contra todos ellos.

A favor de tal opción está la propia dicción del artículo 11 LRMA, que impone la mancomunidad como regla general, sin limitarla a los casos en que no sea posible probar las cuotas individuales de responsabilidad de cada uno de los operadores. En los ejemplos de otras leyes de protección del medio ambiente o de los recursos naturales que se han traído al apartado anterior de este trabajo, la solidaridad era la solución en los casos en que no pudieran identificarse las responsabilidades respectivas de varios los agentes culpables. La solución adoptada por cada una de esas leyes es la de imponer la solidaridad para evitar que opere la regla de defecto que nuestro ordenamiento prevé para la concurrencia de obligados a dar o hacer algo y que es, como se ha visto, la división de la deuda en partes iguales (cfr. art. 1138 CC). En los ejemplos legales analizados en el apartado anterior, además de por otros motivos, la solidaridad se prevé, sin duda, para soslayar la aplicación de una responsabilidad simplemente parciaria que, por imposible, frustraría los procesos en que las cuotas de responsabilidad no fueran identificables. En tales casos, se entiende que la regla general es la división de la responsabilidad, salvo que no sea posible individualizar las contribuciones al daño, en cuyo caso la responsabilidad será solidaria.

El punto de partida del artículo 11 LRMA es diferente, pues en él la mancomunidad no es solución de defecto, sino regla general para todos los casos en que la responsabilidad por el daño al medio ambiente o la amenaza de causarlo sea imputable a una pluralidad de operadores. Si con la referencia a la mancomunidad, el legislador quiso referirse a la distribución por partes de la responsabilidad, es decir, a la responsabilidad parciaria, habrá que concluir que el artículo 11 LRMA es irrelevante por innecesario, pues en su

ausencia se aplicaría de igual modo la regla general de defecto que provee el artículo 1138 del Código Civil.

Por el contrario, si se asume que el legislador quiso imponer en el artículo 11 LRMA un régimen diferente al que se impondría en su ausencia, habrá que concluir que la mancomunidad a que se refiere el precepto no es la del artículo 1138 del Código Civil, sino la del artículo 1139 del Código Civil, esto es, la responsabilidad conjunta o en mano común: la que solo puede hacerse efectiva contra todos los responsables. El artículo 11 LRMA sería, así y del mismo modo que otros preceptos que ya se han mencionado, una manera de evitar la aplicación de la regla general de defecto de división de la deuda. La única diferencia es que, hasta ahora, la regla de defecto se había excepcionado siempre a favor de la solidaridad y ahora, en el artículo 11 LRMA, la excepción opera en beneficio de la responsabilidad conjunta. Así entendido, el artículo 11 LRMA cortocircuitaría tanto la división de la responsabilidad y como la aplicación de la solidaridad para imponer un deber conjunto de reparación a quienes causaron el daño al medio ambiente.

Si la intención del legislador fue la de imponer una obligación en mano común, el artículo 11 LRMA tiene una ventaja indudable respecto de la parciariedad: evita a la víctima y a la Administración que exija la responsabilidad la prueba de las contribuciones respectivas al daño causado. La ventaja es relevante en una materia, como la ambiental en la que, como se ha visto, muchos daños lo serán por acumulación de comportamientos imputables a operadores diferentes. En tal escenario es probable que ninguno de los comportamientos lesivos llevados a cabo, considerado de forma individual, explique el daño finalmente causado, que se deberá a la acción combinada de todos y cada uno de los operadores. Dicho de otro modo, la mancomunidad soluciona complicados problemas de prueba y de imputación de la responsabilidad individual en casos en los que la suma de comportamientos, considerados aisladamente, es menor que el daño finalmente causado. De igual modo en casos en los que la última acción dañosa, sumada a las anteriores, causa daños que no se explicarían sin la concurrencia de todas ellas. La condena conjunta de todos los operadores evita tales dificultades. Al fin y al cabo, si el daño final es consecuencia de las acciones y omisiones de todos ellos, parece sensato que todos hayan de responder por él.

La mancomunidad en este caso no vendría habitualmente impuesta por la indivisibilidad de la prestación, pues ésta siempre puede traducirse en los costes de la reparación de los daños al medio ambiente que serán siempre divisibles. Es imaginable, con todo, que las medidas de prevención y de evitación que la LRMA impone a los responsables puedan exigir cierta actividad conjunta o coordinada por parte de los operadores implicados. En ese caso, en la medida en que se trate de obligaciones de hacer o de no hacer, puede entenderse que la prestación debida no es divisible. De hecho, los artículos 19 y 20

LRMA imponen obligaciones de información y de adopción de ciertas medidas a los operadores responsables y cuando el daño causado por varios sea el mismo, todos ellos deberán cumplir con tales obligaciones. En todo caso, los supuestos en que las actuaciones derivadas de la responsabilidad medioambiental no puedan ejecutarse a costa de los operadores serán los menos. De hecho, el artículo 23 LRMA prevé la actuación directa de la Administración a costa de los operadores responsables, entre otros, en los casos en:

- a) *Que no se haya podido identificar al operador responsable y no quepa esperar a ello sin peligro de que se produzcan daños medioambientales.*
- b) *Que haya diversos operadores responsables y no sea posible una distribución eficaz en el tiempo y en el espacio que garantice la correcta ejecución de las medidas.*

Cuando así suceda, y es previsible que suceda con frecuencia, la Administración reclamará los costes en que haya incurrido de los operadores por los que hubo de actuar (cfr. art. 23.3 LRMA). La propia Ley reconoce, así, que la obligación que impone a los potenciales responsables es siempre divisible, pues siempre puede traducirse en una cantidad determinada de dinero: aquélla a la que ascienda el coste de las actividades llevadas a cabo para evitar, prevenir o reparar el daño al medio ambiente.

A pesar de las ventajas que supone en los casos de daños causados por acumulación o combinación de varios comportamientos independientes, la mancomunidad, en el sentido de los artículos 1139 y 1150 del Código Civil, provoca importantes problemas prácticos. El más evidente es que la exigencia de reclamación conjunta contra todos los operadores impone que todos ellos estén presentes en el proceso —administrativo o judicial— que ha de declarar su responsabilidad. Por tanto, la ausencia de alguno de ellos impedirá la continuación del procedimiento respecto del resto.

Los efectos negativos de la mancomunidad son muy claros en sede jurisdiccional, en la que el artículo 11 LRMA, llevaría a fundamentar un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario o legal (40) de los previstos en el artículo 12.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil:

Cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada solo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente

(40) Para una explicación general de la materia y los cambios que supuso la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, véase Andrés DE LA OLIVA SANTOS e Ignacio Díez-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, 3.ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004, págs. 205 a 212. Para una visión sustantiva del litisconsorcio, Ferrán BADOSA COLL, «Los fundamentos civiles del litisconsorcio pasivo necesario», en José Manuel GONZÁLEZ PORRAS, Fernando P. MÉNDEZ GONZÁLEZ (coords.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, vol. I, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, págs. 439 a 460.

considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa.

La consecuencia inmediata de la existencia de un litisconsorcio es que cualquiera de los operadores demandados podría oponer, en su caso, la ausencia de alguno de los responsables o, al menos, demostrar que los presentes no son responsables de todo el daño causado. En ese caso, si el actor no consigue emplazarlos a todos deberán archivarse las actuaciones por defectuosa constitución de la litis.

Como sucedió con el caso que provocó la STS, 1.^a, de 13-10-1992 (*RJ* 7548). La comunidad de propietarios de una finca rústica demandó a la «Sociedad Española de Carburros Metálicos, S. A.» por el vertido de materiales contaminantes en su terreno. La acumulación de vertidos había difuminado el linde de la finca de los demandantes con el terreno de la industria y la contaminación de su suelo. La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda, pero en apelación la Audiencia Provincial de Asturias estimó la excepción de litisconsorcio pasivo necesario opuesta por la sociedad demandada. La contaminación del suelo por la que se reclamaba una indemnización podía proceder también de la industria colindante con el extremo opuesto de la finca de los actores. La Sala Primera confirmó la sentencia recurrida. Estimó la demanda en la pretensión de deslinde, pero desestimó la reparación del daño ambiental, pues para ello era preciso que estuvieran presentes en el proceso todos los posibles causantes de la contaminación de la finca de los demandantes: «(...) si la entidad demandada contamina en proporción no determinada la finca del actor, también la sufre por la actividad industrial desarrollada por la colindante sociedad dedicada a la producción de cemento y hormigón, que no ha sido traída a este pleito» (FD 3).

Así, la ventaja que la mancomunidad suponía al evitar la prueba de las respectivas contribuciones al daño en los casos en que el daño fuera por acumulación, se torna en un claro inconveniente cuando la responsabilidad de varios operadores llega a la vía jurisdiccional: cualquiera de ellos podrá enervar la acción si prueba que en el proceso no están presentes todos los potenciales responsables del daño por el que se pretende una reparación. El problema es especialmente grave cuando parte del daño por el que se reclama tiene su origen en actividades contaminadoras llevadas a cabo en el extranjero por operadores de otros países (41). En ese caso, y aunque el artículo 8 LRMA prevé

(41) Sobre el tema, Guillermo PALAO MORENO, *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente. Aspectos internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998. El 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) soluciona los problemas de ley aplicable cuando el origen y el destino de la contaminación se encuentren en Estados miembros de la Unión. El artículo 7 del Reglamento aplica a los daños ambientales la regla general del artículo 4.1: aplicación de la ley del lugar en que se produce el daño, salvo que la víctima elija fundar su pretensión en la ley del lugar generador del daño.

mecanismos de cooperación con las respectivas autoridades nacionales, el carácter transfronterizo de los daños puede frustrar su reclamación.

En definitiva, entender la mancomunidad a la que se remite el artículo 11 LRMA como la responsabilidad conjunta o en mano común que define el artículo 1139 del Código Civil supondrá en muchos casos, la frustración del proceso —administrativo y civil— de exigencia de las responsabilidades por daños causados al medio ambiente. Basta que no sea posible identificar a uno de los operadores potencialmente responsables para que la reclamación conjunta de la responsabilidad sea inviable. El riesgo, en materia de responsabilidad por daños al medio ambiente, es demasiado elevado; tanto que es de esperar que los encargados de la aplicación de la LRMA no concluyan que la responsabilidad del artículo 11 LRMA, por mancomunada, es conjunta. Al fin y al cabo, si el precepto no exige que la actuación que da lugar a la responsabilidad de varios operadores haya sido común o de consuno, tampoco se entiende por qué motivo habría de ser común el proceso y conjunta la responsabilidad que en su caso se imponga.

5. RESPONSABILIDAD PARCIARIA O POR PARTES

Los problemas derivados de la responsabilidad en mano común aconsejan obviar tal régimen jurídico en la aplicación del artículo 11 LRMA. Por tanto, si la responsabilidad a que se refiere el precepto no es conjunta o en mano común, la única solución que queda es entender que el precepto impone a los varios operadores responsables la responsabilidad del artículo 1138 del Código Civil, aquélla que se divide en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya y que, siguiendo a la mejor doctrina, hemos denominado «responsabilidad parciaria».

De este modo, cuando sean varios los responsables de un mismo daño al medio ambiente, la responsabilidad se distribuirá entre ellos de acuerdo con las respectivas contribuciones al daño causado. La distribución dará lugar a deudas independientes, ejecutables cada una de ellas de forma autónoma. La independencia de las responsabilidades respectivas no es un obstáculo para que todas ellas sean el resultado de un mismo proceso, es más, como todas ellas serán consecuencia de un mismo daño, o bien el proceso será único desde su inicio o bien se irán acumulando en él las acciones contra los responsables conforme a las reglas de los artículos 73 LJCA o 71 a 98 LEC, según proceda.

Que las responsabilidades sean individuales no debería suponer, en principio, que éstas sean iguales. La división a prorrata es una solución que el artículo 1138 del Código Civil solo prevé para los casos en que la obligación que una a varios deudores no disponga otra cosa. Por tanto, es posible que varios ope-

radores responsables de un mismo daño al medio ambiente respondan cada uno de forma diferente, cada uno en función de su grado de contribución al desastre. La parciariedad permite ajustar la responsabilidad a la gravedad de las acciones u omisiones individuales. Se solucionan, de este modo, los problemas de prueba de la causa del daño que se repara. Probada la contribución al daño de uno de los operadores potencialmente responsables, puede exigírsele la responsabilidad que corresponda, aunque otros —acaso no identificados todavía— hubieran causado también parte del daño. Como la exigencia de responsabilidad ya no es conjunta, ya no hay obstáculo en exigirla de forma independiente, pues cada cuota de responsabilidad será una deuda diferente del resto.

La responsabilidad por partes presenta, además, una ventaja importante respecto de la responsabilidad en mano común. En la medida en que cada operador se enfrenta a una responsabilidad equivalente a su grado de participación en el daño medioambiental, se facilitan las tareas de cálculo de las primas del seguro, del aval o de la reserva técnica que cada operador debe contratar o constituir conforme a lo dispuesto en los artículos 24 a 31 LRMA. De hecho la propia Ley parece asumir la responsabilidad individual cuando en su artículo 25.1 prevé, en relación con la garantía financiera obligatoria, que:

La cuantía garantizada estará destinada específica y exclusivamente a cubrir las responsabilidades medioambientales del operador que se deriven de su actividad económica o profesional.

La aplicación de la responsabilidad del artículo 11 LRMA como una responsabilidad en mano común provocará, sin duda, un encarecimiento de las primas y un aumento de las cantidades a avalar o a provisionar. La propia dinámica de la mancomunidad, que exige la reparación conjunta del daño causado, implica a todos los operadores responsables en la tarea común de la reparación, con independencia de su grado real de responsabilidad, sin otro consuelo que el de no haber de cubrir la insolvencia de alguno de los corresponsables (cfr. art. 1139 CC). Tal efecto puede ser muy perjudicial para operadores a los que el artículo 28 LRMA exime de la obligación de constituir una garantía financiera por su nivel de actividad o la escasa peligrosidad de sus actividades, pero que pueden verse envueltos, junto a otros operadores, en un proceso de reclamación de cantidades que excedan, con mucho, su capacidad económica.

La responsabilidad por partes es menos compleja. Cada uno responde conforme a su participación y cada uno queda liberado con el cumplimiento de la parte de la reparación que le corresponda, sin asumir ningún tipo de obligación —de identificación o de cobertura— de las responsabilidades en que hayan podido incurrir otros agentes. Cada obligación es independiente y para su establecimiento no hay necesidad de coordinación alguna, ni en el proceso ni en su ejecución. Así concibe el artículo 1138 del Código Civil el régimen básico de las obligaciones que ni son solidarias ni son en mano común.

La distribución por partes de la responsabilidad evita los problemas procesales causados por la ausencia de alguno de los responsables. En la parciariedad no hay litisconsorcio pasivo necesario y, por tanto, los problemas de identificación o de localización de un responsable no afectan a la responsabilidad que sea exigible al resto. La independencia de cuotas solventa, además, un problema importante que el artículo 11 LRMA puede plantear en la práctica.

El precepto prevé su aplicación cuando los varios operadores sean responsables de un mismo daño. En qué ocasiones el resultado final del perjuicio al medio ambiente sea un mismo daño será algo que, a veces, no planteará duda alguna, pero que en otras puede revestir una gran complejidad. Es, de hecho, poco probable que un comportamiento perjudicial para el medio ambiente afecte exclusivamente a un recurso natural. Lo que afecte a las aguas o al suelo, por ejemplo, perjudicará a la flora y a la fauna que habite en ellas. Así, al perjuicio de, por ejemplo, el suelo, se sumará el causado a las especies que en él habitan, a las que de él viven y, por supuesto, a los seres humanos que desarrollan en él sus actividades. En tales situaciones, será complicado afirmar que nos hayamos en presencia de un mismo daño. La exigencia de responsabilidad en mano común resultará extremadamente complicada en situaciones en que resulte difícil descubrir si se trata de reparar un mismo daño o varios daños independientes, más o menos correlacionados. En esos casos, la responsabilidad por partes parece la solución más sensata.

Podría objetarse, como ya se ha indicado, que para acabar en la parciariedad no hacía falta un precepto como el artículo 11 LRMA. De hecho, de no existir tal norma, la responsabilidad individual de un operador lo sería por el daño que causa y la de varios, por la parte del daño que han causado, pues se aplicaría por defecto la regla del artículo 1138 del Código Civil, que impone la división de la responsabilidad, salvo que otra cosa se disponga.

La objeción no tiene en cuenta, sin embargo, la complejidad que con frecuencia presenta el daño medioambiental. Ya se ha hecho referencia a la interrelación que existe entre el daño que se causa a un recurso natural y el que pueden sufrir otros recursos que dependen de él para mantener el equilibrio propio de todo ecosistema. A la vez, es intuitivo suponer que, por ejemplo, un determinado vertido no causará daños de igual gravedad a todos los recursos naturales a los que afecte, ni los causará todos en el mismo momento. Así las cosas, causado un daño puede resultar imposible determinar la medida de las participaciones de cada uno de los operadores responsables e, incluso, identificarlos a todos ellos. En tales casos, la exigencia de responsabilidad conjunta impedirá que respondan los responsables de acciones u omisiones cuyos efectos ya son conocidos o, al menos, han empezado a manifestarse.

La solución tradicional del derecho español de daños a este tipo de problemas ha sido la de trasladar a los responsables la identificación de sus cuotas de responsabilidad mediante la imposición a todos ellos de una respon-

sabilidad solidaria. En efecto, el régimen jurídico de la solidaridad traslada a la relación interna entre corresponsables los costes de su identificación y de prueba de su participación, operaciones que llevará a cabo el corresponsable que haya satisfecho por completo a la víctima del desastre. La solidaridad ha sido claramente excluida por el legislador español en el artículo 11 LRMA y acaso la principal justificación del precepto sea el interés del legislador en evitar que la responsabilidad medioambiental discurra por los trámites de la solidaridad, aunque la solución adoptada por la LRMA plantee las dudas acerca del régimen aplicable a las que se dedica este trabajo.

6. PROBLEMAS DE APLICACIÓN DE LA REGLA SOBRE PLURALIDAD DE RESPONSABLES

El artículo 11 LRMA provee una regla para los supuestos en que el daño al medio ambiente pueda ponerse a cargo de varios operadores responsables. En las páginas precedentes se ha procurado mostrar que la forma más correcta, *rectius* más ajustada a la complejidad del daño medioambiental, es entender que tal regla es una de parciariedad que impone responsabilizar a cada operador de la parte del daño debida a su comportamiento, voluntario o negligente.

Asumida la responsabilidad parciaria de los varios operadores quedan, sin embargo, otras cuestiones a las que la LRMA no dedica atención alguna. Deben destacarse dos que, previsiblemente, habrán de plantearse en los procesos en que se exija responsabilidad a varios operadores. Se trata de las dificultades para identificar las cuotas respectivas de responsabilidad y el problema derivado de la ejecución de comportamientos prohibidos por la LRMA que no causan daños adicionales a un recurso natural ya perjudicado por los comportamientos anteriores de otros agentes. Ambos problemas son independientes de la consideración de la responsabilidad del artículo 11 LRMA como mancomunada o simplemente parciaria, por lo que la elección por uno u otro régimen jurídico no ayuda a su solución. De todos modos, en las páginas siguientes se intentará mostrar también que, a pesar de sus limitaciones, el régimen de la parciariedad facilita en mayor medida la aplicación de la LRMA y la exigencia de, al menos, parte de las responsabilidades debidas.

6.1. DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD ENTRE OPERADORES

Entendida como responsabilidad en mano común o como responsabilidad por partes, la regla del artículo 11 LRMA viene abocada a individualizar la responsabilidad que sea imputable a cada uno de los operadores. En la responsabilidad en mano común, supuesta la identificación de todos los ope-

radores, será necesario identificar cuotas viriles de responsabilidad pues el régimen básico de tal responsabilidad prevé que ninguno de los corresponsables habrá de suplir la insolvencia ajena (cfr. art. 1139 CC) y que en caso de negativa o imposibilidad de cumplir por uno de ellos, los demás se liberan satisfaciendo la que sea su parte en la obligación (cfr. art. 1150 CC). En la responsabilidad por partes o parciaria, la división opera desde un principio, pues cada cuota de responsabilidad deviene una deuda independiente exigible única y exclusivamente a su deudor.

La naturaleza propia del daño medioambiental dificultará en muchos casos la distribución de la responsabilidad. En los daños finales que sean resultado de la combinación de varios comportamientos, consistentes acaso cada uno de ellos en vertidos o emisiones diferentes, la división puede ser imposible y su intento ofrecerá a los operadores responsables multitud de ocasiones de oponerse al procedimiento —administrativo o judicial— de exigencia de la responsabilidad. La ejecución de la condena se complicará en muchos casos por la concurrencia de elementos naturales que pueden agravar el daño causado. Así, el vertido a las aguas de un río causará más o menos daños en función del nivel de su caudal y el daño al suelo dependerá con frecuencia de los niveles de pluviosidad.

Así sucedió, por ejemplo, en la STS, 1.^a, de 27-10-1990 (*RJ* 8053), que resolvió la demanda conjunta contra varias empresas y los municipios de Cifuentes y Gárgoles de Arriba, ambos en Guadalajara, por la intoxicación de las aguas del río Cifuentes. La contaminación de las aguas, provocada por vertidos industriales y de aguas residuales, había intoxicado a las truchas de la piscifactoría del demandante y recurrente en casación. La sentencia de la primera instancia estimó en parte la demanda y la Audiencia de Guadalajara desestimó el recurso de apelación del actor. La Sala Primera, que asumió que todos los demandados habían vertido al río sustancias contaminantes, recordó también al recurrente que «(...) son también datos objetivos, no negados, que durante el período comprendido entre mediados del año 1982 y el año 1983 la provincia de Guadalajara sufrió una prolongada sequía que produjo una sensible disminución del caudal del río Cifuentes» (FD 2), lo que justificó que el Tribunal, que desestimó el recurso y mantuvo la condena parcial decidida por la primera instancia, considerase que era aventurado atribuir toda la responsabilidad, exclusivamente, a los vertidos de los demandados.

De todos modos, en muchos casos la causación del daño podrá ser íntegramente puesta a cargo de varios responsables. Cuando así ocurra, la tarea de individualizar las contribuciones al daño finalmente causado exigirá costosas operaciones técnicas. Con todo, la responsabilidad por partes que se propone en este trabajo como la lectura más adecuada del artículo 11 LRMA de acuerdo con la finalidad de la Ley, facilita las cosas en mayor medida que la responsabilidad en mano común. Por lo menos, vigente la parciariedad, se ahorran a la Administración y a las víctimas la exigencia de dirigir contra

todos los operadores el procedimiento de exigencia de su responsabilidad. Al mismo tiempo, la responsabilidad parciaria permite exigir las responsabilidades de los diferentes operadores responsables a medida que se vayan conociendo y concretando; lo que impide la responsabilidad en mano común, que solo puede hacerse efectiva procediendo contra todos ellos.

De todas formas, la fórmula del artículo 11 LRMA traslada a la Administración competente y a las víctimas de los daños medioambientales cuantiosos costes de identificación y de individualización. De haber optado por la solidaridad —opción expresamente abandonada por el legislador español a pesar de la libertad que le concedió la Directiva— estos costes se hubieran trasladado a la relación interna entre corresponsables solidarios y se hubieran ahorrado al contribuyente o a las víctimas de los daños al medio ambiente.

Cuando la división no sea posible, es decir, cuando no existan elementos suficientes para determinar qué parte del daño se debe al comportamiento llevado a cabo por cada uno de los operadores responsables, la única solución posible será la división de la responsabilidad por partes iguales (cfr. art. 1138 CC). La división por partes iguales tiene la ventaja de responsabilizar en alguna medida a todos los operadores del daño que han causado y evita que las dificultades de prueba fueren el archivo de las actuaciones. De todos modos, es intuitivo suponer que la distribución por igual de la responsabilidad no se ajustará, por exceso o por defecto, a la contribución real de los operadores: algunos pagarán más que lo que causaron y otros menos que lo que les correspondería. Así, podría llegarse al extremo de que el operador muy contaminante, que puede anticipar que las dificultades de prueba de la responsabilidad, se vea favorecido por la distribución a prorrata de la responsabilidad, de tal forma que carezca de incentivos para reducir sus emisiones o vertidos, pues al final habrá de responder de una parte alícuota del daño finalmente causado y al que han contribuido otros operadores. En esas mismas circunstancias, el operador menos contaminador tampoco dispone de incentivos para evitar el daño al medio ambiente, pues puede anticipar que habrá de pagar también una parte alícuota, acaso superior a su contribución real al desastre. La distribución de responsabilidad por partes iguales, que será en muchos casos la única solución posible a los graves problemas de reparto de la responsabilidad, puede acarrear una pérdida de eficacia disuasoria de la LRMA.

6.2. INFRACCIONES QUE NO CAUSAN DAÑOS

Otro problema, común a la parciariedad y a la mancomunidad, derivado de la complejidad de los daños al medio ambiente es el de los comportamientos que, a pesar de ser objetivamente contaminantes, ya no causan daño al-

guno por hallarse el recurso natural al que afectan perjudicado por completo o en un estado tal que vertidos o emisiones adicionales ya no agravan la situación en mayor medida. No es difícil imaginar un escenario en el que la acción continuada de la contaminación convierta en desgraciadamente irrelevante la actuación desconsiderada con el medio ambiente del último agente que actuó. El problema, de nuevo, vendría solventado por la solidaridad, pues tal régimen pone a cargo de todos los responsables todo el daño causado, dejando a la relación interna la identificación de la relevancia causal de cada una de sus contribuciones. Sin embargo, en un sistema, como el previsto en el artículo 11 LRMA que impone tanto a la Administración competente como a las víctimas la identificación de los comportamientos individuales de cada uno de los operadores responsables, aparecerá el problema de la responsabilidad por comportamientos contaminantes que ya no podían contaminar nada o ya no podían contaminar en mayor medida.

El problema es algo más que teórico, pues el artículo 2.2 LRMA define «daño» a los efectos de aplicación de la Ley, como:

El cambio adverso y mensurable de un recurso natural o el perjuicio de un servicio de recursos naturales, tanto si se produce directa como indirectamente (...).

Por tanto, los comportamientos que, a pesar de ser objetivamente contaminantes, no provoquen cambios adversos y mensurables no podrán ser considerados como daños conforme a la LRMA. En consecuencia, los operadores que lleven a cabo tales comportamientos quedarán liberados de toda responsabilidad.

Se trata de la solución que proponen los Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil, cuyo artículo 3:104 [1] sugiere la adopción de una regla conforme a la cual:

Si una actividad ha acarreado un daño a la víctima de modo irreversible y definitivo, toda actividad posterior que por sí misma hubiera causado el mismo daño debe ser ignorada.

Aunque la existencia de tal referente no convierte la solución de la LRMA en menos discutible. Baste pensar en lo perverso de los incentivos que generará tal regla en los operadores que conozcan que el recurso natural que deberían proteger ya se encuentra tan afectado por la acción de otros que la omisión voluntaria de las más elementales medidas de prevención no causará nuevos daños (cambios adversos y mensurables) en el referido recurso.

En teoría, los comportamientos posteriores a aquél que agostó por completo el recurso afectado deberían ser, al menos, disuadidos mediante la amenaza de sanciones. En la medida en que la sanción se anuda a la infracción de una norma, la efectiva causación de un daño no debería condicionar su imposición.

Sin embargo, la redacción del artículo 35 LRMA parece ahorrar a quienes no causaron daños la sanción que les correspondería, pues vincula la instrucción de un procedimiento sancionador a la previa declaración de responsabilidad:

Podrán ser sancionadas por los hechos constitutivos de las infracciones administrativas reguladas en este capítulo las personas físicas y jurídicas privadas que sean operadores de actividades económicas o profesionales y que resulten responsables de los mismos.

Así, parece posible que quien llevó a cabo un comportamiento que no afectó de forma adversa y mensurable a un recurso natural afectado por encontrarse éste ya totalmente perjudicado por la acción de otros operadores, no solo no será declarado responsable sino que, además, será inmune a toda sanción. Hay que confiar que no sea así.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, Dirección del Servicio Jurídico del Estado, *Derecho administrativo sancionador*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005.
- AGUILERA RULL, Ariadna, y AZAGRA MALO, Alberto: «Transposición de la Directiva 2004/35/CE, de 21 de abril, sobre responsabilidad medioambiental, en Alemania y en España», en *InDret* 03/2007.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: «Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito común», en *Anuario de Derecho Civil*, 1963, págs. 345 a 376.
- BADOSA COLL, Ferrán: «Los fundamentos civiles del litisconsorcio pasivo necesario», en José Manuel GONZÁLEZ PORRAS, Fernando P. MÉNDEZ GONZÁLEZ (coords.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, vol. I, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, págs. 439 a 460.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Las obligaciones divisibles e indivisibles», en *Anuario de Derecho Civil*, 1973, págs. 507 a 584.
- «Comentario al artículo 1151 del Código Civil», en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XV, vol. 2.º, Eder-sa, Madrid, 1985.
- BETLEM, Gerrit, y BRANS, Edward: «Environmental Liability in the EU», en Gerrit BETLEM, Edward BRANS (editors), *Environmental Liability in the EU. The 2004 Directive compared with US and Member State Law*, Cameron May, London 2006.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: *La reparación de los daños al medio ambiente*, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- *Indemnización del daño producido por vertidos y agentes tóxicos*, Civitas, Madrid, 1991.
- CADARSO PALAU, Juan: «En torno a la condena *in solidum* de los responsables *ex* artículo 1591 del Código Civil», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, IV, Civitas. Madrid, 1996.

- CAFFARENA LAPORTA, Jorge: «Comentario a los artículos 1137 a 1148 del Código Civil», en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Luis Díez-PICAZO, Cándido PAZ-ARES y Pablo SALVADOR CODERCH (coord.), *Comentarios del Código Civil*, 2.ª ed., Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1993.
- CRISTÓBAL MONTES, Ángel: *Mancomunidad y solidaridad en la responsabilidad plural por acto ilícito civil*, Bosch, Barcelona, 1985.
- «La distinción entre indivisibilidad y solidaridad», en *Revista de Derecho Privado*, 1992, págs. 1003 a 1014.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo: «Indeterminación del causante de un daño extracontractual», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 254, págs. 23 a 76.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, y Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio: *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, 3.ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004.
- DE MIGUEL PERALES, Carlos: «La Ley 10/1998, de Residuos: posesión, propiedad y otras cuestiones de Derecho Civil», en *Revista Jurídica La Ley*, núm. 5453, págs. 1 a 19.
- *Régimen jurídico de suelos contaminados*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007.
- DÍAZ DE LEZCANO, Ignacio: *La no presunción de solidaridad en las obligaciones. Estudio en torno a la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, 6.ª ed., Civitas, Madrid, 2008.
- EGEA FERNÁNDEZ, Joan: *Acción negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad*, Marcial Pons, Madrid, 1994.
- «Condiciones medioambientales y derechos fundamentales. Inmisiones perjudiciales que obligan a abandonar el domicilio (a propósito de la sentencia del TEDH, de 9 de diciembre de 1994)», en *Revista de Derecho Privado y Constitución*, núm. 5, 1995, págs. 253 a 288.
- ESPIAU ESPIAU, Santiago: *Las obligaciones indivisibles en el Código Civil español*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992.
- ESTEVE PARDO, José: *Derecho del medio ambiente*, 2.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2008.
- FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo José: *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente*, Civitas, Madrid, 1992.
- GALÁN RUIZ, Javier: *La responsabilidad tributaria: Ley 230/1963 y 58/2003*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás: *Curso de Derecho Administrativo*, II, 9.ª ed., Civitas, 2004.
- GÓMEZ POMAR, Fernando y GILI SALDAÑA, Marian: «Responsabilidad por daños al medio ambiente y por contaminación de suelos: problemas de relación», en Juan Antonio MORENO MARTÍNEZ (coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2007, págs. 299 a 336.
- GUILARTE ZAPATERO, Vicente: «Comentario a los artículos 1137 a 1140 del Código Civil», en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (coord.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XV, vol. 2, Edersa, Madrid, 1983.
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio: «El principio de no presunción de la solidaridad», en *Revista de Derecho Privado*, 1947, págs. 81 a 96.

- INFANTE RUIZ, Juan Francisco: *La responsabilidad por daños: nexo de causalidad y causas hipotéticas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- JORDANO FRAGA, Jesús: «La responsabilidad por daños ambientales en el Derecho de la Unión Europea: análisis de la Directiva 2004/35/CE, de 21 de abril, sobre responsabilidad medioambiental», en *Medio Ambiente & Derecho. Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, núm. 12-13, diciembre de 2005.
- LEÓN ALONSO, José Ricardo: *La categoría de la obligación in solidum*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1978.
- LOZANO CUTANDA, Blanca: «La responsabilidad por daños ambientales: la situación actual y el nuevo sistema de responsabilidad de Derecho público que introduce la Directiva 2004/35/CE», en *Medio Ambiente & Derecho. Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, núm. 12-13, diciembre de 2005.
- LUQUIN BERGARECHE, Raquel: *Mecanismos jurídicos civiles de tutela ambiental*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005.
- MARTÍN CASALS, Miquel: *Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil: texto y comentario*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- MONTÉS PENADÉS, Vicente: «Comentario al artículo 116 CP», en Tomás S. VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- NAVARRO EGEA, Mercedes: *El responsable tributario*, Iustel, Madrid, 2006.
- NIETO, Alejandro: *Derecho administrativo sancionador*, 4.ª ed., Tecnos, Madrid, 2005.
- PALAO MORENO, Guillermo: *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente. Aspectos internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- PINTOS AGER, Jesús y DEL OLMO GARCÍA, Pedro: «Responsabilidad civil por vertidos de hidrocarburos», en *InDret* 01/2003.
- QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José: «Autorización administrativa y daños en el artículo 14.2 de la Ley 26/2007, de responsabilidad medioambiental: ¿paso adelante o paso atrás?», en *Revista Jurídica La Ley*, núm. 7078, 2008, págs. 1 a 20.
- «Autorización administrativa y riesgos del desarrollo en la Ley de Responsabilidad Medioambiental», en *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, núm. 3, 2008, págs. 6 a 25.
- RUDA GONZÁLEZ, Albert: *El daño ecológico puro*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- SÁINZ DE BUJANDA, Fernando: «La responsabilidad tributaria en régimen de solidaridad», en *Economía Financiera Española*, núm. 30, 1969, págs. 6 a 17.
- SALVADOR CODERCH, Pablo: «Causalidad», en *InDret* 03/2002.
- SALVADOR CODERCH, Pablo y SOLÉ FELIU, Josep: *Brujos y aprendices. Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de producto*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- SÁNCHEZ MORÓN, Míquel: *Derecho Administrativo. Parte General*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 2006.
- SANCHO REBULLIDA, Francisco: «La mancomunidad como regla general en las obligaciones civiles», en *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, III, Euns, Pamplona, 1969.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús: *Delitos contra el medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, Dykinson, Madrid, 1997.

ZABALA RODRÍGUEZ-FORNOS, Arturo: «Comentario al artículo 42 LGT», en Juan Manuel HERRERO DE EGAÑA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, *Comentarios a la Ley General Tributaria*, vol. I, Thomson Aranzadi, 2008.

RESUMEN

MANCOMUNIDAD. DAÑO MEDIOAMBIENTAL

Con frecuencia, el daño causado al medio ambiente se deberá a la acción conjunta de diferentes actividades contaminantes. Cuando así suceda, varios operadores podrán ser declarados responsables del daño. El artículo 11 de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, prevé que, en tal caso, la mancomunidad será el régimen legal que habrá de regular las relaciones de los operadores responsables entre sí, las de éstos con la Administración competente y, en su caso, con las víctimas del daño. La previsión es extraña en un sistema legal, como el español, que ha optado tradicionalmente por la solidaridad entre los varios responsables de un mismo daño. Es previsible que la mancomunidad entre los operadores responsables de un daño al medio ambiente plantee importantes problemas prácticos, a cuyo análisis se dedica este trabajo.

ABSTRACT

NON-JOINT LIABILITY. ENVIRONMENTAL DAMAGE

Section 11 of the Spanish Environmental Liability Act of 2007 foresees (non-joint) several liability in situations when more than one tortfeasor can be held liable for the same damage caused to the environment. In doing so, the new rules on liability for environmental damage differ from the traditional joint and several liability approach that is applied in cases where liability cannot be apportioned among the tortfeasors. The paper deals with the impact of the new rules and their practical problems in the current Spanish law of torts.

(Trabajo recibido el 31-8-09 y aceptado para su publicación el 19-11-2010)

De la cláusula arbitral en materia de consumo

por

ÍÑIGO MATEO Y VILLA
Registrador de la Propiedad

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.

CONCEPTO DE CONTRATO; ESPECIAL REFERENCIA AL CONSENTIMIENTO CONTRACTUAL; CONTRATACIÓN EN MASA; CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.

INFLUENCIA DE LA INTERVENCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN LA CONTRATACIÓN.

INCIDENCIA DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN EN EL OBJETO DE ESTUDIO.

EL ARBITRAJE EN EL ÁMBITO DE LA LEGISLACIÓN DE CONSUMO.

LA CLÁUSULA ARBITRAL:

REGULACIÓN DE LA CLÁUSULA ARBITRAL.

CONTENIDO MÍNIMO DE LA CLÁUSULA ARBITRAL:

Elementos personales.

Elementos reales.

Elementos formales.

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El objeto de estudio del presente trabajo es la cláusula arbitral que tenga el carácter de condición general de la contratación en negocios celebrados

con consumidores. Estudiaremos en lo fundamental cada una de las legislaciones concurrentes en este tipo de cláusulas: por una parte, la normativa general de arbitraje; por otra, la normativa en materia de consumidores y, más específicamente, en relación con los arbitrajes de consumo; por último, la legislación relativa a las condiciones generales de la contratación.

Asimismo, estudiaremos la cláusula de arbitraje y el contenido que ha de tener ésta para que pueda producir todos sus efectos, especialmente para el caso del denominado Sistema de Arbitraje de Consumo. Además, nos plantearemos cómo se resuelven las omisiones contenidas en una cláusula de arbitraje.

Concluiremos el trabajo analizando la efectividad y eficiencia del arbitraje de consumo desde una perspectiva social, jurídica y económica así como las necesarias reformas que deben proponerse para mejorar el sistema.

El marco en el que se encuentra la cláusula que vamos a estudiar es el siguiente: contrato celebrado por un prestador de servicios con un consumidor mediante una oferta redacta exclusivamente por el primero en el que la cláusula de arbitraje se encuentra incluida con otras y prevista para una pluralidad de contratos. Sin perjuicio de lo que diremos más adelante resulta precisa una aclaración básica para entender los fundamentos de los que partimos: cuando en la celebración de un contrato interviene un consumidor éste no se encuentra en una posición igual a la del prestador de servicios. La posición del consumidor es netamente inferior a la del prestador de servicios lo que le hace constituirse en la *parte débil* del contrato. Como muestra un botón: el prestador de servicios es un perito en el objeto del contrato mientras que el consumidor apenas si alcanza a entender los rudimentos que permiten hacer funcionar el objeto. Piénsese, por ejemplo, en una batidora: el prestador de servicios conoce cada una de las piezas ensambladas que dan lugar al electrodoméstico; por el contrario, el consumidor solo conoce cómo utilizar el aparato pero no los mecanismos internos que lo hacen funcionar.

Como consecuencia de lo anterior, la autonomía contractual recogida en el artículo 1255 del Código Civil debe quedar profundamente matizada. Este artículo parte de la siguiente premisa: los contratantes son iguales, tienen la misma libertad negocial y los datos suficientes sobre el objeto del negocio como para saber sobre qué contratan; si contratan sin conocimientos suficientes sobre el objeto es su exclusiva responsabilidad porque pueden y/o tienen la información cada una de ellas como para poder igualarse a la otra. Ídem del anterior para las cláusulas concretas respecto de las que deba desenvolverse el contrato como, por ejemplo, la de arbitraje. La hiperespecialización (1) y velocidad contractual matizan este artículo: no es posible que

(1) Por todos, ADAM SMITH, *La riqueza de las naciones*, Alianza Editorial, El libro de bolsillo, Economía, Madrid, 2008, pág. 33 y sigs.

cada consumidor conozca técnicamente el objeto que va a contratar ni que tenga perfecta constancia de las decenas de cláusulas predeterminadas por la otra parte contratante que puede contener un contrato. Es irreal plantearse esto pero tampoco el derecho puede simplemente por ello amparar al consumidor irresponsable. La ley debe, en consecuencia, buscar el adecuado equilibrio.

La desigualdad de partida de la que hablábamos exige un exquisito cuidado de la *parte fuerte*. Exquisito cuidado respecto de la *parte débil* que se concreta legalmente entre otros en la *cantidad* de información que el prestador de servicios deberá facilitar al consumidor, en la *calidad* de la información facilitada; en la *forma en la que se han introducido* y hecho saber las cláusulas no negociadas individualmente con la *parte débil*, en la *calidad del consentimiento* de la *parte débil*, en la forma en que este mismo consentimiento se ha obtenido y, por último, en la forma de redacción y contenido de las cláusulas del contrato.

CONCEPTO DE CONTRATO; ESPECIAL REFERENCIA AL CONSENTIMIENTO CONTRACTUAL; CONTRATACIÓN EN MASA; CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

La regulación relativa al contrato en general resulta del artículo 1254 del Código Civil, que señala que «el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio» (2). No define este artículo *qué* es sino *desde cuándo* existe el contrato. La Real Academia de la Lengua Española (RAE) define el contrato como el «pacto o convenio, oral o escrito, entre partes, que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas» (3). Tal definición (relativo al contrato en sentido material) recoge los elementos esenciales de la institución: *consentimiento*, *objeto* y *obligatoriedad*. Los dos primeros conforman el contrato y nos ocuparemos específicamente de ellos; el tercero determina la consecuencia de los dos anteriores y excede del objeto de estudio de este trabajo. La segunda de las definiciones facilitadas por la RAE para contrato hace referencia al *título formal* al señalar que es el «documento que recoge las condiciones de este convenio» (4). Por *documento* debemos entender todo soporte en el

(2) Vid. O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Código Civil. Comentado y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2008, pág. 1250.

(3) http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=contrato (fecha de la consulta: 9-11-2009).

(4) http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=contrato (fecha de la consulta: 9-11-2009).

que se recogieron las declaraciones de las partes, sea éste informático, papel o sonoro (5).

La acepción material del contrato es relevante porque aunque este existirá con independencia de la forma que adopte (6), el soporte es lo que permitirá la prueba de la existencia del contrato y los términos exactos del mismo. En el caso de la contratación con consumidores, esta vertiente material del contrato cobra especial importancia, puesto que sin tal prueba la distancia entre la parte contractual débil y la fuerte aumentaría aún más. Piénsese, por ejemplo, en el siguiente supuesto: un cliente preferente de un banco por Internet que realiza sus comunicaciones fundamentalmente por teléfono obtiene una oferta por teléfono del banco. ¿Quién es el interesado en que tal oferta conste en un título formal? Evidentemente el beneficiario de la oferta: el consumidor. ¿*Quid* si a partir de una información obtenida oralmente por el consumidor de su banco, aquél toma una decisión económica o jurídica y finalmente resulta falsa? El consumidor querrá demostrar la falsedad de la información, para lo cual ésta deberá constar en un soporte material y firmado por el propio banco.

En consecuencia, la exigencia formal es el (único) medio que el consumidor tiene para probar que la concurrencia de voluntades existió y de esta forma obligar o defenderse frente al prestador de servicios; es, en consecuencia, el medio que tiene el consumidor para aportar pruebas de la *existencia* y *extensión* del contrato. La trascendencia de la forma no queda limitada al contrato sino que se extiende necesariamente a la oferta: no solo es preciso que el consumidor pueda probar para su defensa cuál es el contenido del contrato mismo sino la forma, contenido, extensión y plazo de la oferta que

(5) Señala el artículo 299 en sus párrafos II y III de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, al estudiar los medios de prueba que: «2. También se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso. 3. Cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias»; asimismo, señala el artículo 24 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico en redacción dada tras la redacción dada por la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información que modifica su apartado I que: «1. La prueba de la celebración de un contrato por vía electrónica y la de las obligaciones que tienen su origen en él se sujetará a las reglas generales del ordenamiento jurídico. 2. En todo caso, el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica será admisible en juicio como prueba documental. Cuando los contratos celebrados por vía electrónica estén firmados electrónicamente, se estará a lo establecido en el artículo 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica».

(6) Vid. artículo 1278 del Código Civil.

le fue realizada por el prestador de servicios. Más aún cuando la oferta debe quedar reflejada en el contrato (7).

Por *contrato* debemos entender el acuerdo de voluntades; vulgarmente se hace, sin embargo, referencia al contenido por el continente. En materia de consumidores y usuarios, la Ley establece exigencias especiales relativas al título material además de las generales exigidas para todo acuerdo y desconocidas por el Código Civil sin perjuicio de especialísimas excepciones contenidas en el mismo Código Civil o en otras leyes (8).

Por *consentimiento* —central en el caso de los contratos pero no exclusivo (9) de ellos— debe entenderse la manifestación libre de voluntad también libremente formada; el consentimiento debe recaer sobre el objeto y la causa del contrato (art. 1262 CC), produciéndose desde entonces la perfección (10) del negocio (arts. 1258 CC y 54 CCo) salvo en el caso de aquellos contratos que se perfeccionen con la entrega de la cosa (vid. arts. 609, párrafo II *in fine* y 1095 CC). El *consentimiento* es junto con el *objeto* la piedra angular de la oferta y del contrato. Aquél se define por la RAE como la «manifestación de voluntad, expresa o tácita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente» (11). La voluntad es definida por la RAE como la «elección de algo sin precepto o impulso externo que a ello obligue», o como «facultad de decidir o de ordenar la propia conducta» (12). Quien manifiesta su consentimiento manifiesta su voluntad, siendo que ésta supone

(7) Señala el artículo 61 del TRLGDCU, relativo a la integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato que: «1. La oferta, promoción y publicidad de los bienes o servicios se ajustarán a su naturaleza, características, utilidad o finalidad y a las condiciones jurídicas o económicas de la contratación. 2. El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato. 3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, éstas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad».

(8) Entre tales excepciones tenemos los artículos 633, 1327, 1628, 1667 y 1875 del Código Civil; 16 RH o 4.3 y 6 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias.

(9) También se requiere consentimiento para aceptar las donaciones (arts. 618, 623, 625, 626, 627, 628, 629, 630, 631, 632, párrafo II y 633 párrafos II y III) y para aceptar las herencias (art. 988 y sigs.) sin que por ello tengan tales negocios la consideración de contratos.

(10) Sin perjuicio de los contratos reales y formales en los que es la entrega de la cosa la que determina la perfección del negocio (vid. O'CALLAGHAN MUÑOZ, *op. cit.*, págs. 1250 y 1266).

(11) http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=consentimiento (fecha de la consulta: 2-4-09).

(12) http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=consentimiento (fecha de la consulta: 2-4-09).

una facultad de decisión. Tal facultad de decisión debe hacerse libremente: la decisión debe tomarse «sin precepto o impulso externo que a ello obligue» y, además, debe hacerse con conocimiento (13).

No obstante, quien no conoce puede perfectamente prestar su consentimiento a lo desconocido —y ello le obligará *a priori*—. Tal desconocimiento puede ser el resultado de una de las siguientes circunstancias: 1) la falta de voluntad (por parte de quien consiente) de conocer suficiente y adecuadamente el objeto al que dirige el consentimiento, en cuyo caso debemos hablar de negligencia o desidia; o 2) la ausencia de datos o datos maliciosamente sesgados o directamente erróneos sobre el objeto consentido por mala fe de una de las partes contratantes —generalmente de quien debe realizar la prestación más compleja por el objeto de la misma (14)—.

La Ley no puede amparar a quien voluntariamente desconoce el objeto sobre el que contrata: si desea contratar suicidamente que lo haga salvo que perjudique intereses legítimos de terceros (art. 6.2 CC para el caso de renuncia de derechos); por el contrario, la Ley debe proteger a quien se ve defraudado en sus legítimas expectativas por causa de una información falsa o inexacta. Como no es posible distinguir *a priori* a los consumidores negligentes de los que no lo son es exigible al prestador de servicios que facilite a todos ellos una información mínima relativa al objeto del contrato. Pero, además, teniendo en cuenta que el consumidor es un sujeto sin conocimientos específicos relativos al mismo objeto del contrato resulta preciso que la información que se le facilite le sea trasladada de una manera cuantitativa y cualitativamente determinada.

(13) Señala O'CALLAGHAN MUÑOZ (*op. cit.*, pág. 1282) que: «hay que recordar, una vez más, que el consentimiento contractual presupone la conciencia y voluntad de los sujetos...». Junto con esto, añadiríamos que hace falta, además, «información» como condición *sine qua non* para que quien preste el consentimiento lo haga de una forma completa y responsable. En el caso de intervención de los consumidores, la dación de la información interviene como elemento obligatorio y como responsabilidad que el prestador de servicios debe asumir. Véanse, en este sentido, los artículos 60, 94, 97 y 152 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

(14) Quien paga en una compraventa no debe transmitir al pagado información alguna más que la circunstancia del hecho de haber realizado el pago; por el contrario, quien debe entregar la casa a cambio del precio debe informar al adquirente del estado de la misma (vid. arts. 1469, párrafo II, 1474 y sigs. y 1484 y sigs. CC). Cuanto mayor sea la complejidad del objeto de la prestación a cambio del precio (para el caso de la compraventa) mayores serán las aclaraciones necesarias al respecto. Como vemos, la falta de información, el carácter de la información, su calidad y extensión son obligaciones que recaen *per se* sobre quien debe entregar el objeto y no sobre quien paga. Como puede colegirse fácilmente, el consumidor se limita generalmente a realizar el pago a cambio de un servicio de lo que resulta que la obligación informativa recae necesariamente en el prestador de servicios.

Informado el consumidor en la forma determinada legalmente, el prestador de servicios debe quedar excluido de toda responsabilidad por entenderse que el consumidor ha sido suficiente y adecuadamente informado sobre el objeto del contrato, de suerte que éste ha podido tomar responsablemente una decisión. Tal obligación de información —reconducible a la obligación de dar prevista en el art. 1088 CC— nace en el momento previo de la contratación, la oferta, que resulta ser, en nuestra opinión, el momento esencial del proceso contractual.

Como decíamos, quien no conoce el objeto del contrato puede perfectamente prestar su consentimiento al mismo —y ello le obligará *a priori*—. Pero pese a producir efectos jurídicos (la prestación del consentimiento sobre un objeto voluntariamente desconocido) es obvio que el consentimiento prestado se adecuará más perfectamente a la voluntad del aceptante cuanto más informado esté éste. Cuanto mejor conozca el consumidor el objeto que va a contratar, cuanto mejor conozca el funcionamiento, características, prestaciones o forma de funcionamiento interno del producto, verdaderamente nos encontraremos ante un consentimiento de mayor calidad y ante un contrato celebrado entre partes que si no iguales sí que podrían caracterizarse por ser semejantes. Ídem del anterior respecto de las cláusulas que forman parte del contrato consentido. Hablaremos entonces de un *consentimiento formado e informado* (15).

Los contratos celebrados entre iguales no precisan de una preocupación especial más allá de la general prevista en el Código Civil en materia de formación del consentimiento: es el supuesto del artículo 1255 (16) que de

(15) El consentimiento informado es un término ordinariamente más propio de la medicina y se refiere a la emisión de un consentimiento fruto de la adecuada ponderación de una situación médica concreta en virtud de los datos facilitados de forma comprensible y suficiente por el médico correspondiente. Como vemos, tal consentimiento informado requiere, por una parte, que el médico informe, haciéndolo de forma suficiente en cuanto a la cantidad de datos proporcionados y de forma comprensible, en cuanto a la forma de suministrar tales datos y, por otra, que el enfermo manifieste, en su caso, su consentimiento habiendo ponderado adecuadamente tal decisión de acuerdo con los datos facilitados y las circunstancias del caso. En materia de consentimiento informado médico, vid., entre otros, www.um.es/investigacion/impresos/consentimiento-memoria.doc; <http://www.san.gva.es/comun/ciud/guicastellano.html#0> (fecha de la consulta: 29-4-2009).

(16) Señala O'CALLAGHAN (*op. cit.*, pág. 1255) que «el contrato es máxima expresión del principio de la autonomía de la voluntad... en un doble sentido: en primer lugar, los sujetos pueden celebrar o no un contrato; en segundo lugar, si lo celebran pueden fijar sus elementos y su contenido de la manera que libremente determinen. Es lo que se conoce con la distinción, *libertad de contratar*... y la *libertad contractual*...». ¿Qué verdadera *libertad contractual*, es decir, qué verdadera libertad para fijar los elementos y contenidos de un contrato tiene un consumidor cuando un prestador de servicios predetermina todas o la mayoría de las cláusulas del contrato si, además, el mismo consumidor no es un profundo conocedor del objeto del contrato? Sería ilusorio hacer referencia a la *libertad contractual*, por lo que únicamente nos queda la *libertad de contratar*: el consumidor se limita a decir sí o no a una relación contractual propuesta por el prestador de servicios, pero no a con-

acuerdo con una acepción liberal parte de la idea de que los contratantes son iguales por lo que no se produce *ab initio* una indefensión de ninguna de las partes. Las partes iguales han podido reclamarse mutuamente información y han podido negociar en rango de igualdad el contenido del contrato correspondiente por lo que la negligencia de una de las partes puede desplazar la eventual malicia de la otra (17).

feccionar tal relación. Por ello, debe dar una global y responsable protección al consumidor diligente que no se limite a exigir un consentimiento informado del consumidor sino a defender, además, sus derechos en el momento de la consumación del contrato.

(17) En cuanto a la forma, se centra la legislación en materia de consumidores en la obligación por parte del prestador de servicios de facilitar al consumidor la información precontractual por escrito; en cuanto a la cantidad de la información, la legislación exige que el prestador informe al consumidor antes del contrato y con tiempo suficiente de todos los extremos del producto que va a contratar ora mediante un sistema de listado de informaciones relativas a ámbitos específicos del contrato, ora mediante cláusulas generales por las que obliga al prestador de servicios a informar suficientemente al consumidor especialmente en cuanto a aquellos aspectos no expresamente recogidos en el listado al que acabamos de hacer referencia y, por último; en cuanto a la calidad, la legislación en materia de consumo impone a los prestadores de servicios la obligación de informar a los consumidores de una manera clara, sencilla, accesible y suficiente del contenido del contrato. ¿*Quid* en caso de que el prestador de servicios no informe al consumidor en la forma, cantidad o calidad señalada por la Ley? Si bien no es objeto de estudio específico de este trabajo, puede señalarse que la solución pasa por diferenciar entre el incumplimiento de aspectos formales y sustantivos de la Ley. En cuanto al incumplimiento de los aspectos formales, debe entenderse que éstos se han establecido por la Ley con la finalidad de que el consumidor pueda probar la relación obligacional. La exigencia de que la oferta, las condiciones generales de la contratación o el contrato consten por escrito persiguen que el consumidor pueda alegar ante quien corresponda la existencia y los términos exactos del contrato. En este sentido, la falta de constancia escrita de la relación jurídica debe implicar, en nuestra opinión y siempre que se pruebe tal relación, la presunción de interpretación de las discordancias del mismo contrato a favor del consumidor, esto es, *in dubio pro consumptore*. La legislación de consumo persigue defender los intereses del consumidor frente a un todopoderoso prestador de servicios. En este sentido, nos encontramos con el artículo 70 TRLGDCU, relativo a las formalidades en el ejercicio del derecho de desistimiento. Al tratarse de un derecho a favor del consumidor, el rigorismo formal no cumpliría la finalidad perseguida por la Ley, por lo que este artículo establece precisamente la innecesariedad de formalismos concretos para el ejercicio de tal derecho. En materia de forma, vid. artículo 11 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista. Por otra parte, la falta de información al consumidor en la cantidad o calidad exigida por la Ley tiene una consecuencia distinta: este mismo consumidor tendrá dificultades para la formación de un juicio crítico sobre el objeto al que dirigirá el futuro eventual consentimiento, por lo que la falta de tal información supone, en definitiva, un ataque o una merma en uno de los elementos esenciales del futuro contrato: el consentimiento (art. 1261 CC) entendido en la forma que señalábamos más arriba lo que debe suponer, a nuestro entender, una posible anulación del contrato por este defecto. En consecuencia, mientras que la forma escrita en materia de consumo se requiere *ad probationem*, la información sobre el contenido del contrato se requiere *ad solemnitatem* en el sentido de que su falta supone la anulabilidad del contrato. Y anulabilidad por dos motivos: el primero por el principio de economía contractual y el segundo porque, de conformidad con el Código Civil, únicamente la falta total y absoluta de consentimiento daría lugar a la nulidad del contrato frente a la cual el simple defecto en el consentimiento es resuelto por

La fase informativa empieza desde el momento mismo de la formación de la oferta. Empero, en materia de consumo ya no hablamos del período de formación de la oferta porque éste ha desaparecido: los futuros contratos (léase ofertas contractuales) son redactados exclusivamente por una de las partes, el prestador de servicios, y presentados de forma cerrada, innegociable, como un solo bloque a la otra parte contratante, el consumidor.

El contrato se sostiene por la oferta de igual manera que lo más alto necesariamente se sostiene por lo más bajo. La buena fe es exigible al tiempo de la formulación de la oferta y no solo al tiempo del cumplimiento contractual. En la contratación de consumo debe irse más allá por mor de la desigualdad *ab initio* de las partes. En consecuencia, justo y adecuado es que el ordenamiento exija al prestador de servicios desde la oferta un conjunto de requisitos informativos específicos y adecuados al desconocimiento del consumidor con el que va a contratar; más aún si tenemos en cuenta el desplazamiento que ha sufrido el consumidor desde el punto de vista de la formación de la oferta, de la tecnificación de los objetos ofertados y de la indefensión que sufre el consumidor durante la ejecución del contrato; y, por último, si tenemos en cuenta los innumerables contratos de esta índole que firma un consumidor a lo largo de su vida. Para que surja responsabilidad por parte del prestador de servicios por razón de una oferta no es preciso que el consumidor consienta y tenga lugar el contrato propuesto; simplemente el hecho de que un prestador de servicios incumpla sus obligaciones informativas son suficientes *per se* para suponer un incumplimiento de la legislación de consumo y que dé lugar a la sanción correspondiente. Cuestión distinta serán las consecuencias que se produzcan si, además, el contrato tiene lugar. Debe ampliarse expresamente la protección del consumidor.

Debemos hacer un receso en la argumentación para dedicarnos brevemente al problema propio de la contratación con consumidores: la asimetría. Ésta es fundamental y esencial pero no exclusivamente informativa. El prestador de servicios dispone de toda la información técnica, jurídica y económica del

nuestro Código Civil con la anulabilidad del contrato. Diferenciamos por tanto el carácter *ad solemnitatem* de la obligación de informar del prestador de servicios al consumidor del carácter *ad solemnitatem* de determinadas formas —inscripción en el Registro de la Propiedad o mero otorgamiento de escritura pública— en nuestro negocio jurídico cuya falta implica la nulidad total y absoluta del negocio jurídico como, por ejemplo, el caso de la donación de bien inmueble hecha en documento privado (art. 633 CC), el censo enfiteúutico realizado en documento privado (art. 1628 CC), la constitución en documento privado de la sociedad civil a la que se aportan derechos reales o bienes inmuebles (art. 1667 CC), etc. (vid. O'CALLAGHAN MUÑOZ, *op. cit.*, pág. 1282). Sobre la función del Registro de la Propiedad en cuanto a la información de la operación inmobiliaria o mercantil y su función en la eliminación de las asimetrías y oscuridad informativa, vid. MÉNDEZ GONZÁLEZ, *De la publicidad contractual a la titulación registral. El largo proceso hacia el Registro de la Propiedad*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, págs. 38 y sigs., 62 y sigs., 68 y sigs., 191 y sigs. y, por último, 205 y sigs.

objeto y del contrato; el consumidor no encuentra nada delante ni detrás de sí mismo: está solo. Afirma MÉNDEZ GONZÁLEZ (18) que «las asimetrías informativas presentes en el mercado son la principal dificultad para coordinar los intereses de las partes y, por tanto, para contratar. Por ello, para facilitar las transacciones se requieren instituciones que suministren a la parte peor informada... toda la información relevante, y que la mejor parte informada... le ocultaría si pudiera, en el caso de que esperase obtener de tal comportamiento mayores beneficios que del contrario, esto es, de la comunicación a la parte peor informada de toda la información relevante». El ordenamiento jurídico debe buscar fórmulas que reduzcan esta asimetría. La medida más exitosa en tal sentido ha sido, por motivos que no podemos estudiar por exceder del objeto de este trabajo, la del Registro de la Propiedad. Mediante éste se facilita a todos los titulares o interesados en una finca *en pie de estricta igualdad* los datos jurídicos relativos a la misma. De esta manera los interesados pueden tomar sus decisiones económicas con un nivel suficiente, razonable y fiable de información —pero, sobre todo, igual— a través de un regulador independiente. Además, una vez adquirida una finca de acuerdo con la información facilitada por el Registro de la Propiedad no serán oponibles al comprador derechos «escondidos» o que no se hubieran hecho constar previamente en el Registro de la Propiedad (19).

Pero los consumidores no son fincas, por lo que este sistema, aunque extremadamente útil, no resulta aplicable a aquéllos. ¿Qué medios se emplean por el legislador para proteger al consumidor? Éste solo puede manifestar un «sí» o un «no» durante el proceso de la oferta y de formación del contrato; no participa en modo alguno de la formación del contrato; los riesgos de la contratación en masa sobre los derechos del consumidor lleva a diferentes Estados a la aprobación de una ley conocida como de condiciones generales de la contratación que analizaremos más adelante. Intento vano en todo caso: no es posible curar el cáncer con tiritas. El contrato pasa de ser un negocio conformado por dos sujetos iguales —posición tradicional— a ser un nego-

(18) *Op. cit.*, pág. 38; en cuanto a los efectos de la asimetría informativa en relación con los derechos reales, vid. ARRUÑADA, *La contratación de derechos de propiedad: un análisis económico*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, Madrid, 2004, pág. 85 y sigs., y MÉNDEZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, pág. 207.

(19) Señala el artículo 34 LH que: «El tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro. La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro. Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente». En consecuencia, el Registro de la Propiedad «adjetiva» la misma propiedad de suerte que quien adquiriera un inmueble lo hará única y exclusivamente con lo adjetivos jurídicos manifestados en el Registro de la Propiedad sin que le puedan afectar otros que no constaran en el mismo como, por ejemplo, usufructos, ventas o derechos reales de garantía (hipotecas o derechos de anticresis).

cio por adhesión en el que se produce una «evolución en el contenido del contrato, donde ya no prima exclusivamente el consentimiento, sino que va a estar determinado en ciertos aspectos y en modo necesario por la ley» (20). Huelga decir que en nuestra opinión no se puede hablar de evolución de la contratación sino precisamente de involución porque lo que se ha hecho es que *se ha sustituido la negociación por la imposición* (21), siendo ésta la *lógica* (consecuencia) *de la contratación en masa* (22). Pero bien cierto es que en una tesitura económica y vital como la actual otro tipo de contratación sería difícilmente realizable.

Volvamos a la línea argumental principal: el contrato comienza en la fase precontractual con la oferta unilateralmente conformada por el prestador de servicios. Dado que esta fase es la esencial de todo contrato por los motivos apuntados, debe el legislador centrarse en la misma para evitar excesos por parte del prestador de servicios. En la práctica, el consumidor se encuentra diariamente con decenas de ofertas contractuales, ofertas en cuya formación no ha participado que emplean conceptos como fianza a primer requerimiento, pignoración, compensación, preferencia registral o similares conceptos y que se refieren a objetos completamente desconocidos para aquél. El consumidor queda desplazado enteramente del proceso contractual sin que alcance a comprender enteramente los términos objetivos —la radio, el servicio de asesoría jurídica, el billete de tren o avión, la matrícula académica o cualquier otro contrato que celebre o se le proponga celebrar— ni jurídicos contenidos en las ofertas que se le presentan. Recibe ofertas con apenas tiempo para ser estudiadas o sencillamente incomprensibles en la terminología empleada. Ante esta situación de apartamiento y desconocimiento, bien podría plantearse una solución alternativa para el consumidor que no quiera hacer de su vida diaria una ruleta rusa jurídica: puede sencillamente no contratar pero ello le privaría de viajar en metro, tener una conexión a Internet, comprar una lavadora, contratar gas, agua o electricidad; resulta imposible ofrecerle esta posibilidad al consumidor por ilusoria. Aceptando esta situación de partida, es preciso por parte de la Ley establecer un marco jurídico para el consumidor cuidadoso; pero este marco debe aplicarse también al consumidor negligente aunque no ampare jurídicamente su negligencia; este marco de protección consiste en facilitar al consumidor la máxima información con la claridad suficiente para que pueda tomar sus decisiones racionalmente dentro del mercado; la disposición de información precontractual le defenderá *a priori* y la existencia de remedios judiciales o extrajudiciales de resolución de con-

(20) SAP de Alicante, de 16 de marzo de 2000, Sección 6.^a

(21) BALLUGERA GÓMEZ, *El contrato-no contrato*, Fundación Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006, Madrid, pág. 37.

(22) Para ver una crítica de las supuestas consecuencias de la contratación en masa, vid. BALLUGERA GÓMEZ, *op. cit.*, pág. 40 y sigs. y sus respectivas notas.

fluctos ágiles, claros y efectivos le protegerán *a posteriori*. No es objeto de la Ley defender al consumidor negligente y tampoco puede utilizarse en su descargo el abrumador número de ofertas que recibe y contratos que firma diariamente en su calidad de consumidor: la diligencia es igualmente exigible al consumidor y solo él debe ser responsable de su propia negligencia en los términos establecidos por la legislación de consumo.

Volviendo a la contratación en masa, ¿cuál es el beneficio obtenido por el prestador de servicios en este tipo de contratación? Agiliza la contratación al presentar un solo modelo a todos los futuros contratantes; evita la intervención del consumidor con sus exigencias individuales; le permite controlar el riesgo de antijuridicidad de las cláusulas dado que la oferta que realiza será previamente estudiada en profundidad por sus asesores jurídicos; abarata costes mediata e inmediatamente. Resulta precisa una aclaración: la situación de superioridad del prestador de servicios no debe llevarnos a pensar que es la moralmente mala o perversa; simplemente ha articulado medios que le permitan abaratar las operaciones de tráfico en diversos sentidos lo que no presupone un abuso en el contenido de los contratos que suscriba ni un abuso de su posición; para determinar el desequilibrio deberá estarse a las sentencias (23) correspondientes o a la calificación registral (24) o las cláusulas resultantes.

Centremos ahora el problema objeto de estudio: la cláusula arbitral en contratos celebrados con consumidores, siempre que tal cláusula tenga la consideración de condición general de la contratación. Son dos las preguntas que nos planteamos básicamente: ¿es necesaria o simplemente conveniente la constancia de una cláusula de arbitraje que regule la resolución de potenciales conflictos en el caso de consumidores?, y ¿qué contenido mínimo debe tener la cláusula de arbitraje de consumo para su validez?

El artículo 2.1 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en adelante, LA) —LA que deroga la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje (25) (en adelante, LA/1988)— señala que «son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de *libre disposición* conforme a derecho» (la cursiva es nuestra). Sin perjuicio de otros artículos que matizan la aplicabilidad de la presente Ley —especialmente en materia internacional—, solo el artículo 14 excluye expresamente la aplicación de la LA en cuanto a los arbitrajes laborales (26); de ello resulta la evidente amplitud de aplicación de esta ley.

(23) Vid. artículos 9.2, 10, 12.2, 20 y 21 y sigs. de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

(24) Vid. artículos 11 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, y 258.2 de la Ley Hipotecaria.

(25) Vigente, esta última, hasta el 8 de enero de 2001.

(26) En cuanto a los arbitrajes laborales, vid. Ley de Procedimiento laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril (BOE de 29 de abril de 1995), artículo 63 correspondiente al Título V (de la evitación del proceso), Capítulo I (de la conciliación previa).

La definición de arbitraje no debemos buscarla en la LA, que carece de definición alguna, sino en la LA/1988 (art. 1), que señala que es el negocio jurídico mediante el cual «las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en *materias de su libre disposición* conforme a derecho» (las cursivas son nuestras).

En consecuencia, negocio jurídico que no contrato, aunque sea general pero no necesariamente el medio para que el arbitraje tenga lugar, dado que la ley puede imponer el arbitraje como forma de resolución de un conflicto. Para el caso de que el arbitraje se acuerde mediante contrato, éste puede celebrarse tanto por las personas físicas como jurídicas. En este caso, la LA/1988 manifiesta una obviedad por cuanto la regla general en derecho es que las personas físicas y jurídicas, como titulares de personalidad jurídica, ostentan la misma facultad jurídica de ser titular de derechos y obligaciones salvo las que, obviamente, deriven de su especial naturaleza (27). Quizá la intención de la LA/1988 fue precisamente manifestar esta igualdad en el acceso al arbitraje.

«Pueden» y «previo convenio» hacen referencia a la misma autonomía de la voluntad de las partes contratantes pero con matices distintos. «Pueden» se refiere únicamente a la facultad para realizar tal convenio de conformidad con el artículo 1255 del Código Civil, mientras que «previo convenio» hace referencia a la necesidad de manifestación expresa de tal acuerdo; el «pueden» responde a la primera de las preguntas que nos planteábamos más arriba: el arbitraje no es obligatorio ni condición necesaria para la validez de un contrato. «Previo» no debe entenderse respecto del objeto del litigio —la celebración del contrato principal— sino respecto del arbitraje mismo. En consecuencia, las partes pueden acordar la compraventa de un billete de autobús sin referencia a arbitraje alguno. Llegado el conflicto en el momento de la consumación del contrato, las partes podrán acordar resolver tal conflicto por la vía del arbitraje, aunque no se hubiere pactado al tiempo de la compraventa. Como siempre, tal convenio será válido cualquiera que sea la forma en que se haya celebrado, siempre que reúna las condiciones esenciales para su validez, a saber: consentimiento, objeto y causa de la obligación que se establezca (arts. 1278 y 1261 CC) y sin perjuicio de lo que diremos más adelante especialmente en materia de arbitraje de consumo.

«La decisión de uno o varios árbitros» supone la aceptación de su decisión, del mismo modo que si fuera la de un Juez y la posibilidad de que el órgano arbitral sea uni- o pluri-personal. En cuanto a la exclusión de los Tribunales en las materias decididas o relativas a los árbitros, señala el ar-

(27) Vid. artículos 35, 37 y 38, párrafo I del Código Civil, 63 LSRL y 128 y 129 de la Ley de Sociedades Anónimas. El arbitraje forma parte del objeto social: los intereses defendidos en el arbitraje forman parte del conjunto de actividades que a su vez constituyen el objeto mercantil de la persona jurídica mercantil.

título 7 LA, que «en los asuntos que se rijan por esta Ley no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que ésta así lo disponga». Nótese que el artículo 8 LA es el relativo a los «Tribunales competentes para las funciones de apoyo y control del arbitraje» y que el mismo artículo se refiere al nombramiento judicial de árbitros —para el caso de que tal forma de nombramiento fuere necesaria—, a la asistencia judicial en la práctica de pruebas, a la adopción judicial de medidas cautelares, a la ejecución forzosa del laudo, al conocimiento de la acción de anulación del laudo o el *exequátur* de laudos extranjeros. Por tanto, tal artículo no entra en la decisión adoptada por los jueces refiriéndose, en consecuencia, al apoyo a la institución del arbitraje o a aquellos aspectos que no pueden alcanzar los árbitros —como es el caso de la adopción de medidas cautelares— pero no a la resolución arbitral misma. Únicamente puede surgir la duda en cuanto a la acción de nulidad del laudo y del que hablaremos más adelante (28). En este sentido, señala el artículo 11 LA, que «el convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria». De todos los ámbitos señalados de intervención judicial en la actuación arbitral ninguno de ellos, salvo el de la acción de nulidad del laudo supone, *a priori*, una actuación sobre la decisión sustantiva (29) de los jueces. Pero tal excepción tiene un ámbito muy limitado a tenor de los artículos 40 LA y sigs. En concreto, el artículo 41 LA, relativo a los motivos para la injerencia, se refiere únicamente a causas objetivas no-sustantivas-de-decisión-arbitral. La excepción a tales causas objetivas la encontramos en el artículo 41.f), que señala que tal laudo será anulable cuando se pruebe que «es contrario al orden público». La generalidad y obviedad de tal causa de nulidad nos impide afirmar que la misma se refiera a la decisión arbitral en sentido general, sino a la concreta y, más aún, a los fundamentos que dan lugar a la decisión, por lo que nos encontramos ante una anulación, esta vez sí, de la decisión arbitral, pero por motivos que darían lugar, incluso, a la anulación de una decisión judicial. En cuanto a «Las cuestiones litigiosas», nos remitimos a lo dicho más arriba al respecto.

«Surgidas o que puedan surgir». Como ya hemos señalado más arriba, el convenio de arbitraje puede acordarse antes o después de surgido el objeto de controversia pero, en todo caso, debe existir el acuerdo de las partes de llevar el litigio a una corte arbitral. En defecto de tal acuerdo, el liti-

(28) Respecto de esta particular materia, vid. ALBALADEJO GARCÍA, *Si puede anularse el laudo de Derecho por infracción de normas y el de equidad por ser inequitativo*, Cuadernos de Derecho Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, Madrid, 2009.

(29) Dejamos a un lado, por tanto, las decisiones procedimentales de las que acabamos de hablar y en las que sí puede, debe y tiene que intervenir la Autoridad Judicial por cuanto que los árbitros no son competentes en tales materias.

gio deberá ser resuelto por la vía judicial quedando descartada la arbitral. En este punto relativo al consentimiento se sitúa el problema de la formación unilateral de la oferta por parte del prestador de servicios con intervención de condiciones generales de la contratación, así como el escaso conocimiento del objeto contractual —el arbitraje, en este caso— lo que puede dar lugar a abusos por parte del predisponente en la forma que veremos más adelante.

«En materias de su libre disposición conforme a derecho». Nos remitimos a lo dicho más arriba subrayando, nuevamente, el amplio ámbito de desarrollo de la figura del arbitraje, dado el elenco de materias disponibles para este objeto.

¿Cuál es la función *jurídica* del arbitraje? Evitar la resolución de un conflicto por los órganos judiciales. Esta voluntad de evitar la judicialización puede deberse a diversos motivos: el especial conocimiento que de la materia o negocio concreto de que se trate tienen personas determinadas designadas como árbitros o la voluntad de agilizar el proceso de resolución del conflicto, lo que supone que se realizará teniendo en cuenta la especial *lex artis* del ámbito específico a que se refiera.

¿Cuál es la función *económica* de las cláusulas de arbitraje? Agilizar la resolución de los conflictos que puedan surgir derivados del incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato por alguna de las partes. Es una respuesta similar a la dada en la pregunta anterior, pero es que el fin perseguido tiene una connotación evidentemente jurídica y también económica: dado que la resolución judicial de conflictos implica la entrada de un poder judicial con notables deficiencias de medios y una ralentización evidente de plazos las partes, *prima facie*, quieren ejercer sus derechos y que éstos se reconozcan cuanto antes mediante una resolución vinculante del conflicto surgido.

Pero, ¿qué tiene que ver la defensa de estos derechos con la economía? Quienes intervienen en el mercado están dispuestos a realizar operaciones en el mismo en tanto que junto con la claridad del negocio realizado obtengan alguna suerte de garantía en sentido genérico de que la otra parte cumplirá con lo contenido en el contrato; para el caso de que no cumpla las partes desean asegurarse de que un tercero resolverá el conflicto surgido y obligará al incumplidor a realizar su prestación; cuanta mayor seguridad haya en el mercado, cuanto más fácil y rápidamente se resuelvan los conflictos entre las partes, mayores serán las veces en las que el consumidor se atreverá a serlo entrando en el mercado. En consecuencia, la resolución ágil y eficaz de los contratos incide directamente en el volumen de operaciones realizadas y, por tanto, en un aumento progresivo del consumo y de la producción que sirva para satisfacer tal consumo. Huelga decir que el primer interesado en el fomento del consumo es el Estado por cuanto que obtendrá ingresos

por cada entrada del consumidor en el mercado mediante, entre otros, el IVA. Como ya hemos apuntado más arriba, no todos los problemas del mercado se resuelven simplemente con regulación; ciertamente es el primer e ineludible paso para configurar un marco en el que los consumidores se puedan mover y actuar. Pero a las normas inteligentes deben seguir las aplicaciones adecuadas y eficientes de las mismas, lo que no resulta actualmente como veremos.

¿Cuál es la función *social* del arbitraje? Elemento esencial del derecho es responder a las ansias de justicia de la comunidad. La función social del arbitraje es obtener una resolución justa de acuerdo con los principios de derecho y/o equidad a un conflicto dado. La Justicia deriva de la rapidez en la respuesta, de la seguridad normativa y de sus consecuencias y de la formación adecuada e imparcialidad de quienes deban decidir sobre el conflicto.

La cláusula de arbitraje no es necesaria para la validez del contrato. Existe como un remedio a la resolución judicial del conflicto pero, en todo caso, las partes tienen derecho a acudir a un Juzgado a resolver sus desavenencias. ¿Pero resulta idónea y/o procedente la inclusión de la cláusula de arbitraje?

En cuanto a la *procedencia* de la cláusula de arbitraje. Es evidente que las partes pueden acordar (art. 1255 CC) que la materia objeto de su contrato se resuelva mediante árbitros y no mediante una instancia judicial. Las cláusulas en materia de arbitraje son procedentes sin que su existencia suponga un problema de naturaleza jurídica y sin perjuicio de la legislación especial al respecto, pudiéndose manifestar el consentimiento a esta cláusula de forma expresa o tácita.

En cuanto a la *idoneidad* de la cláusula de arbitraje, puede estudiarse ésta desde un doble punto de vista: primero, si es idóneo hacer constar la cláusula como accesoria en un contrato *ab initio* o si, por el contrario, resulta mejor acordar el arbitraje sobrevenidamente solo en el momento y para el caso de que exista conflicto en la consumación del contrato y, segundo, si la institución del arbitraje reporta algún tipo de beneficio frente a la resolución judicial de conflictos. En cuanto al primero de los puntos, entendemos que resulta más adecuado y coherente obtener el acuerdo de las partes para un convenio global en el momento de la prestación del consentimiento al contrato principal. Otra solución supondría la necesidad de un nuevo acuerdo de las partes en el momento del surgimiento del conflicto con todos los problemas que ello acarrearía: nueva reunión de las partes; nuevo acuerdo de las mismas; y, por último, discusión acerca del contenido de la cláusula arbitral en un momento de discrepancia y desacuerdo. Lo dicho se entiende sin perjuicio de la especial normativa existente en materia de consumo y de la que hablaremos más adelante; pero podemos adelantar lo siguiente: para el supuesto de interven-

ción de consumidores en contratos que contengan, además, condiciones generales de la contratación, es inusual por poco operativo la existencia de un doble momento de prestación del consentimiento (el primero relativo a la celebración del contrato objeto de litigio y el segundo relativo a la cláusula arbitral). Si de lo que se trata es de acelerar y facilitar la contratación no deben plantearse dos momentos de acuerdo sino uno solo que englobe y prevea todos los eventuales supuestos de discrepancia y los modos de su resolución (30). Situación distinta de la anterior es aquella en la que nos encontramos entre partes iguales y cuya contratación se produce tras un largo proceso de tratos preliminares en los que cobra más sentido —aunque no resulte ideal— la posibilidad de posponer al momento el conflicto la celebración de un contrato de arbitraje.

En cuanto al segundo de los puntos, relativo a si la institución del arbitraje reporta algún tipo de beneficio frente a la resolución judicial de conflictos, se ha escrito mucho respecto de la posibilidad de descargar a la justicia ordinaria mediante la creación y desarrollo de medios alternativos de resolución de conflictos como el arbitraje y la mediación (31), así como mediante

(30) Como hemos dicho, la contratación en masa persigue la agilidad de la contratación y la reducción del riesgo de litigiosidad. Para ello, redacta unas únicas cláusulas para la totalidad de los clientes de manera que no discute cada contrato y mediante un estudio y redacción detallado de las cláusulas contractuales consigue reducir la posible ilegalidad (y el riesgo que ello conlleva) de las mismas, obteniendo una posición ventajosa por su experiencia, conocimiento y pericia, así como por la evidente ventaja que supone para el prestador de servicios haber redactado él mismo tales cláusulas. Por tanto, carece de sentido que quien puede determinar —y de hecho determina— el contenido del contrato deje para un momento y acuerdo posterior la firma de la cláusula relativa a la resolución arbitral de los conflictos por las razones expuestas además de por el hecho de que el mismo prestador de servicios estructurará el arbitraje de manera que sea lo más adecuado para sus propios intereses.

(31) Resulta precisa aquí una aclaración: la RAE define el arbitraje como la «acción o facultad de arbitrar» y como «juicio arbitral» (http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=arbitraje; fecha de la consulta: 24-11-2009); define arbitrar como «dar o proponer arbitrios» (http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=arbitraje; fecha de la consulta: 24-11-2009), y «arbitrios» como «sentencia o laudo del árbitro» (http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=arbitraje; fecha de la consulta: 24-11-2009), de lo que resulta que la RAE asimila la sentencia al laudo con la especialidad de que ésta es dictada no por un Juez sino por un árbitro. En consecuencia, un arbitraje tiene por objeto dictar un laudo (léase en el sentido de la RAE sentencia) lo que implica dictar una «Decisión de cualquier controversia o disputa extrajudicial, que da la persona a quien se ha hecho árbitro de ella para que la juzgue o componga» (http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=arbitraje; fecha de la consulta: 24-11-2009). Nótese cómo al definir el término sentencia, la RAE acude nuevamente al concepto de árbitro. En cuanto a la mediación, señala la RAE que por tal debe entenderse la «acción y efecto de mediar» (http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=arbitraje; fecha de la consulta: 24-11-2009) y que por mediar debe entenderse «Interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad» (http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=arbitraje; fecha de la consulta: 24-11-2009) sin que por ello deba el mediador juzgar o componer

la recolocación a otros órganos de aquellas instituciones de las que se ocupan los jueces y que, sin embargo, carecen de verdadero contenido judicial. Como ejemplo de esto último, tenemos la legalización de los Libros de Actas de las Comunidades de Propietarios por parte de los Registradores de la Propiedad (32), así como la futura posibilidad de encargar a estos mismos funcionarios la gestión de los Registros Civiles de los que hasta hoy se encargan los jueces (33).

Mediante esta descarga de asuntos por parte de la Autoridad Judicial, se pretende buscar una mayor eficiencia, eficacia y rapidez, así como flexibilidad en la resolución de conflictos, manteniendo la calidad jurídica que sustenta las resoluciones y con una evidente economía de costes para el Estado y los ciudadanos y de tiempo para estos últimos (34). En nuestra opinión, debe facilitarse y ampliarse la senda abierta por el arbitraje —de consumo más concretamente— mediante el acceso de los cuerpos jurídicos del Estado pertinentes y su participación en la resolución arbitral de los conflictos surgidos.

INFLUENCIA DE LA INTERVENCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN LA CONTRATACIÓN (35)

¿Qué se entiende por consumidor? La definición viene dada en el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se

sino reconciliar y unir. La diferencia estriba, por tanto, en que el árbitro está facultado para dar una solución, mientras que en la mediación son las partes las que se dan la solución dirigidas por el mediador (vid. BLANCO CARRASCO, *El contrato de corretaje*, Cuadernos de Derecho Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2008, pág. 20).

(32) Artículo 19 de la Ley 49/1960, de Propiedad Horizontal; en cuanto a la publicidad de los arbitrajes por vía registral, vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, «Publicidad mercantil registral del procedimiento arbitral», en *RCDI*, núm. 612, 1992, págs. 2033-2054.

(33) Artículos 10 y 11 de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil.

(34) Vid. RODRÍGUEZ, Carlos E., «Salvemos la justicia (II)», en *El Notario del Siglo XXI*, Revista del Colegio Notarial de Madrid, julio-agosto de 2008, núm. 20, págs. 26-31, pág. 27.

(35) Vid. La bibliografía relativa a consumidores es amplísima, entre otros: CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, «Derecho comunitario y protección de los consumidores», en *RCDI*, núm. 620, 1994, págs. 201-214; GÓMEZ POMAR, «La relación entre normativa sobre protección de consumidores y normativa sobre defensa de la competencia», en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2003; RIVERO GONZÁLEZ, «El comercio electrónico con consumidores en la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico», en *Revista de Gestión Pública y Privada*, núm. 8, 2003, págs. 221-252; DOMÍNGUEZ LUELMO, «Contratación electrónica y protección de consumidores: régimen jurídico», en *RCDI*, núm. 660, 2000, págs. 2327-2388; GARCÍA GARCÍA, «La función registral calificadora, la protección de los consumidores y la cláusula penal en los autos del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña», en *RCDI*, núm. 610,

aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU) y que señala que «...son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional» (36). No se trata tanto de una persona determinada como de una *posición jurídica* de una persona determinada (37). Una persona física o jurídica no nace sino que se hace consumidor.

¿Qué se entiende por prestador de servicios? El TRLGDCU habla de «productor» y «proveedor». Al primero lo define como el «...fabricante del bien o el prestador del servicio o su intermediario, o al importador del bien o servicio en el territorio de la Unión Europea, así como a cualquier persona que se presente como tal al indicar en el bien, ya sea en el envase, el envoltorio o cualquier otro elemento de protección o presentación, o servicio, su nombre, marca u otro signo distintivo» (art. 5); al segundo lo define como «el empresario que suministra o distribuye productos en el mercado, cualquiera que sea el título o contrato en virtud del cual realice dicha distribución» (art. 7).

¿Por qué una regulación específica para el caso de intervención de consumidores? Porque son contratantes subordinados o en situación de inferioridad que requieren de una especial protección del ordenamiento jurídico; esto supone, tal y como hemos estudiado más arriba, que la intervención de consumidores en un contrato exige la aplicación de normas especiales que maten las generales. En este apartado nos centraremos en estudiar estos principios en relación con el objeto del presente trabajo.

Debemos diferenciar dos ámbitos en materia de protección de los consumidores: por una parte, con independencia de la diligencia o negligencia atribuible directamente al consumidor más allá de la falta de pericia y conocimiento del mismo en los términos que señalábamos más arriba, el prestador

1992, págs. 1313-1358; REYES LÓPEZ, «El Derecho Comunitario y el proyecto de reformar la normativa reguladora de los derechos de los consumidores y usuarios», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 263, 2006, págs. 37-45; TORRES LANA, *La protección del turista como consumidor*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2003; LASARTE ÁLVAREZ, *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Dykinson, Madrid, 2003.

(36) Este concepto no ha estado exento de polémica: desde la vinculación del mismo respecto de las Comunidades Autónomas (vid. SSTs de 26 de enero de 1989 y 18 de junio de 1989) pasando por su aplicabilidad respecto de las sociedades mercantiles (SAP de La Coruña de 13 de junio de 2002, Sección 1.^a) y la intención por personas jurídicas de constituirse en consumidores pese a no resultar destinatarios finales de los bienes sino para integrarlos en el proceso empresarial o profesional (SSTs de 17 de julio de 1997, 16 de diciembre de 1998, 18 de junio de 1998 y 16 de octubre de 2000) hasta, finalmente, la crítica del mismo precepto por su limitación (SAP de Córdoba de 17 de septiembre de 1998, Sección 1.^a).

(37) Vid. CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, *La protección inmobiliaria del consumidor en la Comunidad Europea*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1994, pág. 169.

de servicios está objetivamente obligado a proveer al consumidor de determinada información tasada cuantitativa —*qué*— y cualitativamente —*cómo*— por el legislador; el prestador está obligado a proveer al consumidor de esta información y en la forma estipulada por la Ley con independencia de que el consumidor se la requiera o no.

El *punto principal de imputación de obligaciones* es el prestador de servicios y no el consumidor a quien solo se le requiere una diligencia general; por otra parte, y una vez facilitada por el prestador de servicios al consumidor la citada información, la Ley no protege al consumidor negligente o que no intervino con la diligencia suficiente y exigible de acuerdo con las circunstancias del caso concreto.

Para el caso de que concurra falta de información y/o de diligencia por el prestador de servicios y por el consumidor respectivamente, cada uno de ellos deberá soportar las consecuencias de su actuación sin que una de las partes pueda alegar la desidia o la dejación de la otra para justificar su actuación. Esto no obstante, en caso de duda, la interpretación de la situación y de las consecuencias de la misma deberá ser más favorable para el consumidor en virtud del principio *in dubio pro consumptore*.

En cuanto a la normativa específica en este aspecto tenemos dentro del TRLGDCU:

1. Artículo 8.b), relativo a los derechos básicos de los consumidores y usuarios, que señala que «son derechos básicos de los consumidores y usuarios... la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular, frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos (38)».
2. Artículo 8.f), también relativo a estos mismos derechos básicos de los consumidores, que señala que «la protección de sus derechos, mediante procedimientos eficaces, en especial ante situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión».
3. Artículo 10, que señala que «la renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil». De acuerdo con el principio de economía contractual, la nulidad de una de las cláusulas

(38) EL TS se ha encargado de declarar en diversas ocasiones el carácter abusivo de la nulidad de determinadas cláusulas como la de sumisión expresa contenida en un contrato de adhesión atendiendo a la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de Consumidores y Usuarios; el espíritu contenido en esta norma se ha visto secundado por la Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 (relativa a las cláusulas abusivas en los contratos suscritos por los consumidores, y la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación; vid. STS de 22 de noviembre de 2002, Sala Primera de lo Civil.

del negocio no supone *per se* la nulidad de la totalidad del negocio siempre que la cláusula nula no impida la adecuada integración del negocio (39).

4. Artículo 62.2, que señala que «se prohíben, en los contratos con consumidores y usuarios, las cláusulas que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en el contrato».
5. Artículo 62.3, que señala que «en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado se prohíben las cláusulas que establezcan plazos de duración excesiva o limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor y usuario a poner fin al contrato».
6. Artículo 68.1 párrafo 2.º, que señala que «serán nulas de pleno derecho las cláusulas que impongan al consumidor y usuario una penalización por el ejercicio de su derecho de desistimiento»; y, por último,
7. Artículo 82, relativo a las cláusulas abusivas.

En cuanto a las *características de la información* —el *cómo* se debe informar— que deben contener las cláusulas de los contratos celebrados con consumidores tenemos:

1. Artículo 8 TRLGDCU, relativo a los derechos básicos de los consumidores y usuarios, que en su apartado «d» señala que «son derechos básicos de los consumidores y usuarios... la información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute».
2. Artículo 12 TRLGDCU, relativo a la información a los consumidores y usuarios sobre los riesgos de los bienes o servicios.
3. Artículo 17 TRLGDCU, relativo a la información y educación de los consumidores y usuarios.
4. Artículo 18, apartado 2.º TRLGDCU, relativo al etiquetado y presentación de los bienes y servicios.

(39) En este mismo sentido, aunque en sede de condiciones generales de la contratación y sin perjuicio de lo que señalaremos más adelante, señala el artículo 10.1 que «la no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia»; otro caso de integración contractual lo encontramos en el artículo 65 TRLGDCU, que señala que «los contratos con los consumidores y usuarios se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante».

5. Artículo 60 TRLGDCU, relativo a la información previa al contrato que el empresario deberá poner a disposición del consumidor. En consecuencia, nos encontramos en la fase formativa del negocio jurídico.
6. Artículo 61 TRLGDCU, relativo a la integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato y en el que se establece el carácter vinculante para el prestador de servicios del contenido de la oferta, promoción y publicidad, así como la necesidad de que el contenido de las mismas se adecue a las condiciones propias de la contratación.
7. Artículo 69 TRLGDCU, que establece la obligación de informar al consumidor sobre el derecho de desistimiento.
8. Artículo 20 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio (en adelante, LSSI) electrónico relativa a la información exigida para las comunicaciones comerciales, ofertas promocionales y concursos.
9. Artículos 27 y 28 LSSI, relativos a las obligaciones previas y posteriores a la contratación.
10. Artículo 19 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (en adelante, LCM), relativa a la información en materia de ofertas especiales.
11. Artículo 20 LCM, relativa a la información/constancia de los precios anteriores junto con el nuevo para el caso de reducción de éstos.
12. Artículo 35 LCM, relativo a la veracidad de la oferta.
13. Artículo 40 LCM, relativo a la información previa para el caso de ventas a distancia.
14. Artículo 47 LCM, relativo a la información al tiempo de la ejecución de las ventas a distancia.
15. Artículo 50 LCM, relativo a las advertencias obligatorias que deben realizarse para el caso de la venta automática.
16. Artículo 55 LCM, relativo a la información del vendedor ambulante.
17. Artículo 58 LCM, de la información que debe contener el bien objeto de venta para el caso de su enajenación en pública subasta; y, por último,
18. La normativa propia de las Condiciones Generales de la Contratación de la que hablaremos más adelante.

Con la intención de reducir todos estos puntos en dos capitales que por sí solos justifican en nuestra opinión la existencia de una rama específica del derecho relativa a los consumidores tenemos:

1. *La expulsión del consumidor del período de formación contractual.* La formación unilateral de la oferta deriva de la necesidad

de agilizar la contratación por parte de los prestadores de servicios. A través de la unilateralidad no solo se obtiene velocidad negocial sino una situación de preponderancia que supone la eliminación de los tratos preliminares, la formación unilateral de la oferta o la creación del contrato de adhesión en el que el consumidor solo puede aceptar o rechazar pero en ningún caso negociar y la proliferación de las condiciones generales de la contratación —que suponen un *plus* a la unilateralidad en los términos explicados más arriba—. Todo esto implica la efectiva expulsión del consumidor en el período más importante del contrato: el de su formación. En tal sentido, define BALLUGERA GÓMEZ el contrato de adhesión como «aquél propio del intercambio masivo, en el que el contenido contractual, formado en todo o en parte por condiciones generales de la contratación (40), presenta junto al consenso una posibilidad *indeterminada* de disenso contraria al concepto de contrato que debe ser eliminada»; y,

2. *La falta de pericia del consumidor.* Implica el desconocimiento del consumidor del objeto sobre el que va a contratar. Bien es cierto que el consumidor conocerá *grosso modo* el objeto del contrato pero no en sus detalles más profundos por dos motivos: la velocidad de la presentación de la oferta que no ha redactado él y de la prestación del consentimiento y por desconocimiento técnico del objeto sobre el que va a contratar frente a la pericia del prestador de servicios. Y son precisamente estos detalles los que llevan a la litigiosidad y discusión de las partes: la calidad de los productos con los que se realizó el objeto del contrato, el acabado del producto, la durabilidad del mismo, la existencia de garantías de los productos vendidos a consumidores y la extensión de la misma garantía, el trato al cliente, la celeridad en la resuelta para el caso de necesarias reparaciones del producto, etc. Es evidente que el prestador de servicios no va a extender, *motu proprio*, el ámbito de sus obligaciones por lo que al consumidor solo le queda como título probatorio de la obligación el contrato correspondiente, contrato en cuya redacción el mismo consumidor no intervino en ningún momento salvo para adherirse al

(40) Debemos matizar una cuestión frente a esta definición: si el autor entiende el contrato de adhesión en el sentido señalado por la LCGC, efectivamente por tal debe entenderse al que contiene en todo o en parte condiciones generales de la contratación; si el concepto de contrato de adhesión se entiende en el sentido propio de sus palabras, esto es, como un negocio en el que una de las partes se adhiere a lo predispuesto o preexistente (por la otra), para que exista tal adhesión solo se requerirá la imposición unilateral del contenido del contrato que el adherente podrá o no aceptar pero no necesariamente las condiciones generales.

mismo de lo que resulta la importancia de la forma (escrita) del contrato con la finalidad de prueba (41).

Estas circunstancias determinan con carácter general una especial interpretación y ponderación del consumidor y, más especialmente, de los contratos firmados por él en las citadas circunstancias lo que nos lleva a una serie de exigencias-principios como son:

1. *Equivalencia de las prestaciones.* La legislación persigue la defensa de la equivalencia de las prestaciones sancionando con la nulidad-anulabilidad todas aquellas cláusulas desequilibradas atendiendo a las circunstancias de lugar y naturaleza del negocio jurídico así como a las contrarias al principio de la buena fe. No puede hablarse de que las cosas valen lo que se paga por ellas dado que el consumidor no sabe exactamente qué precio corresponde al valor de la cosa.
2. *Consentimiento formado e informado.* Nos remitimos a lo dicho más arriba.
3. *Interpretación pro consumptore.* El carácter secundario del consumidor en el proceso de contratación tanto desde el punto de vista de la redacción de la oferta como desde el imperfecto conocimiento del objeto del contrato dejan a aquél en una situación de desvalimiento. En consecuencia, la *presunción de inocencia* del consumidor o de *no culpabilidad* del mismo late en nuestro ordenamiento jurídico lo que lleva a una interpretación a favor del consumidor para el caso duda. Dado que el consumidor no redacta las cláusulas no es responsable de la oscuridad de éstas; dado que el consumidor no redacta las cláusulas, no puede haber creado ni facilitado el desequilibrio de las prestaciones para el caso de que se produzcan y, por último; dado que el consumidor desconoce *ab initio* la verdadera naturaleza del bien en toda su extensión si surge algún problema en cuanto a la comprensión de la misma naturaleza por parte del consumidor, tal problema-duda únicamente puede surgir por una defectuosa información o facilitación de ésta por parte del prestador de servicios.
4. *Carácter circular o retroalimentador de los principios en materia de consumo/carácter holístico o global de la legislación en materia*

(41) Sin perjuicio de lo dicho más arriba sobre la forma de los contratos, y teniendo en cuenta el principio de interpretación *pro consumptore*, la exigencia de formas por parte de la legislación que supongan un gravamen para el consumidor o que no impliquen una mejora de sus derechos o afianzamiento de su posición debe entenderse *contra consumptore*, por lo que de una interpretación integradora del ordenamiento jurídico y de sus principios, debe tenderse a la eliminación de tales formas.

de consumo. Todos los principios anteriores individualmente expuestos deben considerarse como un todo dirigido a la adecuada protección del consumidor. La adecuada formación del consentimiento exige determinar el verdadero contenido de lo consentido lo que supone, a su vez, la necesidad de demostrar de alguna manera, por escrito generalmente, el negocio consentido así como la oferta que motivó tal consentimiento. Para el caso de dudas en cuanto a la oferta o el contrato consentido resulta preciso establecer reglas de interpretación especiales y matizadamente distintas de las previstas en los artículos 1281 del Código Civil y siguientes por cuanto que el mismo Código Civil prevé la existencia de partes igualmente formadas e informadas y que participan por igual en la formación del contrato lo que, en este caso particular, no se produce. Esto implica la necesidad de establecer una presunción interpretativa en favor de la parte más débil, esto es, el consumidor y de impedir las cláusulas que impliquen un desequilibrio de las partes por cuanto que éstas no han sido negociadas individualmente.

El hecho de que las partes deseen acudir al sistema arbitral de resolución de conflictos no puede suponer, en ningún caso, una merma de los derechos del consumidor. ¿Cómo se logra tal merma de derechos? Mediante la 1) redacción de una cláusula de arbitraje oscura o incomprensible, con numerosas remisiones a otras normas o, simplemente, 2) predeterminando los árbitros entre personas proclives o que tengan o puedan tener en el futuro intereses de cualquier índole con el prestador-de-servicios-predisponente-redactor-unilateral-de-la-oferta.

El primero de los problemas se resuelve a través de las normas específicas en materia de contratos en general —art. 1288 CC— y de consumidores en general.

El segundo de los problemas —la elección de árbitros no imparciales—, se resuelve por la normativa de consumo mediante un sistema por pasos, esto es: distinguiendo según la cláusula de arbitraje se pacte al tiempo del contrato principal o al tiempo del surgimiento del conflicto y sin perjuicio del principio general de la buena fe y del equilibrio de las prestaciones. De este asunto trataremos más adelante al hacer referencia específicamente al arbitraje de consumo.

INCIDENCIA DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN EN EL OBJETO DE ESTUDIO (42)

No es objeto de este trabajo realizar un estudio en profundidad en materia de condiciones generales de la contratación sino centrarnos exclusivamente en el ámbito de incidencia de estas cláusulas en la formación del consentimiento, así como en la información necesaria que el prestador de servicios debe facilitar al adherente (43) al respecto (44).

Con la finalidad de regular las condiciones generales de la contratación —la *letra pequeña* (45) de los contratos— se ha redactado una ley sencilla (46), con escaso número de artículos —veinticuatro en total— que distingue netamente las condiciones generales de la contratación —que quedan reguladas

(42) Vid. ALBIEZ DOHRMANN, «El control de las condiciones generales imprecisas y abusivas en el ámbito registral», en *RCDI*, núm. 618, 1993, págs. 1421-1486; BENDITO CAÑIZARES, «La impugnación judicial de las condiciones generales de la contratación», en *RCDI*, núm. 657, 2000, págs. 403-480; CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, «Condiciones generales en la contratación financiera», en *RCDI*, núm. 651, 1999, págs. 389-440; DÍAZ FRAILE, «La protección registral al consumidor y la Directiva sobre cláusulas contractuales abusivas de 1993», en *RCDI*, núm. 622, 1994, págs. 1023-1036; GÓMEZ GÁLLIGO, «La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación», en *RCDI*, núm. 648, 1998, págs. 1587-1622; RAMÓN CHORNET, «Las condiciones generales de la contratación: El nuevo Registro especial de condiciones generales de la contratación. Las condiciones generales de la contratación y el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, núm. 661, 2000, págs. 2625-2690.

(43) Se ha planteado la cuestión de si el adherente ha de ser necesariamente un consumidor o si aquél puede ser un prestador de servicios o comerciante. Si bien la LCGC en su Exposición de Motivos señala que «tiene por objeto la trasposición de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores... [modificando] el marco jurídico preexistente de protección al consumidor» y que «la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual», queda claro que en la mente del mismo legislador está la protección del consumidor y también la de todos aquellos que acepten condiciones generales de la contratación. Podemos colegir que aunque pensada para consumidores, la ley busca aplicarse también a quien no lo sea (en este sentido, vid. CABELLO DE LOS COBOS, *La Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, pág. 149).

(44) La bibliografía relativa a las condiciones generales de la contratación es, al igual que en materia de consumo, amplísima; entre otros: en cuanto a la naturaleza anfibológica, vid. BALLUGERA GÓMEZ, *op. cit.*; en cuanto a la calificación registral de las condiciones generales de la contratación, vid. DÍAZ FRAILE, «La trasposición en el Derecho español de la Directiva sobre cláusulas abusivas. Aplicación registral», en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 10, 2.ª época, 1995; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Rodrigo), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (coord.), Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000, y MENÉNDEZ MENÉNDEZ y DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, 2002.

(45) Vid. CABELLO DE LOS COBOS, *La Ley de Condiciones Generales...*, pág. 99.

(46) Vid. *Ibid.*, pág. 102.

en la presente ley—, los contratos de adhesión sin condiciones generales —que no son objeto de regulación por la presente ley— y las cláusulas abusivas (47) —que son declaradas nulas— (48).

La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación queda completada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias que regula diversos aspectos relacionados en sus artículos 80 a 91 (Libro III —Contratos y Garantías—, Título II —Condiciones Generales y cláusulas abusivas—, Capítulos I —Cláusulas no negociadas individualmente— y II —Cláusulas abusivas—) (49).

Ya hemos visto más arriba cómo la unilateralidad en la formación de la oferta y en la redacción del contrato no implica *per se* la existencia de condiciones generales de la contratación, sino que se trata de una cualidad compartida de ambas figuras. La unilateralidad en la redacción de todo o parte del negocio jurídico está previsto en el Código Civil en el artículo 1288 del Código Civil que al indicar que «la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad» parece acercarse a la idea de que quien hubiera redactado la cláusula o que aún no habiéndola redactado hubiere dado indicaciones para su redacción que produjeran la oscuridad, no podrá verse beneficiado de la interpretación que resulte de tal oscuridad facilitando una regla de interpreta-

(47) Señala el artículo 82 TRLGDCU, relativo al concepto de cláusulas abusivas, que: «1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. 2. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato. El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba. 3. El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa. 4. No obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive: a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario; b) limiten los derechos del consumidor y usuario; c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato; d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba; e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable».

(48) Vid. CABELLO DE LOS COBOS, *La Ley de Condiciones Generales...*, pág. 102.

(49) Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, introduce el apartado 5.2, y la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios que afecta a los artículos 16 y 19.

ción (50). La aceptación de un contrato redactado por uno solo de los contratantes y que contenga cláusulas oscuras no hace que el aceptante tenga que sufrir la oscuridad. En consecuencia, el artículo citado debe entenderse en el sentido de que favorecerá, a quien no habiendo producido directa o indirectamente la oscuridad acepte el contrato que contenga la citada cláusula oscura (51).

Más allá de la simple unilateralidad se encuentra el concepto de condición general de la contratación. Su ámbito conceptual viene dado por el artículo 1 LCCGGC, que señala que «son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión».

Son elementos esenciales de las condiciones generales la predisposición e incorporación y la imposición por uno de los contratantes y la intención de incluir estas condiciones en una pluralidad de contratos (52). Nótese que la ley dice *intención* y no que *efectivamente* hayan sido incorporadas a la pluralidad de contratos. En consecuencia, aunque las condiciones hayan sido hechas constar en un solo contrato si se demuestra que la intención era incorporarlas a una pluralidad de contratos, aquéllas tendrán la consideración de condiciones generales de la contratación.

A los efectos de encuadrar los efectos jurídicos propios de las condiciones generales de la contratación, procedemos a señalar los puntos más relevantes en relación con este trabajo:

1. Artículo 3 relativo al ámbito territorial y a las disposiciones imperativas y redactado conforme a la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, que establece que:

La presente Ley se aplicará a las cláusulas de condiciones generales que formen parte de contratos sujetos a la legislación española.

También se aplicará a los contratos sometidos a legislación extranjera cuando el adherente haya emitido su declaración negocial en territorio es-

(50) En contra de que tal artículo establezca una regla de interpretación, O'CALLAGHAN, *op. cit.*, pág. 1326.

(51) Señala O'CALLAGHAN (*op. cit.*, pág. 1327), que «ocasionar la oscuridad significa no solo redactar el contrato o la cláusula oscura, sino que hay que entenderlo en el sentido de toda intervención que en relación de causa-efecto determine la oscuridad».

(52) Vid. CABELLO DE LOS COBOS, *La Ley de Condiciones Generales...*, pág. 106.

pañol y tenga en éste su residencia habitual, sin perjuicio de lo establecido en los tratados o convenios internacionales. Cuando el adherente sea un consumidor se aplicará lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 10 bis de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.

2. Artículo 5 relativo a los requisitos de incorporación, que establece que:

1. Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas.

No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas.

2. Los adherentes podrán exigir que el Notario autorizante no transcriba las condiciones generales de la contratación en las escrituras que otorgue y que se deje constancia de ellas en la matriz, incorporándolas como anexo. En este caso el Notario comprobará que los adherentes tienen conocimiento íntegro de su contenido y que las aceptan.

3. Cuando el contrato no deba formalizarse por escrito y el predisponente entregue un resguardo justificativo de la contraprestación recibida, bastará con que el predisponente anuncie las condiciones generales en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebra el negocio, que las inserte en la documentación del contrato que acompaña su celebración; o que, de cualquier otra forma, garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración.

4. En los casos de contratación telefónica o electrónica será necesario que conste en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma.

5. La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.

3. Artículo 6 relativo a las reglas de interpretación y redactado conforme a la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios y que señala que:

1. Cuando exista contradicción entre las condiciones generales y las condiciones particulares específicamente previstas para ese contrato, prevalecerán éstas sobre aquéllas, salvo que las condiciones generales resulten más beneficiosas para el adherente que las condiciones particulares.

2. Las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente. En los contratos con consumidores esta norma de interpretación solo será aplicable cuando se ejerciten acciones individuales.

3. Sin perjuicio de lo establecido en el presente artículo, y en lo no previsto en el mismo, serán de aplicación las disposiciones del Código Civil sobre la interpretación de los contratos.

4. Artículo 7, relativo a la no incorporación de las cláusulas que contengan condiciones generales de la contratación y que señala que:

No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:

a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.

b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que disciplinase en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.

5. Artículo 8, relativo a la nulidad de las condiciones generales y que señala que:

1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales, en todo caso, las definidas en el artículo 10 bis y Disposición Adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

6. Artículo 9 relativo al régimen aplicable y cuyo apartado tercero ha sido derogado por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que señala que:

1. La declaración judicial de no incorporación al contrato o de nulidad de las cláusulas de condiciones generales podrá ser instada por el adherente de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual.

2. La sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil.

7. Artículo 10, relativo a los efectos y que señala que:

1. La no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia.

2. La parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo.

Únicamente nos queda realizar una serie de reflexiones generales al respecto de la mano de BALLUGERA GÓMEZ: la desigualdad contractual de las partes entre las que discurre el intercambio negocial (53) que se concreta en la «subordinación o indefensión del adherente» (54) y la exclusión del adherente de la fase de los tratos preliminares sustituyendo la negociación por la imposición (55) —lo que conlleva posteriormente a una «falta de lectura o de comprensión, forzosa e irracional, del formulario» (56)— son las causas que justifican la intervención del derecho en defensa del adherente.

La dinámica de las condiciones generales de la contratación ha llevado a plantearse a algún autor si efectivamente nos encontramos ante un verdadero contrato, dado que «...la ausencia o la reducción del alcance de los tratos preliminares y de la negociación en la formación del contenido contractual, determinan que éste, en gran medida, sea objeto de imposición, de suerte que tras la adhesión, a diferencia de lo que ocurría en el contrato por negociación, *no aparece la certeza de una completa confluencia* de voluntades, sino que subsisten las dudas sobre que la misma se haya producido» (57).

Nosotros no llegaremos a tanto: entendemos que el adherente es libre para aceptar o rechazar el contenido del contrato que se le ofrece; no es en la práctica libre para negociar el contenido del contrato porque el predisponente de servicios no está dispuesto a ello por principio (económico y de seguridad jurídica). Esto último no supone que no haya habido acuerdo de voluntades dado que el adherente goza en todo momento de la posibilidad de decir sí o no al contenido del contrato; pero que haya contrato no significa, en absoluto, que todo el contrato sea válido: sus cláusulas deben interpretarse de acuerdo con el cedazo de los principios propios que rigen la legislación en materia de condiciones generales de la contratación conjuntamente con los principios propios de la legislación de consumidores para el caso de que en el adherente concorra la circunstancia de consumidor.

(53) BALLUGERA GÓMEZ, *op. cit.*, pág. 36.

(54) *Ibíd.*, *op. cit.*, pág. 37.

(55) *Ibíd.*, *op. cit.*, pág. 37.

(56) *Ibíd.*, *op. cit.*, págs. 41-43.

(57) *Ibíd.*, *op. cit.*, pág. 49. Las cursivas son del autor.

La contratación en masa no puede, en ningún caso, constituir justificación alguna para la disminución de los derechos del adherente; especialmente resulta amenazada la formación del consentimiento o, más concretamente, la existencia de un *consentimiento informado*. Más al contrario, la existencia de la contratación en masa en general y de las condiciones generales de la contratación en particular sumado a la impericia del adherente justifica la existencia de normas especiales que eleven la posición jurídica de éste para tratar de acercarlo a la posición del predisponente; además de la normativa en este sentido, resulta inexcusable la provisión de medios eficaces y ágiles que aseguren la inmediata resolución de los conflictos que puedan surgir entre el predisponente y el adherente, medios que además de estar previstos funcionen efectivamente.

EL ARBITRAJE EN EL ÁMBITO DE LA LEGISLACIÓN DE CONSUMO

Procedamos a estudiar específicamente el arbitraje en materia de consumo. La LA funciona como norma general y la normativa de consumo como ley particular.

1. La Disposición Adicional Única LA, relativa a los arbitrajes de consumo señala que:

Esta Ley será de aplicación supletoria al arbitraje a que se refiere la Ley 26/1984, de 19 de julio, general de defensa de consumidores y usuarios, que en sus normas de desarrollo podrá establecer la decisión en equidad, salvo que las partes opten expresamente por el arbitraje en derecho.

La LA se aplica con carácter supletorio al arbitraje de consumidores. En defecto de la LA resultará de aplicación el Código Civil y el Código de Comercio, en su caso.

La redacción de esta Disposición Adicional Única resultaría confusa si no se lee conjuntamente con la EM VII.2 LA, que señala que: «Se invierte la regla que la Ley de 1988 contenía a favor del arbitraje de equidad. La preferencia por el arbitraje de derecho en defecto de acuerdo de las partes es la orientación más generalizada en el panorama comparado. Resulta, además, muy discutible que la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, sin más especificaciones, pueda presumirse que incluya la de que la controversia sea resuelta en equidad y no sobre la base de los mismos criterios jurídicos que si hubiere de resolver un tribunal. El arbitraje de equidad queda limitado a los casos en que las partes lo hayan pactado expresamente, ya sea a través de una remisión literal a la *equidad*, o a términos similares como decisión *en conciencia*, *ex aequo et bono*, o que el árbitro actuará como *amigable compone-dor*. No obstante, si las partes autorizan la decisión en equidad y al tiempo

señalan normas jurídicas aplicables, los árbitros no pueden ignorar esta última indicación», y el artículo 34.1 LA que señala que: «Los árbitros solo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello».

Por tanto, la resolución arbitral por equidad es perfectamente pactable de acuerdo con la LA, pero solo se entenderá que las partes desean una resolución de equidad cuando expresamente lo indiquen; en caso contrario, los árbitros decidirán de derecho. En materia de consumo el arbitraje de equidad es preferido sobre el de derecho por lo que se invierte la regla de la LA.

2. Artículo 9.1 a .5 LA (Forma y contenido del convenio arbitral):

1. El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

2. Si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato.

3. El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo.

Se considerará cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

4. Se considerará incorporado al acuerdo entre las partes el convenio arbitral que conste en un documento al que éstas se hayan remitido en cualquiera de las formas establecidas en el apartado anterior.

5. Se considerará que hay convenio arbitral cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra.

Expone el artículo 9.1 dos cuestiones: dónde puede colocarse una cláusula arbitral en relación con el contrato principal y cuál es el contenido mínimo de ésta para que sea válida. La cláusula de arbitraje puede pactarse: a) juntamente con el contrato cuyo cumplimiento puede ser objeto del arbitraje, o b) como cláusula independiente convenida, b.1) antes o b.2) después del contrato principal, y b.3) antes o b.4) después de existir la discrepancia que deba ser sometida a arbitraje.

La LA entiende que es suficiente con que las partes manifiesten la voluntad de someter sus discrepancias al arbitraje para que éste exista. En tal caso, el arbitraje se resolverá de derecho si las partes no manifiestan expresamente lo contrario (art. 34.1 LA ya visto).

En el caso de que el convenio de arbitraje forme parte de un negocio de adhesión, remite la LA a la normativa específica. La remisión —que ob-

viamente se refiere a la LCGC— es incorrecta: esta LCGC no regula los contratos de adhesión *per se* sino los contratos que contengan condiciones generales de la contratación y que por ello son contratos de adhesión. Como hemos visto más arriba debe diferenciarse netamente ambas figuras.

Define la RAE por adhesión la «Acción y efecto de adherir o adherirse, conviniendo en un dictamen o partido, o utilizando el recurso entablado por la parte contraria» (58) y por adherir entiende «Convenir en un dictamen o partido y abrazarlo», así como «Dicho de quien no lo había interpuesto: Sumarse al recurso formulado por otra parte» (59). En consecuencia, quien se adhiere no negocia individualmente, sino que se suma a lo afirmado por otra persona sin discutir el contenido de lo afirmado; se limita por tanto a decir «sí» o «no»; las condiciones generales de la contratación añaden un matiz distinto y es que las mismas han «sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos» (art. 1.1 *in fine* LCGC). Y es ésta la diferencia entre el contrato de adhesión y las condiciones generales: en aquél y en éste el adherente solo puede decir «sí» o «no»; pero solo en éste se han previsto las cláusulas para una pluralidad de contratos aunque finalmente no se materialice esta pluralidad de contratos; en definitiva: no todo contrato de adhesión incluye condiciones generales de la contratación pero todo contrato con condiciones generales de la contratación es un contrato de adhesión.

3. EM TRLGDCU (60) señala que:

Conforme a la regulación adoptada, los pactos de sumisión al arbitraje se conducen al momento en el que el consumidor puede evaluar co-

(58) http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=adhesiçon (fecha de la consulta: 27-11-2009).

(59) http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=adhesiçon (fecha de la consulta: 27-11-2009).

(60) El TRLGDCU viene a derogar (Disposición Derogatoria Primera.2), entre otras, la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios, que regulaba el arbitraje en sus artículos 14 (Las oficinas de información de titularidad pública, sin perjuicio de las que verifiquen las organizaciones de consumidores y usuarios, podrán realizar tareas de educación y formación en materia de consumo y apoyar y servir de sede al sistema arbitral previsto en el artículo 31), 31 cuyas especiales no recogidas en los artículos 57 y 58 TRLGDC son: 1) en la LGDCU se relaciona directamente el arbitraje con el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva señalando que el arbitraje tendrá lugar «sin perjuicio de la protección administrativa y de la judicial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 24 de la Constitución»; y, por último, 2) en la LGDCU se exigía que el arbitraje para su validez «deberá constar expresamente por escrito», la Disposición Adicional primera LGDC, que señala que: «A los efectos previstos en el artículo 10 bis, tendrán el carácter de abusivas al menos las cláusulas o estipulaciones siguientes... 26. La sumisión a arbitrajes distintos del consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para sector o un supuesto específico» y, por último, la Disposición Final Sexta LGDCU, que señala que: «1. En el plazo de un año,

rectamente el alcance de la decisión que, en la mayor parte de los casos, se ve obligado a adoptar, y que es aquél en el que surge la controversia. Se eleva con ello la protección del usuario ante fórmulas arbitrales no siempre lícitas y se garantiza la no renuncia previa a los derechos reconocidos legalmente. Esta regla se completa con la determinación de la nulidad de los pactos suscritos contraviniéndola, en aplicación de las previsiones de la propia Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios sobre la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos por la ley al consumidor. La tipificación de su vulneración, como infracción de consumo, se deduce claramente de la letra k) del artículo 49.1 en el que se califica como tal el incumplimiento de los requisitos, obligaciones o prohibiciones establecidas en esta Ley y disposiciones que la desarrollen. Se incorpora al articulado, asimismo, las precisiones introducidas por la reiterada Ley 44/2006, de 29 de diciembre, sobre la determinación reglamentaria de los supuestos en que podrá interponerse reclamación ante la Junta Arbitral Nacional frente a las resoluciones de las juntas arbitrales territoriales sobre admisión e inadmisión de solicitudes de arbitraje y el establecimiento, asimismo, en la norma reglamentaria, de los supuestos en que actuará un árbitro único en la administración del arbitraje de consumo» (61).

Evaluación correcta de la decisión. Nos remitimos a lo dicho más arriba respecto de la formación del consentimiento por parte del consumidor. *Irrenunciabilidad previa* de los derechos por parte del consumidor. Esta norma funciona como medio de defensa de sus derechos impidiendo que el prestador de servicios obligue al consumidor-adherente a tal renuncia considerando ilegal tal tipo de cláusulas.

1. Artículo 57 TRLGDCU, relativo al Sistema Arbitral del Consumo:

1. El Sistema Arbitral del Consumo es el sistema extrajudicial de resolución de conflictos entre los consumidores y usuarios y los empresarios a través del cual, sin formalidades especiales y con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, se resuelven las reclamaciones de los consumidores y usuarios, siempre que el conflicto no verse sobre intoxicación, lesión o muerte o existan indicios racionales de delito.

2. La organización, gestión y administración del Sistema Arbitral de Consumo y el procedimiento de resolución de los conflictos, se establecerá reglamentariamente por el Gobierno. En dicho reglamento podrá preverse la

desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno, contando con el parecer de las Comunidades Autónomas a través de la Conferencia Sectorial de Consumo y con audiencia del Consejo de Consumidores y Usuarios, dictara una nueva regulación del sistema arbitral de consumo, regulando también el arbitraje virtual. 2. Reglamentariamente se determinarán los supuestos en que podrá interponerse reclamación ante la Junta Arbitral Nacional frente a las resoluciones de las juntas arbitrales territoriales sobre admisión o inadmisión de las solicitudes de arbitraje. 3. Reglamentariamente se establecerán los supuestos en que actuará un árbitro único en la administración del arbitraje de consumo».

(61) Las cursivas son nuestras.

decisión en equidad, salvo que las partes opten expresamente por el arbitraje de derecho, el procedimiento a través del cual se administrará el arbitraje electrónico, los supuestos en que podrá interponerse una reclamación ante la Junta Arbitral Nacional frente a las resoluciones de las Juntas arbitrales territoriales sobre admisión o inadmisión de las solicitudes de arbitraje y los casos en que actuará un árbitro único en la administración del arbitraje de consumo.

3. Los órganos arbitrales estarán integrados por representantes de los sectores empresariales interesados, de las organizaciones de consumidores y usuarios y de las Administraciones Públicas.

4. Los convenios arbitrales con los consumidores distintos del arbitraje de consumo previsto en este artículo, solo podrán pactarse una vez surgido el conflicto material o controversia entre las partes del contrato, salvo que se trate de la sumisión a órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales o reglamentarias para un sector o un supuesto específico.

Los convenios arbitrales pactados contraviniendo lo dispuesto en el párrafo precedente serán nulos.

Notas de este arbitraje —y sin perjuicio de lo dicho más arriba— son: que tendrá lugar solo por motivos de consumo cuando el conflicto se produzca entre el empresario y el consumidor y no entre empresarios —salvo que uno de ellos tenga la consideración de consumidor, como ya hemos visto— ni entre consumidores; carácter vinculante del laudo arbitral sin necesidad de pacto entre las partes (en nuestra opinión, no es posible el pacto en contrario porque en tal caso la finalidad de la ley quedaría defraudada); exclusión de determinadas materias que no podrán ser objeto de arbitraje por corresponder al derecho público y no meramente privado; preferencia del ordenamiento jurídico por el arbitraje de equidad frente al de derecho de lo que resulta la innecesariedad de que los árbitros conozcan el derecho; lo anterior facilita la formación de las Juntas arbitrales entre personas de los sectores (consumidores y empresarios, principalmente) interesados; fijación de la adecuación del arbitraje a esta ley dependiendo del momento en que se pacte: antes de surgido el conflicto solo podrá pactarse el arbitraje de consumo ante las Juntas Arbitrales de Consumo, después de surgido el conflicto las partes podrán regular el arbitraje como consideren pero siempre de acuerdo con las normas generales del derecho (imparcialidad de los árbitros); consecuencia de un arbitraje de consumo contrario a la presente ley: la nulidad. No declara la Ley si la nulidad es absoluta o relativa. Nosotros entendemos que debe ser absoluta por razón de los intereses en juego y del espíritu general de la Ley.

2. Artículo 58 TRLGDCU relativo a la Sumisión al Sistema Arbitral del Consumo y que reza como sigue:

1. La sumisión de las partes al Sistema Arbitral del Consumo será voluntaria y deberá constar expresamente, por escrito, por medios electró-

nicos o en cualquier otra forma admitida legalmente que permita tener constancia del acuerdo.

2. Quedarán sin efecto los convenios arbitrales y las ofertas públicas de adhesión al arbitraje de consumo formalizados por quienes sean declarados en concurso de acreedores. A tal fin, el auto de declaración de concurso será notificado al órgano a través del cual se hubiere formalizado el convenio y a la Junta Arbitral Nacional, quedando desde ese momento el deudor concursado excluido a todos los efectos del Sistema Arbitral de Consumo.

De ello resulta que en defecto de sumisión al arbitraje tendrá lugar la resolución judicial del conflicto; se produce una redacción un tanto confusa: parece que expresamente se refiere a la constancia por escrito, por medios electrónicos o en cualquier otra forma que permita conocer la existencia del acuerdo. ¿Cabría una presunción de existencia del acuerdo aunque éste no conste expresamente o debe constar expresamente en cualquier otra forma admitida en derecho? En nuestra opinión si las partes manifiestan expresa o tácitamente su voluntad de que haya arbitraje habrá arbitraje.

3. Exposición de Motivos de la LSSI, que señala que:

Por su sencillez, rapidez y comodidad para los usuarios, se potencia igualmente el recurso al arbitraje y a los procedimientos alternativos de resolución de conflictos que puedan crearse mediante códigos de conducta, para dirimir las disputas que puedan surgir en la contratación electrónica y en el uso de los demás servicios de la sociedad de la información. Se favorece, además, el uso de medios electrónicos en la tramitación de dichos procedimientos, respetando, en su caso, las normas que, sobre la utilización de dichos medios, establezca la normativa específica sobre arbitraje.

4. Artículo 32 LSSI, relativo a la solución extrajudicial de conflictos:

1. El prestador y el destinatario de servicios de la sociedad de la información podrán someter sus conflictos a los arbitrajes previstos en la legislación de arbitraje y de defensa de los consumidores y usuarios, y a los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos que se instauren por medio de códigos de conducta u otros instrumentos de autorregulación.

2. En los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos a que hace referencia el apartado anterior, podrá hacerse uso de medios electrónicos, en los términos que establezca su normativa específica.

De la EM y del artículo 32 LSSI resulta el régimen jurídico aplicable a cada uno de los arbitrajes, atendiendo a la situación de las partes: con carácter general se aplicará la LA; si el arbitraje es electrónico podrá acudirse a amigables componedores que se deberán regir por las órdenes de las partes o por sistemas preestablecidos —*códigos de conducta u otros instrumentos de autorregulación*— y, en su defecto, por la LA; y, por último, en el caso

de que intervengan consumidores el arbitraje se regirá en todo caso por el TRLGDCU.

5. Artículo 61 del Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (LOSP), relativo a los mecanismos de solución de conflictos que señala que:

1. Los conflictos que puedan surgir entre tomadores de seguro, asegurados, beneficiarios, terceros perjudicados o derechohabientes de cualesquiera de ellos con entidades aseguradoras se resolverán por los jueces y tribunales competentes.

2. Asimismo, podrán someter voluntariamente sus divergencias a decisión arbitral en los términos del artículo 31 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y sus normas de desarrollo.

3. En cualquier caso, y salvo aquellos supuestos en que la legislación de protección de los consumidores y usuarios lo impida, también podrán someter a arbitraje las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materia de libre disposición conforme a derecho, en los términos de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje.

Las conclusiones que extraemos de estas normas son:

1. *Nulidad de las normas que contravengan las disposiciones relativas al arbitraje, especialmente para el caso de intervención de consumidores (EM TRLGDCU).* Al objeto de defender por todos los medios al consumidor atendiendo a su situación de inferioridad en las relaciones contractuales en las que intervenga como tal, el legislador sanciona con la nulidad —anulabilidad habría que decir por cuanto que el consumidor puede ratificar el acto en el momento idóneo previsto por el legislador— los negocios realizados sin adecuarse a las normas y precauciones previstas por aquél. Esta nulidad-anulabilidad para el caso del arbitraje celebrado con un contenido o en un momento no previsto por la Ley sigue la misma senda y se funda en los mismos motivos de fondo que otros remedios similares de los que hemos hablado más arriba: defender al consumidor de situaciones que le perjudiquen *per se* o provocadas por el prestador de servicios;
2. *Intervención concurrente de diferentes legislaciones para el caso de arbitraje con intervención de consumidores.* La existencia de un negocio jurídico concreto —el arbitraje— en una situación determinada —contratación en masa con inserción de condiciones generales de la contratación— y con intervención de un sujeto especial —los consumidores— supone la intervención de diversas legislaciones y la necesidad de una jerarquización entre las mismas. A tal

efecto, debe seguirse el principio de que la legislación especial deroga la general. En tal sentido, las restricciones contenidas en diversas normativas de consumo y relativas al arbitraje matizan o concretan el ámbito de aplicación de la LA y, así, señala el artículo 1.3 LA, que «esta Ley será de aplicación supletoria a los arbitrajes previstos en otras Leyes». En esta misma línea, las cortes arbitrales a las que puede acudir el consumidor (62) y las personas que las pueden conformar o, para el caso de que no acuda a las cortes predeterminadas, el momento en que deberá realizar tal elección alternativa, no se encuentran contempladas en la LA sino en el TRLGDCU.

3. *Adecuada evaluación por parte del consumidor de la decisión de resolución de un conflicto por la vía del arbitraje (EM TRLGDCU) (63).* Debemos distinguir dos situaciones:

- a) Que prestador de servicios y consumidor no hubieran incluido *ab initio* cláusula alguna en materia de arbitraje. En este caso, las partes decidirán en el momento de surgir el conflicto el órgano arbitral al que deciden someterse salvo que *ex lege* se exija el conocimiento del conflicto y la sumisión de las partes a un órgano arbitral determinado.
- b) Que prestador de servicios y consumidor sí hubieran incluido *ab initio* una cláusula en materia de arbitraje. En este caso, las partes deberán someterse necesariamente al órgano arbitral de consumo determinado *ex lege*. Esto no obstante, y siguiendo lo que hemos dicho en el subpunto anterior, puede plantearse un acuerdo fruto de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC) por el que se modifique el acuerdo tomado *ab initio* y las partes se sometan a una junta arbitral distinta de la prevista para consumo salvo que *ex lege* se exija el conocimiento del conflicto y la sumisión de las partes a un órgano arbitral determinado. La limitación *ex lege* de la cláusula acordada al comienzo de la relación jurídica y no el momento del surgimiento del conflicto persigue que el prestador de servicios no imponga por la vía de las condiciones generales de la contratación o de las cláusulas individualmente pactadas, un arbitraje que pueda resultar

(62) De acuerdo con el espíritu de la legislación en materia de consumo, sería más correcto hablar de aquellas cortes de arbitraje a las que el prestador de servicios está obligado a someterse salvo que el consumidor decida otra cosa en el momento expreso señalado por tal legislación. De esta manera, se incide más en la idea de obligación del prestador de servicios y de defensa de los derechos del consumidor que de una actividad del consumidor mismo.

(63) Vid. TORRALBA SORIANO, «Eficacia del contrato preliminar de arbitraje», en *RCDI*, núm. 453, 1966, págs. 309-360.

no equitativo para el consumidor ora por razón de los árbitros, ora por razón de las circunstancias en las que tal arbitraje se plantee (64).

4. *Idoneidad del arbitraje como forma de resolución de conflictos (EM LSSI)* (65). El arbitraje es un sistema igual de apropiado que la vía judicial como forma de resolución de conflictos sin que se mengüen en absoluto los derechos de las partes. Más aún, y para el caso de intervención de consumidores —donde es más probable la desigualdad de las partes en el sentido señalado más arriba—, la ley establece, bajo pena de nulidad-anulabilidad, los términos exactos del arbitraje. Asimismo, el arbitraje supone un medio de «desahogo» del sistema judicial al disminuir el número de casos que deben ser atendidos por los órganos que componen el citado sistema.
5. *Flexibilidad y rapidez del arbitraje a la hora de resolver los conflictos*. Ambos conceptos hacen referencia a la falta de solemnidades para el caso del arbitraje: por un lado, la LA no establece formalismo alguno respecto del arbitraje eliminando, incluso, el requisito establecido por la anterior LA por el que se exigía la protocolización del laudo arbitral (66); por otro, el propio artículo 57 TRLGDCU refuerza tal idea al definir el arbitraje en materia de consumo como un

(64) Si bien el prestador de servicios puede plantear un arbitraje equitativo, la ley opta por predeterminar las juntas arbitrales a las que las partes pueden acudir *a priori*. En todo caso, si las partes acuerdan *a priori* —esto es, antes de que se produzca el conflicto— acudir a una corte arbitral distinta de la señala por la normativa de consumo, el acuerdo será anulable —a pesar de que el TRLGDCU dice expresamente que «los convenios arbitrales pactados, contraviniendo lo dispuesto en el párrafo precedente, serán nulos»— dado que, a nuestro entender, podrá realizarse la ratificación por parte del consumidor de tal arbitraje en el momento de surgimiento del conflicto. Tal ratificación, entendemos, no debe presumirse sino que debe deducirse de manifestación expresa del consumidor ante una manifestación de sus derechos y de la anulabilidad del arbitraje pactado *a priori* ante órganos distintos de los expresados en la ley, así como su derecho a acudir a órganos distintos de los inicialmente pactados en el contrato. Si admitiéramos la simple intervención del consumidor en el arbitraje previsto en la cláusula constituida *a priori* sin adecuación a las previsiones legales como una intervención convalidatoria de tal acuerdo, estaríamos dando eficacia jurídica sanadora a un acto realizado por un consumidor desinformado que no es consciente —y sin que por tal supuesto violentemos el principio de que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento (art. 6.1.1 CC) dado el concepto que hemos dado más arriba sobre el consumidor— de la trascendencia de su acto, defraudando de esta manera las previsiones legales y otorgando una interpretación de los hechos y actos favorable al prestador de servicios.

(65) Vid. Díez CLAVERO, «Tendencias del Derecho hacia el arbitraje institucional mercantil», en *RCDI*, núm. 627, 1995, págs. 545-560.

(66) Artículo 33.2 LA 1988; vid., además, de la misma LA 1988, los artículos 35.2, sobre la manifestación de los gastos del arbitraje entre los que se deberán incluir los relativos a la protocolización del laudo arbitral, y 36.2, relativo al momento de la protocolización del laudo arbitral y su notificación a las partes.

«sistema extrajudicial de resolución de conflictos... sin formalidades especiales». Además, existe un conjunto de preceptos sustantivos y no meramente formales de la LA que facilitan tal flexibilidad y rapidez del arbitraje. Comprobamos como la totalidad de la LA está dirigida a facilitar la existencia y evacuación del arbitraje a través de su articulado. Con carácter no exhaustivo tenemos:

- a) Artículo 2, relativo a las materias susceptibles de arbitraje. Este artículo persigue ampliar el máximo posible el elenco de materias objeto de arbitraje por lo que únicamente quedarán excluidas del mismo aquellas no disponibles por las materias que se referirán, generalmente, a cuestiones de orden público.
- b) Artículo 5, relativo a las notificaciones, comunicaciones y cómputo de plazos. Este artículo establece una serie de reglas con el fin de facilitar la notificación o la presunción de realización de tal notificación, de tal manera que el arbitraje pueda tener lugar.
- c) Artículo 6, relativo a la renuncia tácita a las facultades de impugnación que al permitir presumir tácitamente tal renuncia facilita el acceso al arbitraje disminuyendo los tiempos de resolución de conflictos a través de este sistema.
- d) Artículo 7, por el que se excluye la intervención de cualquier tribunal para el caso de asuntos conocidos por un(o) (o varios) árbitros que debe entenderse junto con el artículo 11.
- e) Artículo 8, que establece —para el caso de que fuera preciso— los Tribunales competentes para las funciones de apoyo y control del arbitraje pero —y esto resulta especialmente importante a los efectos de la rapidez de resolución de los conflictos sometidos a arbitraje—, tales Tribunales no podrán inmiscuirse en el arbitraje como forma de resolución de conflictos sino únicamente a efectos de controlarlo en términos expresamente tasados.
- f) Artículo 9, relativo a la forma del convenio arbitral que aunque exige que tal convenio conste por escrito (67), se admite cualquier documento que resulte bastante a tal efecto con un sentido muy amplio.
- g) Artículo 10, permite la constitución de arbitrajes por la vía del testamento para resolver conflictos entre coherederos. Tal artículo debe interpretarse en relación con el 1058 del Código Civil y los demás relativos a la partición de la herencia.

(67) En este mismo sentido, artículo 58 TRLGDCU, aunque ampliando la posibilidad de que conste por escrito por medios electrónicos y en consonancia con el artículo 32.2 LSSI.

- h) Artículo 12, relativo al número de árbitros, que exige únicamente el número impar de los mismos a los efectos de evitar empates y permitiendo los arbitrajes unipersonales.
 - i) Artículo 13, relativo a la capacidad para ser árbitro respecto de las personas físicas —a los entes institucionales se refiere el art. 14— que no establece prohibiciones especiales más allá de las aplicables a cualquier sujeto —exige para ser árbitro que los mismo se hallen «en el pleno ejercicio de sus derechos civiles», lo que debe entenderse en relación con el art. 322 del Código Civil, dado que el art. 175 del Código Civil solo se refiere con carácter especial para la adopción— o las aplicables a sujetos concretos de conformidad con la legislación especial.
6. *Preocupación por la licitud del arbitraje mediante la búsqueda de árbitros verdaderamente imparciales* (art. 57 TRLGDCU). Dentro de la finalidad señalada más arriba de estructurar el arbitraje de manera que en ningún caso perjudique al consumidor, la legislación manifiesta una especial preocupación por predeterminar árbitros verdaderamente imparciales. La parcialidad de los árbitros es un ataque a la buena fe y a la igualdad de las partes. Pero la parcialidad de la decisión de los árbitros resultaría muy difícil de probar aunque la LA establezca normas estrictas al respecto (68) por lo que se hace preciso determinar quiénes pueden y quiénes no pueden ser árbitros por razón, especialmente, de la vinculación de éstos con los arbitrados. Pensemos en el caso de un árbitro que tiene la expectativa de que una de las partes sometidas al arbitraje se convierta en su cliente una vez concluido el mismo: cumpliría con la previsión de la LA al no tener relación personal o profesional antes o durante el arbitraje pero es probable que no fuera imparcial en su resolución. Por ello, resulta necesario y prudente constituir en árbitros a personas que no podrán tener en el futuro, ni en el presente o pasado (durante un tiempo razonable), relaciones económicas *ex voluntate* con los arbitrados.
7. *Irrenunciabilidad del consumidor a sus derechos fundamentales por motivo del arbitraje y defensa de sus intereses* (art. 58 TRLGDCU), y, por último,
8. *Supuestos tasados del uso del arbitraje por razón del objeto de la contienda*. La legislación no solo predetermina los arbitrajes de consumo como aquéllos por los que las partes pueden decidirse *a priori* —antes de que exista el conflicto— sino que, además, determina los casos en los que no puede elegirse tal Sistema Arbitral de Consumo

(68) Vid. artículos 17 y 21 LA.

por razón de la materia que se esté discutiendo, así, tendrá lugar la resolución de asuntos por parte de tal Sistema Arbitral de Consumo «siempre que el conflicto [objeto del arbitraje] no verse sobre intoxicación, lesión o muerte o existan indicios racionales de delito» (art. 57 TRLGDCU).

LA CLÁUSULA ARBITRAL

REGULACIÓN DE LA CLÁUSULA ARBITRAL

Finalizamos este trabajo estudiando los requisitos mínimos que debe tener una cláusula de arbitraje para que pueda considerarse suficiente para producir sus efectos; de ello resultará que las partes podrán compelerse recíprocamente a la resolución del conflicto por medio de un arbitraje o por medio de un juicio.

Señala la Disposición Adicional única LA que:

Esta Ley será de aplicación supletoria al arbitraje a que se refiere la Ley 26/1984, de 19 de julio, general de defensa de consumidores y usuarios, que en sus normas de desarrollo podrá establecer la decisión en equidad, salvo que las partes opten expresamente por el arbitraje en derecho.

El artículo 9 LA regula la forma y contenido del convenio arbitral. Transcribiremos uno a uno sus párrafos intercalando los correspondientes comentarios y salvo el apartado 6.º por cuanto que se refiere al arbitraje internacional y excede de nuestro objeto de estudio:

1. El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

La LA habla del «convenio» que debe relacionarse con el hecho de que el mismo «deberá expresar la voluntad de las partes», lo que implica que el acuerdo de arbitraje es una cláusula de carácter independiente e instrumental respecto del negocio principal. La nulidad de la cláusula accesoria de arbitraje no producirá la nulidad del contrato principal aunque la nulidad del contrato principal sí producirá la nulidad de la cláusula accesoria (69).

La LA hace referencia al *convenio arbitral* y no directamente al *arbitraje*: por *convenio* debe entenderse el contrato por el que se acuerda el arbitraje sin perjuicio de que por ley pudiera eventualmente establecerse la obligación de resolver un determinado conflicto por arbitraje (art. 1089 CC).

(69) Vid. artículo 1155 del Código Civil.

Para el caso de que se llegue al arbitraje por contrato se precisará capacidad para consentir, lo que nos lleva directamente a la teoría general del negocio jurídico —en especial, arts. 166, 271 y 272, 322, 323, 1261.1.º, 1263 y 1714 CC—.

Deberá determinarse qué controversias dentro de un negocio jurídico —que hemos venido en denominar como principal— deben ser resueltas por medio del arbitraje. Éste no podrá extenderse a ninguna materia más de las expresadas por las partes o que puedan deducirse racional e indubitadamente de sus manifestaciones:

2. Si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato.

Nos remitimos a lo dicho más arriba sobre este punto:

3. El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo.

Se considerará cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

4. Se considerará incorporado al acuerdo entre las partes el convenio arbitral que conste en un documento al que éstas se hayan remitido en cualquiera de las formas establecidas en el apartado anterior.

5. Se considerará que hay convenio arbitral cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra.

Los apartados 3.º al 5.º se centran en determinar cuándo puede considerarse probada la existencia del arbitraje. A primera vista, la LA se aparta del artículo 1278 del Código Civil que predica la libertad de forma para la validez de los negocios jurídicos al exigir que el convenio arbitral conste por escrito.

La LA utiliza dos recursos distintos: por un lado, que el convenio arbitral «deberá constar por escrito»; por otra, dice que «se considerará que hay convenio». De lo anterior resulta que el requisito es *ad solemnitatem*, aunque tratando de emplear diferentes medios *ad probationem* de la existencia del acuerdo de arbitraje. De esta manera, pese a emplear un criterio restrictivo para la existencia del arbitraje al someterlo a un requisito de forma, sin embargo, emplea un criterio laxo a la hora de asumir como prueba escrita del arbitraje diferentes documentos del acuerdo expreso al respecto, es decir, de un contrato propiamente dicho. Sin perjuicio de lo dicho más arriba, *¿quid* en caso de que las partes no manifiesten por expresamente su voluntad de someter determinada materia a arbitraje pero tal sometimiento pueda deducirse del

texto del contrato? De acuerdo con lo que ya dijimos, si puede entenderse que las partes quisieron arbitraje habrá arbitraje.

Debemos criticar la redacción de este apartado por las dudas que genera. Debió haberse manifestado que el contrato de arbitraje se entenderá existente siempre que de cualquier modo admitido en derecho pueda probarse su existencia o si a partir de los acuerdos probados de las partes puede deducirse la voluntad de éstas de someter a arbitraje las desavenencias que pudieren surgir.

En otro orden de cosas, el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, desarrolla los artículos 57 y 58 TRLGDCU; este Real Decreto da al Sistema Arbitral de Consumo un carácter institucional (art. 1.2) —cuya crítica excede del ámbito de objeto de este estudio— y reitera ciertas cuestiones contenidas en las diferentes leyes: el carácter extrajudicial, vinculante y ejecutivo (de las resoluciones) del arbitraje (art. 1.2), las materias objetos del arbitraje (art. 2) y la normativa aplicable al arbitraje (la general o LA, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos para el caso de arbitrajes electrónicos, y la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

El Real Decreto mantiene las características esenciales del arbitraje de consumo y trata de introducir modificaciones para incrementar la seguridad jurídica de las partes y la homogeneidad del sistema. Se establecen mecanismos que favorecen la previsibilidad del sistema creando dos instituciones nuevas: la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo y el Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo (70); y se apuesta decididamente por la capacitación de los árbitros, por la creación de colegios sectoriales y especializados, o por las ofertas públicas de adhesión sin limitación. No obstante una de las perniciosas consecuencias de esta norma es que el procedimiento arbitral de consumo se complica (71).

Los artículos del Real Decreto que aquí interesan son los siguientes:

1. Artículo 24. Convenio arbitral:

1. El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente de las partes, deberá expresar la voluntad de las partes de resolver a través del Sistema Arbitral de Consumo, las controversias que puedan surgir o hayan surgido en una relación jurídica de consumo.

(70) Constituido el 24 de febrero de 2009.

(71) Vid. LARA GONZÁLEZ, «Completa entrada en vigor del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el sistema arbitral de consumo», en *Legal Today*, http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/consumidores_y_usuarios/completa-entrada-en-vigor-del-rd-2312008-de-15-de-febrero-por-el-que-se-regula-el-sistema-arbitral-de-consumo (fecha de la consulta: 19-11-2009).

El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en intercambio de cartas, telegramas, telex, fax u otros medios de comunicación electrónica que permitan tener constancia del acuerdo, considerándose cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

2. Artículo 33. Normas aplicables a la solución del litigio:

1. El arbitraje de consumo se decidirá en equidad, salvo que las partes opten expresamente por la decisión en derecho.

El artículo 24.1, párrafo 1.º, exige a las partes que mencionen al Sistema Arbitral de Consumo a los efectos de que el arbitraje se rija por sus normas específicas. Estamos de acuerdo en tal matización: las partes deben manifestar expresa o tácitamente pero sin duda alguna, que desean someterse al sistema de arbitraje propio de consumo. ¿*Quid* si las partes señalan genéricamente que desean resolver sus problemas a través del arbitraje pero sin especificar que éste sea el concreto de consumo? Para el caso de que el acuerdo se adopte antes de nacer el litigio el acuerdo será nulo tal y como vimos más arriba. Por tanto, la duda solo puede suscitarse si pactándose el arbitraje después de surgir el conflicto no se especifica el tipo de arbitraje que se acuerda. El ejemplo es harto improbable pero no imposible. Entendemos que pese a que las partes no lo indiquen expresamente para el caso de intervención de consumidores debe regir el arbitraje específicamente previsto *ex lege* para este caso salvo que las partes expresamente lo excluyan por ser el que mejor se adapta al caso concreto previsto por la norma.

CONTENIDO MÍNIMO DE LA CLÁUSULA ARBITRAL

¿Existe un contenido mínimo necesario e imprescindible con carácter *ad solemnitatem* para que la cláusula de arbitraje de consumo exista y despliegue todos sus efectos?

Elementos personales

Las partes deberán designar directamente quiénes serán árbitros de acuerdo con el artículo 15.2 LA y siguiendo el principio de igualdad (art. 15.1 LA). En caso de no hacerlo, procederá la autoridad judicial a nombrarlos (art. 15.3 LA).

En el caso de arbitrajes de consumo, debe diferenciarse entre el arbitraje acordado antes o después de ocurrido el suceso que hace preciso el mismo arbitraje. En los acordados antes, las partes solo podrán —so pena de nulidad—

designar como árbitros a los previstos en la legislación de consumo. En realidad, se trata de una elección de órganos arbitrales más que de árbitros. Para el caso de cláusula de arbitraje pactada una vez ocurrido el suceso litigioso, las partes, en plano de igualdad, podrán elegir a quien consideren conveniente.

En consecuencia, el hecho de que las partes no señalen quién debe ser el árbitro, no supone en ningún caso nulidad de la cláusula de arbitraje: si el arbitraje se rige por la LA será el juez quien lo designe; si el arbitraje se rige por el TRLGDCU serán los designados por el propio TRLGDCU quienes resuelvan como árbitros.

De lo anterior extraemos la siguiente conclusión: la falta de designación de árbitros concretos no es causa de nulidad de la cláusula de arbitraje puesto que la ley prevé quiénes serán árbitros en defecto de los designados por las partes.

¿*Quid* si las partes designan árbitro a quien *ex lege* no puede serlo? Nos referimos a un supuesto distinto al de abstención y recusación (72), y falta o imposibilidad de ejercicio de las funciones (73) del árbitro: en el caso que nos planteamos las partes acuden a un árbitro que no puede actuar como tal por estar previsto por la ley que sea otro quien actúe como tal. La LA no resuelve expresamente este caso. Quizá las partes se decidieron por el arbitraje en razón de la persona que iba a ser árbitro por lo que en caso de no serlo preferirían acudir a la vía judicial y no a la arbitral. En el caso de la LA deberá procederse a interpretar el contrato. Si el arbitraje se hizo atendiendo a la persona del árbitro el arbitraje deberá tenerse por no puesto para el caso de que el árbitro no pudiera desempeñar la función.

En el caso del TRLGDCU, la solución es más sencilla *ab initio*: la propia norma determina con carácter excluyente quiénes deberán ser los árbitros. Si las partes dentro del marco de la actividad de consumo eligen a persona distinta a la prevista *ex lege* entendemos que se debe aplicar directamente la norma de consumo. Lo importante en materia de consumo es que las partes decidan resolver por el arbitraje sus conflictos y no —en ningún caso atendiendo al espíritu de la Ley— quién en concreto sea el árbitro.

Elementos reales

En este punto nos centraremos en el ámbito material de extensión de la cláusula de arbitraje de acuerdo con la declaración de las partes.

Si éstas expresan de forma enumerada los supuestos que deban regirse por el arbitraje deberá estarse a sus declaraciones; si el arbitraje forma parte de un contrato de adhesión deberá aplicarse el artículo 1288 del Código Civil;

(72) Artículo 17 LA.

(73) Artículo 19 LA.

si el arbitraje forma parte de una condición general de la contratación, procederá la aplicación del mismo artículo citado en tanto que redactado exclusivamente por una de las partes además de la LCGC; en el caso de que se trate de un arbitraje de consumo, el TRLGDCU no establece previsión interpretativa alguna específica al respecto sin perjuicio de aplicar el espíritu de subordinación del que parte el legislador respecto del consumidor tal y como ya hemos señalado (74).

Si las partes no expresan de forma enumerada los supuestos que deban regirse por el arbitraje deberá procederse de la siguiente manera: si las partes establecen el arbitraje y no delimitan el ámbito de su aplicación todo el contenido del contrato deberá someterse al arbitraje sin más límite que el establecido *ex lege*; si las partes delimitan objetivamente el alcance del contrato deberá estarse a sus declaraciones; en caso de duda, entendemos que debe aplicarse extensivamente el arbitraje. En el caso de arbitraje de consumo deberán aplicarse las mismas reglas.

En todo caso, no deberá extenderse el arbitraje a ningún supuesto expresamente excluido por las partes.

La consecuencia que podemos extraer es la siguiente: si las partes no especifican el ámbito material de aplicación del arbitraje la cláusula tendrá toda su validez.

Elementos formales

En este apartado nos remitimos a lo dicho más arriba. Únicamente señalaremos como conclusión lo siguiente: que el TRLGDCU señala en su artículo 58.1 que el pacto de arbitraje «deberá constar expresamente, por escrito, por medios electrónicos o en cualquier otra forma admitida legalmente que permita tener constancia del acuerdo», y que el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, y desarrolla el TRLGDCU, señala que «El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en intercambio de cartas,

(74) No obstante, señala la EM TRLGDCU que: «En los contratos de prestación de servicios o suministro de bienes de tracto sucesivo o continuado, se han observado prácticas obstruccionistas al derecho del consumidor a ponerles fin. Para evitarlas, se introducen reformas para que quede claramente establecido, tanto en la fase previa de información como en la efectiva formalización contractual, el procedimiento mediante el cual el consumidor puede ejercitar este derecho y se asegura que pueda ejercitarlo en la misma forma en que contrató, sin sanciones o cargas. Estas reglas se completan con dos previsiones. De un lado, la integración del contrato conforme a la buena fe objetiva, según las reglas de interpretación e integración del Código Civil y las exigencias de la leal competencia. Se refuerza así la posición contractual del consumidor y se establece con claridad en la norma la interpretación que del artículo 1258 del Código Civil mantenían la doctrina y jurisprudencia más avanzada»

telegramas, télex, fax u otros medios de comunicación electrónica que permitan tener constancia del acuerdo, considerándose cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo».

En la primera de las normas se exige la constancia expresa del acuerdo por diferentes medios entre los que incluye cualquier forma admitida legalmente; parece que el Real Decreto interpreta que las formas legalmente admitidas en derecho se refiere a los medios de prueba legalmente reconocidos sin incluir la interpretación del contrato que también resulta un medio reconocido a tenor del Código Civil.

Creemos que ésta es la parte más débil de la regulación en materia de consumo: debió señalarse que del contrato debía resultar y no manifestarse expresamente la voluntad de sometimiento al arbitraje por las evidentes ventajas que éste reporta. De la norma transcrita debe colegirse que el acuerdo debe resultar expresamente por lo que no puede reclamarse por una mera interpretación deductiva del texto contractual.

En conclusión, si el acuerdo no consta expresamente no podrá tenerse por puesto por lo que su manifestación expresa es un requisito *ad solemnitatem* para que tenga lugar el arbitraje de consumo.

CONCLUSIONES

Respondemos aquí, a modo de colofón, las dos preguntas que nos planteábamos al principio del trabajo:

1. ¿Es necesaria o simplemente conveniente la constancia de una cláusula de arbitraje que regule la resolución de potenciales conflictos en el caso de consumidores? Evidentemente no es necesaria: en caso de no existir se procederá a la resolución judicial del conflicto; pero es conveniente a los efectos de una pronta y adecuada respuesta del conflicto surgido atendiendo al hecho de la natural aversión de un consumidor ordinario por acceder al sistema judicial para resolver un conflicto de consumo y la normalmente escasa cuantía de estos conflictos.
2. ¿Qué contenido mínimo debe tener la cláusula de arbitraje de consumo para su validez? Deberá resultar la voluntad de las partes de someter el/los conflicto/s al arbitraje. Con esta simple declaración será suficiente para que la normativa de arbitraje en materia de consumo se ponga en marcha y despliegue todos sus efectos.

La legislación tiende a facilitar el arbitraje en general y el de consumo en particular. El arbitraje es rápido y ágil en la resolución; es certero por cuanto

que los árbitros son, generalmente, personas versadas en la materia concreta que se está discutiendo; es no formalista más que antiformalista lo que aumenta la agilidad y sencillez del procedimiento; es efectivo puesto que las partes no tienen que dilatar en el tiempo la seguridad de la solución; es seguro en tanto que la ley vela por la imparcialidad de los árbitros en sentido general y los determina en sentido particular para el caso de consumo.

Pero el arbitraje sufre una desconsideración notable en el tráfico diario: las partes prefieren acudir a juicio antes que al arbitraje. ¿Por qué? No es fácil dar respuesta. Quizá en el español medio siga existiendo un prurito de inseguridad en relación con el arbitraje y con lo árbitros —sujetos éstos, en definitiva, no investidos de la *auctoritas* pública de un juez— que le lleva a preferir el juicio aunque ello incida directa y objetivamente en contra de sus propios intereses adoptando en definitiva una medida irracional desde el punto de vista económico.

Bien es cierto que se ha producido una evolución social de la percepción que el ciudadano medio tiene del arbitraje especialmente en materia de consumo. Sin embargo, otros ámbitos tan importantes para la economía nacional como los arrendamientos de vivienda no se solucionan por vía del arbitraje siendo este medio extraño por no decir anecdótico (75). Interesante resulta que se llegue a la conclusión de que existe una relación directamente proporcional entre el aumento del parque de viviendas en arrendamiento y la resolución de conflictos de arrendamiento por la vía del arbitraje de suerte que «las empresas que utilizan este régimen [el de resolución de conflictos por arbitraje] alquilan entre un 20 y un 35 por 100 más de inmuebles. «La aplicación del arbitraje se traduce en un incremento del parque de viviendas en alquiler», afirma Javier Íscar, secretario general de la Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad (Aeade), quien considera que el propietario gana confianza» (76) y, podemos añadir, el Sistema, el Mercado y el arrendatario.

En materia de consumo fue un paso innovador la adopción del sistema de arbitraje como forma de resolución de conflictos; otro paso más fue el uso de este medio por los consumidores para reclamar cuantías menores (77); un paso más será aquél en el que el legislador exija la resolución del conflicto mediante arbitraje excluyendo la posibilidad de acudir a la vía judicial.

No desconocemos las dificultades a que este tercer paso puede dar lugar, especialmente desde el punto de vista constitucional. Si entendemos que la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE implica la intervención exclusiva-

(75) Vid. <http://www.20minutos.es/noticia/133668/0/alternativa/jueces/multiplicado/>

(76) Vid. <http://www.20minutos.es/noticia/133668/0/alternativa/jueces/multiplicado/>

(77) En este mismo sentido, LARA GONZÁLEZ, «Arbitraje de consumo. Pasado, presente y futuro», en *Legal Today*, http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/consumidores_y_usuarios/arbitraje-de-consumo-pasado-presente-y-futuro (fecha de la consulta: 12-11-2009).

mente de un Juez dejaremos las puertas abiertas al fracaso del sistema arbitral; si entendemos que los ciudadanos tienen derecho a la resolución justa de los conflictos de los que formen parte, el arbitraje tendrá una salida.

En cuanto a la aplicación práctica del arbitraje de consumo señala la Memoria del Sistema Arbitral de Consumo del año 2007 que «el Instituto Nacional del Consumo, en plena coincidencia con las autoridades competentes en materia de consumo, autonómicas y locales, siempre ha considerado que la protección eficaz del consumidor pasa inexorablemente porque este (*sic*) disponga de medios eficaces para resolver sus reclamaciones, sin necesidad del recurso a los tribunales» (78).

Las mejoras del sistema de arbitraje tienen por fin que éstas «redunde[n] en una mayor aceptación del sistema por los empresarios y profesionales» (79). De ello parece resultar que los mayores opositores al sistema de arbitraje de consumo son principalmente los prestadores de servicios. Como veremos más abajo no podemos compartir los miedos *a priori* de los empresarios respecto de este sistema.

El arbitraje no es un tema de calidad sino de garantía para las dos partes contractuales. Por ello no puede ser apreciado como un sistema de los consumidores sino de todos los agentes económicos. Bien es cierto que cualquier sistema que iguale a las partes beneficia siempre a quien parte de un punto más lejano; pero el sistema iguala, no desiguala. Quizá por ser el consumidor el más beneficiado con el sistema por lo que el prestador de servicios se opone.

Los opositores al sistema provienen necesariamente de la parte más fuerte de la relación jurídica: no puede ser de otra manera; la oposición de los más débiles no es una decisión racional sino precisamente lo contrario; solo el que desea evitar una resolución del conflicto pone su esperanza en un sistema alambicado y que disuada a la otra parte contractual.

El consumidor huye del sistema judicial por su complicación incluso en el caso del juicio verbal regulado en el artículo 250 LEC; y a esto debe añadirse que el importe de muchas de las reclamaciones es mínimo, por lo que el consumidor se ve doblemente persuadido de iniciar acción alguna contra el prestador de servicios. Únicamente se acercará en el caso de que perciba que la injusticia que ha sufrido es manifiesta e irrefutable y el importe sea considerable; únicamente se acercará en el caso de que el coste de acercarse a un Tribunal sea inferior al precio que espera conseguir o a la desazón que el incumplimiento de la otra parte contractual le haya podido producir; solo se acercará si el coste marginal de la reclamación así lo justifica; fuera quedan los casos intermedios, aquellos en los que el consumidor tendría se-

(78) <http://arbitrajedeconsumo.msc.es/>, Memoria 2007, pág. 5 (fecha de la consulta: 11-11-2009).

(79) <http://arbitrajedeconsumo.msc.es/>, Memoria 2007, pág. 5 (fecha de la consulta: 11-11-2009).

guramente derecho a una indemnización por incumplimiento parcial del contrato y aquellos cuyo importe fuera ínfimo: pero todos ellos suponen una vulneración de los derechos del consumidor y todos estos deben ser tratados con justicia.

Existe un error de acepción del arbitraje en materia de consumidores por los poderes públicos; en tal sentido, la misma memoria caracteriza la adhesión al sistema arbitral de consumo por parte de los prestadores de servicios «[mediante] el uso del distintivo de adhesión como un elemento adicional de calidad que empresas y profesionales ofrecen a los consumidores y usuarios» (80): no son los empresarios sino la Ley la que debe ofrecer seguridad en las transacciones; no se trata de perseguir la calidad (que también) del comercio o del servicio sino de proteger un interés jurídico y económico mucho más elevado y útil para la sociedad: los derechos de la parte más débil que de hecho mueve la economía con su consumo.

La protección de las partes contractuales genera un mercado más seguro, más previsible, lo que conlleva a aumentar el número de operaciones realizadas y a disminuir la sensación de fraude y desprotección; ídem del anterior para el caso de la simetría (o asimetría) informativa. Es el Estado el primer interesado en proteger el comercio siquiera por una razón egoísta: porque es éste quien exaccionará los impuestos por razón de las manifestaciones de riqueza realizadas en el mercado por prestadores de servicios y consumidores. Y el Estado no puede estar interesado en proteger a los consumidores y usuarios sobre los prestadores de servicios si no es por una causa objetiva y esta causa objetiva es su natural asimetría informativa y la debilidad económica y jurídica que sufre el consumidor respecto del prestador de servicios.

De la *asimetría informativa* se ocupa el Estado exigiendo en materia de consumo una calidad y cantidad de información determinada que el prestador deberá facilitar al consumidor amén de los derechos de desistimiento y de un plazo mínimo para conocer de las condiciones contenidas en el contrato. La forma por excelencia de la simetría —por oposición a la *asimetría*— informativa jurídica en materia inmobiliaria es el Registro de la Propiedad (81); pero no puede aplicarse el mismo sistema para los actos realizados por consumidores; la asimetría informativa, jurídica y de protección en materia de consumo es una realidad y perjudica únicamente al consumidor; tal desigualdad debe ser eliminada por el Estado mediante recursos adaptables a la naturaleza mobiliaria del consumidor y que en todo caso sean justos: justos con el consumidor y con el prestador de servicios lo que supone que en ningún

(80) <http://arbitrajedeconsumo.msc.es/>, Memoria 2007, pág. 6 (fecha de la consulta: 11-11-2009).

(81) En cuanto al valor de la información registral y la protección del consumidor en materia inmobiliaria en Europa en general y en España en particular, vid. CABELLO DE LOS COBOS, *La protección inmobiliaria del consumidor...*

caso podrá establecerse por ley —ni por la voluntad de las partes, añadimos— una corte arbitral «amiga» de los consumidores o de los prestadores de servicios.

En definitiva, el sistema debe facilitar al consumidor que pueda acudir a órganos cercanos e informales de resolución de los conflictos que pudiera tener con el prestador de servicios; de acuerdo con el informe citado tal desigualdad en perjuicio de los prestadores de servicios no se ha producido.

En otro orden de cosas y sin prejuzgar el enorme esfuerzo que está realizando el Instituto Nacional de Consumo, lo cierto es que la cifra de solicitudes de arbitraje en el año 2007 es ínfima: 61 759. ¿Cuántas son las operaciones realizadas por los consumidores en un solo año? Teniendo en cuenta que la población española es aproximadamente de 43 038 035 de personas (82) y que cada una de ellas hubiera realizado un solo acto de consumo, de cada 696,87 españoles (entendiendo por tales a las personas que residen permanente o coyunturalmente en España) solo uno/a ha realizado una reclamación de consumo en el año citado.

Y pese a lo reducido del dato el propio Instituto de Nacional de Consumo afirma que con la mitad de solicitudes producidas en el año dos mil tres (33 236) (83), «esta subida [hace referencia a la subida respecto del año anterior] saturó la estructura del sistema y afectó a los años siguientes, en los que fue preciso realizar un esfuerzo especial para la resolución de las solicitudes acumuladas» (84). A esto precisamente nos referimos cuando sostenemos que a las leyes para que sean justas debe seguirse su aplicación práctica. Las leyes son tales no porque queden recogidas en un Código sino porque resulta inexorable su aplicación: son preferibles penas más suaves efectivamente aplicadas que penas más duras que ni siquiera llegan a aplicarse tal y como manifestó BECCARÍA en su archifamosa obra *De los delitos y las penas*.

El sistema de arbitraje con su flexibilidad produce numerosos efectos positivos que ya hemos visto. Nos centraremos en dos: disuade de conflictos y da seguridad al mercado. El carácter disuasorio del arbitraje implica que resulta más rentable no tener juicios que ganarlos; ello produce directamente otro efecto: la mejoría en la calidad de las prestaciones de las partes y, por ende, la disminución del número de reclamaciones, lo que supone una disminución directa de la carga de trabajo de las cortes arbitrales lo que implica una disminución de los costes de funcionamiento del mercado lo que, a su vez, produce necesariamente una disminución de los costes de los productos intercambiados en el mercado, función ésta básica de la economía política. La seguridad del mercado se logra mediante la advertencia a prestadores

(82) <http://www.ine.es/jaxiBD/tabla.do> (fecha de la consulta: 11-11-2009).

(83) <http://arbitrajedeconsumo.msc.es/>, Memoria 2007, pág. 10 (fecha de la consulta: 11-11-2009).

(84) *Ibíd.*, pág. 10 (fecha de la consulta: 11-11-2009).

de servicios y consumidores de que cualquier actuación anómala en el mercado tendrá rápida y efectiva respuesta, es decir, no quedará impune y tendrá un coste efectivo para el actor irregular; por otra parte, la seguridad implica necesariamente una disminución de los costes de las operaciones y, por tanto, de los productos consumidos, lo que es, nuevamente, objetivo de la economía política.

En cualquiera de los dos efectos se llega a un mayor volumen de operaciones precisamente de aquéllas que quedan fuera del mercado por no realizarse en virtud de la inseguridad. El aumento de operaciones supondrá el aumento del volumen neto exaccionado por el Estado por la vía de los impuestos.

Se trata, en definitiva, de un juego de suma positiva (85) por el que todos ganan: los prestadores de servicios que se protegen de reclamaciones sin base de los consumidores y verán su reputación asegurada respecto de quejas infundadas; los consumidores que sabrán que en caso de incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso cualquiera que sea el importe podrán ver defendidos sus derechos; y, por último, el Estado que obtendrá mayores ingresos.

Que el Sistema de Arbitraje es eficaz en el sentido de que resuelve los conflictos de acuerdo con los criterios de imparcialidad resulta del propio estudio indicado (86). Centrémonos en el sentido de los laudos para analizar su carácter no perjudicial para los prestadores de servicios: si bien el informe citado señala que el 57,5 por 100 de los laudos se resolvieron a favor del consumidor, no es menos cierto que un 32,8 por 100 se resolvieron a favor del prestador de servicios y que el resto (9,7 por 100) se resolvieron por conciliación o común acuerdo de las partes (87). Estos últimos —los acuerdos por conciliación— obtuvieron el acuerdo unánime de los miembros del colegio arbitral (84,6 por 100), un pequeño porcentaje se resolvió por mayoría, y otro, todavía menor, casi inapreciable (0,02 por 100), necesitó el voto dirimente del presidente por empate entre los otros dos miembros colegiados (88).

En cuanto a la celeridad del sistema, este aspecto se resuelve con sobresaliente. Así, señala el informe que «Según los datos de 2007, el 90 por 100 de los laudos se dictan transcurridos menos de tres meses desde la designación del colegio arbitral, lo que viene a confirmar una de las características

(85) En los juegos de suma positiva, algunos desenlaces tienen resultados netos mayores o menores que cero; es decir: la ganancia de un jugador no necesariamente se corresponde con la pérdida de otro. En los juegos de suma cero el beneficio total para todos los jugadores del juego, en cada combinación de estrategias, siempre suma cero; esto significa que cada jugador gana lo que pierde el resto.

(86) <http://arbitrajedeconsumo.msc.es/>, Memoria 2007, pág. 11 (fecha de la consulta: 11-11-2009).

(87) *Ibíd.*, pág. 23 (fecha de la consulta: 11-11-2009).

(88) *Ibíd.*, pág. 24 (fecha de la consulta: 11-11-2009).

que más se esperan del Sistema Arbitral de Consumo, la rapidez en la resolución de los conflictos» (89).

¿Cuál ha sido el grado de sometimiento de los prestadores de servicios a este tipo de arbitrajes? Lo responde el propio informe: «Al final del año 2007 el total de empresas y profesionales que habían hecho una oferta pública de sometimiento (OPS) al Sistema Arbitral de Consumo, es decir, que se habían adherido voluntariamente al mismo, era de 141 410, la mayoría a Juntas de ámbito autonómico (el 62,5 por 100). Durante este período el número de empresas que se adhirieron fue de 8 338, mientras que 2 186 denunciaron la OPS, con lo que retiraron su adhesión voluntaria al arbitraje de consumo» (90). Para poder criticar estos datos adecuadamente diremos lo siguiente: solo en España hay 100 000 bares y restaurantes, por lo que la cifra de 140 000 es ciertamente escasa; si tomamos por base que cada bar o restaurante sirve diariamente diez consumiciones, resultan un total de 3 650 consumiciones anuales multiplicadas por cien mil bares o restaurantes resultan un total de 365 000 000 de consumiciones. Simplemente con que un 0,1 por 100 de las consumiciones dieran lugar a reclamaciones, estaríamos ante 365 000 reclamaciones, lo que dista notablemente de las 61 759 reclamaciones planteadas: Y tal cálculo se hace únicamente respecto del ámbito de la restauración y con una previsión de consumiciones muy inferior a la que razonablemente se puede considerar como real.

Señala LARA GONZÁLEZ que «de poco sirve que las distintas administraciones públicas con competencia en la materia hayan procedido a establecer y financiar Juntas Arbitrales de Consumo en aras a que los consumidores y usuarios cuenten con un procedimiento específico donde puedan defender sus derechos legalmente reconocidos, si el sistema arbitral de consumo no cuenta con la confianza de los empresarios. Cabe señalar sin temor no solo a no equivocarse sino a no exagerar que si bien el establecimiento del sistema arbitral de consumo tuvo como actores principales a la administración pública y a los consumidores y usuarios, el éxito del mismo no se consigue sin la participación estelar de los empresarios» (91). Analizados los datos no puede resultar miedo alguno de los prestadores de servicios respecto del Sistema Arbitral por su celeridad o por su imparcialidad. Los árbitros son ecuanímes y con ecuanimidad dictan sus resoluciones; los arbitrajes son rápidos y con celeridad dictan sus decisiones. Podría pensarse que las pérdidas de los prestadores de servicios sí son reparables por ser la parte fuerte de la contratación mientras que las de los consumidores no lo son; nosotros hemos defendido una posición ecuaníme: hay que defender al injustamente agredido que puede ser tanto el prestador de servicios como el consumidor. Pero, en todo caso,

(89) *Ibíd.*, pág. 24 (fecha de la consulta: 11-11-2009).

(90) *Ibíd.*, págs. 25-26 (fecha de la consulta: 11-11-2009).

(91) «Arbitraje de consumo...» (fecha de la consulta: 12-11-2009).

debe repararse prontamente el perjuicio causado a través de un sistema ágil de resolución de conflictos (92).

El sistema ha demostrado su utilidad y su eficiencia, su celeridad e imparcialidad, su baratura práctica y sencillez, su adecuación y su justicia. En consecuencia: 1) deben invertirse más recursos económicos en el arbitraje; 2) debe, en definitiva, apoyarse el Estado en sus diferentes cuerpos jurídicos existentes con la forma que legalmente proceda con el fin de destinar más recursos humanos en tal sentido y, por último, 3) debe obligarse a los prestadores de servicios a sumarse a él sin perjuicio de los conflictos que esta medida pueda crear de acuerdo con lo ya analizado.

BIBLIOGRAFÍA

- ADAM SMITH: *La riqueza de las naciones*, Alianza Editorial, El libro de bolsillo, Economía, Madrid, 2008.
- ALBALADEJO GARCÍA: *Si puede anularse el laudo de Derecho por infracción de normas y el de equidad por ser inequitativo*, Cuadernos de Derecho Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, Madrid, 2009.
- ALBIEZ DOHRMANN: «El control de las condiciones generales imprecisas y abusivas en el ámbito registral», en *RCDI*, núm. 618, 1993, págs. 1421-1486.
- ALCALÁ-GALIANO y ALCALÁ-GALIANO: «Sobre la Economía Política», en *Actas y Memorias de la Real Sociedad Económica de los Amigos del País de la Provincia de Segovia*, Tomo I, Segovia, Espinosa, 1785.
- ARRUÑADA: *La contratación de derechos de propiedad: un análisis económico*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, Madrid, 2004.
- BALLUGERA GÓMEZ: *El contrato-no contrato*, Fundación Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006.
- BENDITO CAÑIZARES: «La impugnación judicial de las condiciones generales de la contratación», en *RCDI*, núm. 657, 2000, págs. 403-480.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Rodrigo): *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (coord.), Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000.
- BLANCO CARRASCO: *El contrato de corretaje*, Cuadernos de Derecho Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2008.

(92) Vid. ALCALÁ-GALIANO y ALCALÁ-GALIANO, «Sobre la economía política», en *Actas y Memorias de la Real Sociedad Económica de los Amigos del País de la Provincia de Segovia*, Tomo I, Segovia, Espinosa, 1785, pág. 256. Este autor dice que: «La experiencia y la razón demuestran que las pérdidas de los poderosos no son irreparables, y que al contrario, una vez arruinados los pobres, con dificultad llegan a restablecerse. Además en cualquier Estado el número de los segundos es sin comparación mayor que el de los primeros, y consiguientemente merecen mayor atención y miramiento», y ROSSEAU, *Discurso sobre la economía política*, Tecnos, Madrid, 1985, pág. 48.

- CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA: *La protección inmobiliaria del consumidor en la Comunidad Europea*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1994.
- *La Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998.
- «Derecho comunitario y protección de los consumidores», en *RCDI*, núm. 620, 1994, págs. 201-214.
- «Condiciones generales en la contratación financiera», en *RCDI*, núm. 651, 1999, págs. 389-440.
- DÍAZ FRAILE: «La protección registral al consumidor y la Directiva sobre cláusulas contractuales abusivas de 1993», en *RCDI*, núm. 622, 1994, págs. 1023-1036.
- «La trasposición en el Derecho español de la Directiva sobre cláusulas abusivas. Aplicación registral», en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 10, 2.^a época, 1995.
- DÍEZ CLAVERO: «Tendencias del Derecho hacia el arbitraje institucional mercantil», en *RCDI*, núm. 627, 1995, págs. 545-560.
- DOMÍNGUEZ LUELMO: «Contratación electrónica y protección de consumidores: régimen jurídico», en *RCDI*, núm. 660, 2000, págs. 2327-2388.
- FERNÁNDEZ DEL POZO: «Publicidad mercantil registral del procedimiento arbitral», en *RCDI*, núm. 612, 1992, págs. 2033-2054.
- FERNÁNDEZ ROZAS: «Luces y sombras del arbitraje administrado», en *Legal Today*, <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/arbitraje/luces-y-sombras-del-arbitraje-administrado> (fecha de la consulta: 19-11-2009).
- GARCÍA GARCÍA: «La función registral calificadora, la protección de los consumidores y la cláusula penal en los autos del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña», en *RCDI*, núm. 610, 1992, págs. 1313-1358.
- GÓMEZ GÁLLIGO: «La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación», en *RCDI*, núm. 648, 1998, págs. 1587-1622.
- GÓMEZ POMAR: «La relación entre normativa sobre protección de consumidores y normativa sobre defensa de la competencia», en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2003.
- LAMONEDA, FRANCISCO: «El procedimiento arbitral de consumo: un novedoso instrumento eficaz», en *Legal Today*, <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/arbitraje/el-sistema-arbitral-de-consumo-un-instrumento-eficaz-para-el-abogado-y-el-cliente> (fecha de la consulta: 19-11-2009).
- LARA GONZÁLEZ: «Arbitraje de consumo. Pasado, presente y futuro», en *Legal Today*, http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/consumidores_y_usuarios/arbitraje-de-consumo-pasado-presente-y-futuro (fecha de la consulta: 12-11-2009).
- «Completa entrada en vigor del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el sistema arbitral de consumo», en *Legal Today*, http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/consumidores_y_usuarios/completa-entrada-en-vigor-del-rd-2312008-de-15-de-febrero-por-el-que-se-regula-el-sistema-arbitral-de-consumo (fecha de la consulta: 19-11-2009).
- LASARTE ÁLVAREZ: *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Dykinson, Madrid, 2003.

- MÉNDEZ GONZÁLEZ: *De la publicidad contractual a la titulación registral. El largo proceso hacia el Registro de la Propiedad*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ y Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN (dirs.): *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, 2000.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ: *Código Civil. Comentado y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2008.
- RAMÓN CHORNET: «Las condiciones generales de la contratación: El nuevo Registro especial de condiciones generales de la contratación. Las condiciones generales de la contratación y el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, núm. 661, 2000, págs. 2625-2690.
- REYES LÓPEZ: «El Derecho Comunitario y el proyecto de reformar la normativa reguladora de los derechos de los consumidores y usuarios», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 263, 2006, págs. 37-45.
- RIVERO GONZÁLEZ: «El comercio electrónico con consumidores en la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico», en *Revista de Gestión Pública y Privada*, núm. 8, 2003, págs. 221-252.
- ROSSEAU: *Discurso sobre la Economía Política*, Tecnos, Madrid, 1985.
- RODRÍGUEZ, Carlos E.: «Salvemos la justicia (II)», en *El Notario del Siglo XXI*, Revista del Colegio Notarial de Madrid, julio-agosto de 2008, núm. 20, págs. 26-31.
- TORRALBA SORIANO: «Eficacia del contrato preliminar de arbitraje», en *RCDI*, núm. 453, 1966, págs. 309-360.
- TORRES LANA: *La protección del turista como consumidor*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2003.

RESUMEN

ARBITRAJE. CONSUMIDORES ARBITRAJES Y REGISTRADORES

El autor analiza la cláusula arbitral de consumo y la posición de desigualdad en la que queda el adherente y consumidor respecto del predisponente y prestador de servicios. De ello deduce el escaso contenido «contractual» de los negocios con intervención de adherentes y consumidores y la necesaria intervención del ordenamiento jurídico para equilibrar las posiciones jurídicas. En segundo lugar, estudia la cláusula arbitral de consumo desde un punto eminentemente práctico, incidiendo en la necesidad de potenciar el arbitraje en materia, especialmente, de consumo desde un punto de vista jurídico y de los

ABSTRACT

ARBITRATION. CONSUMERS ARBITRATION AND REGISTRARS

The author looks at the standard clause on arbitration by consumer affairs institutions and the unequal position in which the clause places the consumer subscribing to the agreement with respect to the service renderer, who holds the superior bargaining position. From this the author deduces that standard transactions to which consumers merely subscribe have little «contractual» content and that legislation needs to intervene to balance out the legal positions of the parties. Secondly, the author studies the standard clause on arbitration by consumer affairs institutions from an eminently practical standpoint, emphasizing

medios materiales dispuestos para ello. En esta línea incide en la necesidad de encomendar a diferentes Cuerpos (jurídicos) del Estado esta tarea en la medida adecuada.

zing the need to boost arbitration especially in consumer affairs from a legal point of view and the need to make increased physical means available for consumer arbitration. The author underscores the need to entrust an appropriate share of this task to different national legal authorities.

(Trabajo recibido el 28-05-2010 y aceptado para su publicación el 19-11-2010)

Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal (1)

por

FERNANDO P. MÉNDEZ GONZÁLEZ
Registrador de la Propiedad

SUMARIO

PARTE PRIMERA

EL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA: SU FUNDAMENTACIÓN ECONÓMICA

1. LOS POSTULADOS BÁSICOS DEL ANÁLISIS ECONÓMICO: ESPECIAL REFERENCIA A LOS DERECHOS DE PROPIEDAD.
2. PROPIEDAD PRIVADA *VERSUS* RÉGIMEN DE ACCESO LIBRE Y RÉGIMEN DE PROPIEDAD COMUNAL:
 - 2.1. PLANTEAMIENTO.
 - 2.2. CONCEPTO DE PROPIEDAD PRIVADA:
 - 2.2.1. *La absolutividad del dominio como atribución a su titular de las facultades de exclusión que integran su contenido:*
 - 2.2.1.1. Planteamiento general.
 - 2.2.1.2. Especial referencia al *ius disponendi*. Su función como instrumento para la reasignación permanente de recursos hacia sus lugares de uso más eficientes.
 - 2.2.1.3. La internalización de las externalidades como fundamento del fundamento de la propiedad privada.

(1) Este artículo se basa en la ponencia presentada en el XVII Congreso del Centro Internacional de Derecho Registral —CINDER—, Lima (Perú), el 11-14 de octubre de 2010. Para cualquier sugerencia o aclaración dirigirse a fpmendez@fernandopmendez.eu

- 2.3. LOS PROBLEMAS DE LOS RECURSOS DE ACCESO LIBRE:
 - 2.3.1. *Planteamiento.*
 - 2.3.2. *Desde el lado de la oferta.*
 - 2.3.3. *Desde el lado de la demanda.*
- 2.4. LA PROPIEDAD COMUNAL: COSTES DE EXCLUSIÓN Y DE GOBERNANZA INTERNA:
 - 2.4.1. *Planteamiento.*
 - 2.4.2. *Costes de exclusión.*
 - 2.4.3. *Costes de gobernanza interna.*
- 3. LA PROPIEDAD PRIVADA SOBRE LA TIERRA:
 - 3.1. LA NECESIDAD DE EXCLUSIVIDAD Y DE ALIENABILIDAD PARA QUE LA PROPIEDAD PRIVADA PUEDA CUMPLIR SU FUNCIÓN.
 - 3.2. LOS BENEFICIOS DE LA EXCLUSIVIDAD. EVIDENCIAS EMPÍRICAS:
 - 3.2.1. *Jamestown.*
 - 3.2.2. *Plymouth.*
 - 3.2.3. *Salt Lake City.*
 - 3.3. LA EVOLUCIÓN HACIA LA PROPIEDAD PRIVADA COMO CONSECUENCIA DEL COMPORTAMIENTO COOPERATIVO. UNA EVOLUCIÓN NO ASEGURADA.
 - 3.4. LA DIFICULTAD DE ESTABLECER RÉGIMENES EFICIENTES DE PROPIEDAD PRIVADA.
 - 3.5. CONSECUENCIAS DEL NO RECONOCIMIENTO DE LA LIBRE TRANSFERENCIA. EVIDENCIAS EMPÍRICAS:
 - 3.5.1. *Planteamiento.*
 - 3.5.2. *Evidencias empíricas:*
 - 3.5.2.1. Las vinculaciones feudales y el proceso de liberación del suelo.
 - 3.5.2.2. La colectivización bolchevique en Rusia.
 - 3.5.2.3. Los ejidos mexicanos.
- 4. CONSIDERACIONES FINALES.

PARTE SEGUNDA

LA INGENIERÍA JURÍDICA DEL INTERCAMBIO IMPERSONAL

- 5. LA NECESIDAD DE SEGURIDAD Y DE LIQUIDEZ PARA QUE EL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA PUEDA CUMPLIR SU FUNCIÓN. LA NECESIDAD DEL ESTADO:
 - 5.1. PLANTEAMIENTO.
 - 5.2. EL INEVITABLE *TRADE OFF* ENTRE SEGURIDAD Y LIQUIDEZ DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD EN UN ENTORNO DE CONTRATACIÓN IMPERSONAL:
 - 5.2.1. *Contratación personal e información completa: los derechos son simultáneamente líquidos y seguros.*
 - 5.2.2. *Contratación impersonal:*
 - 5.2.2.1. La progresiva aparición de la información incompleta.
 - 5.2.2.2. Los riesgos de la información incompleta.
- 6. LA PERVIVENCIA DE LA REGLA DE LA REIVINDICABILIDAD ILIMITADA COMO FACTOR CAUSAL DEL *TRADE OFF* ENTRE SEGURIDAD Y LIQUIDEZ DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD EN UN ENTORNO DE CONTRATACIÓN IMPERSONAL.

7. LA NECESIDAD DE INTERVENCIÓN DEL ESTADO PARA LA EXISTENCIA DEL DERECHO DE PROPIEDAD Y PARA LA SUPERACIÓN DEL *TRADE OFF* ENTRE SEGURIDAD Y LIQUIDEZ DEL MISMO EN UN ENTORNO DE CONTRATACIÓN IMPERSONAL:
 - 7.1. PLANTEAMIENTO.
 - 7.2. FUNDAMENTO DE LA NECESIDAD DE INTERVENCIÓN DEL ESTADO PARA LA EXISTENCIA DEL DERECHO DE PROPIEDAD. LAS ECONOMÍAS DE ESCALA EN LA PROTECCIÓN DEL MISMO.
 - 7.3. FUNDAMENTO DE LA NECESIDAD DE INTERVENCIÓN DEL ESTADO PARA LA SUPERACIÓN DEL *TRADE OFF* ENTRE SEGURIDAD Y LIQUIDEZ DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD:
 - 7.3.1. *Planteamiento.*
 - 7.3.2. *La superación del trade off en el ámbito mobiliario. La suficiencia de la intervención normativa del Estado.*
 - 7.3.3. *La superación del trade off en el ámbito inmobiliario. La necesidad de la intervención directa —normativa e institucional— del Estado:*
 - 7.3.3.1. Las características de los bienes inmuebles.
 - 7.3.3.2. Intervención normativa: la derogación de la regla de la reivindicabilidad ilimitada, su sustitución por la abstracción causal *inter tertios* y la inversión de las reglas de protección de la propiedad.
 - 7.3.3.3. Intervención institucional: la publicación del sistema transmisivo inmobiliario mediante la introducción del Registro de derechos. La conversión de los inmuebles en «bienes de búsqueda»:
 - 7.3.3.3.1. Planteamiento general.
 - 7.3.3.3.2. De la titularidad negocial a la titularidad registral.
 - 7.3.3.3.3. El derecho a conocer el contenido de la inscripción.
 - 7.3.3.3.4. La conversión, operada por la inscripción, de los *iura in rem* inmobiliarios en bienes de búsqueda.
 - 7.3.3.3.5. Consecuencia: superación del *trade-off* entre seguridad y liquidez de los *iura in rem* inmobiliarios.
 - 7.3.3.3.6. El mantenimiento de la regla de reivindicabilidad ilimitada, sin embargo, solo permite paliar, pero no superar, el *trade off* entre seguridad y liquidez de los derechos de propiedad en un entorno de contratación impersonal.

SINOPSIS

Este trabajo tiene dos partes claramente diferenciadas pero, al propio tiempo, estrechamente interrelacionadas.

La primera parte trata de los fundamentos económicos del derecho de propiedad privada (2), especialmente referidos al derecho de propiedad privada sobre la tierra, o, de un modo más general, sobre bienes inmuebles.

Tales fundamentos forman parte del análisis económico de los derechos de propiedad. Como es sabido, la economía pone el énfasis en que la vida consiste en una serie de elecciones entre alternativas, elecciones que son necesarias porque los recursos son limitados. No hay tanto dinero, ni tiempo, ni petróleo, ni tierra, ni agua potable como nos gustaría. En esas condiciones, la economía analiza cuál es la elección más eficiente. La eficiencia es el nervio de la economía, el enfoque que la distingue de las demás ciencias (3).

Pues bien, el análisis económico pone de manifiesto que la forma más eficiente de explotación de los recursos escasos es la propiedad privada, pero,

(2) Utilizo aquí la expresión *derechos de propiedad*, o su equivalente en inglés, *property rights*, en el sentido amplio en el que la utiliza la Economía Institucional y, por lo tanto, no solamente para referirme a la propiedad privada en sentido estricto, sino a todo el conjunto de derechos en los que se pueda aplicar la idea de exclusión del aprovechamiento. Incluye, por tanto, no solamente la propiedad, tal y como la define el Código Civil, sino también el usufructo, las servidumbres, los derechos de uso, las concesiones administrativas de uso exclusivo, hipotecas, patentes, etc. Por el contrario, los bienes considerados de libre acceso son aquellos sobre los que no se aplica exclusión alguna. Ahora bien, que un derecho sea exclusivo no quiere decir que no posea limitaciones, sino que tan solo se halla limitado por aquellas restricciones explícitamente establecidas por la ley. Véase, al respecto, el excelente trabajo de SAN EMETERIO MARTÍN, N., *Sobre la propiedad. El concepto de propiedad en la Edad Moderna*, pág. 32 y sigs. Ed. Tecnos, Madrid, 2005. Véase, también, ACKERMAN, B., *Economic Foundations of Property Law*, Little Brown and Company. Igualmente, FURUBOTN, E. G. y RICHTER, R., *Institutions and Economic Theory. The Contribution of the New Institutional Economics*, The University of Michigan Press, Second Edition, 2008.

(3) En economía, la noción de eficiencia tiene, básicamente, dos acepciones: 1) La eficiencia en el sentido de Pareto. La asignación de recursos es superior en el sentido de Pareto cuando mejora la posición de, al menos, una persona sin empeorar la posición de nadie. Esta noción parte del supuesto de información completa, voluntariedad de la transacción y ausencia de efectos externos. En otras palabras, el criterio de la superioridad en el sentido de Pareto requiere la unanimidad de todas las personas afectadas. Se trata, por tanto, de una concepción de la eficiencia válida para el modelo perfectamente competitivo pero con pocas aplicaciones en el mundo real. 2) Criterio de Kaldor-Hicks o de maximización de la riqueza. Si A valora un bien en 5 y B en 12 con un precio de venta de 10 —de hecho con cualquier precio de venta entre 5 y 12— la transacción generará un beneficio total de 7. Con un precio de 10, por ejemplo, A se considerará 5 mejor y B 2 mejor. Habría una transacción eficiente siempre que el daño causado —si hay alguno— a terceros —menos los beneficios que se les confieran— no excedan de 7. La transacción solo sería superior en el sentido de Pareto si A y B compensaran efectivamente a los terceros por los daños que les inflinjan. El concepto de Kaldor-Hicks también recibe el nombre de superioridad potencial de Pareto: los ganadores podrían compensar a los perdedores aunque no lo hicieran efectivamente.

Dado que, en el mundo real, casi nunca se dan las condiciones para la superioridad en el sentido de Pareto, pero los economistas hablan constantemente de la eficiencia —de hecho, es el nervio de la Economía— está claro que la noción de eficiencia comúnmente aceptada no es la superioridad en el sentido de Pareto sino en el sentido de Kaldor-Hicks. Véase Posner, R., *El análisis económico del derecho*. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1998, pág. 21.

también, que ésta no siempre es posible, porque su implantación va asociada a una serie de costes que no siempre lo permiten. La disminución eficiente de tales costes es, por ello, requisito imprescindible para poder extender la propiedad privada como régimen de explotación de los recursos. Cuando ello no se consigue, la alternativa es la propiedad comunal, en muy variadas formas, y en el límite, el régimen de acceso libre, que es la negación misma de la propiedad, y la forma más ineficiente de explotación. Por ello, puede afirmarse que, en la medida en la que el balance costes/beneficios lo permite, la flecha evolutiva va desde la explotación en régimen de acceso libre a la propiedad privada, pasando por la propiedad comunal, la cual sería un estadio intermedio entre ambas situaciones.

La segunda parte tiene por objeto poner de manifiesto cómo para que la propiedad privada pueda no solamente existir sino, además, expandirse y cumplir las funciones que la justifican, se requiere la intervención del Estado dirigida, como mínimo, a paliar los costes del inevitable *trade off* (3 bis) entre seguridad y liquidez de los derechos de propiedad —propio de un entorno de contratación impersonal—, y, en el caso más deseable, a superar dicho *trade off*, haciendo que los derechos sean, simultáneamente, más líquidos y más seguros, lo que permite maximizar la función de utilidad del instituto de la propiedad privada.

Solo la intervención del Estado, o de una autoridad pública equivalente, permite paliar, y, sobre todo, superar dicho *trade off*, pero dicha intervención, para ser efectiva, requiere una sofisticada ingeniería jurídica, especialmente compleja en el caso de los bienes inmuebles. En efecto, en el caso de los bienes muebles tradicionales, especialmente de las mercaderías, la superación del citado *trade off* se consigue mediante una intervención normativa consistente en la derogación de la regla de reivindicabilidad ilimitada, propia del Derecho común, y la atribución a la posesión de una especial función legitimadora o dispositiva. Con ello, se consigue aumentar la liquidez de los derechos de propiedad sin disminuir *de facto* la seguridad de los mismos, debido a las características de los bienes muebles.

En el caso de los bienes inmuebles, sin embargo, no basta con dicha intervención normativa, pues sus especiales características impiden atribuir a la posesión de los mismos una función legitimadora o dispositiva semejante a la atribuida a la de los bienes muebles, ya que ello disminuiría la seguridad de los derechos de propiedad sobre los mismos. Se requiere, por ello, además, una intervención institucional consistente en el Registro de derechos, cuya

(3 bis) *Trade off* es una expresión característica del análisis económico del Derecho de difícil traducción al castellano. Viene a significar dilema o disyuntiva. Siendo necesarios A y B, si se potencia A disminuye B y viceversa, de modo que se establece entre A y B una relación de proporcionalidad inversa que, en el límite, implica la exclusión bien de A, bien de B. A lo largo del presente trabajo utilizaré repetidamente la expresión *trade off* con este significado.

implantación permite que los derechos sean, al propio tiempo, más líquidos y más seguros, pues suministra al mercado la identidad de la persona con poder de disposición sobre el inmueble reconocida por el Estado, así como la extensión del derecho, sin disminuir —sino, más bien, todo lo contrario— la seguridad del propietario.

La implantación del Registro de derechos implica la *publicación* del sistema transmisivo en un doble sentido.

En primer lugar, significa la intervención activa y directa —es decir, normativa e institucional— del Estado en el sistema transmisivo dirigida a posibilitar la obtención de títulos de propiedad de eficacia universal o cuasi-universal —inscripciones— sin necesidad de contención ni de usucapión. En virtud de dicha intervención, cuyas características se detallan en el trabajo, los *iura in rem* inmobiliarios, dejan de ser *bienes de experimentación*, o, a lo sumo de *confianza*, como sucede bajo el Derecho común, para convertirse en *bienes de búsqueda* (4).

En segundo lugar, y como consecuencia, implica que quien tenga interés legítimo puede acceder al conocimiento de la titularidad y extensión de los *iura in rem* inmobiliarios que el Registro ha contribuido a crear y que permite conocer, incluso sin consentimiento de los titulares.

La *publicación* en este segundo sentido solo es posible si tiene lugar la *publicación* en el primero de los sentidos expuestos.

Si, por el contrario, se mantiene la regla de la reivindicabilidad ilimitada en un contexto de contratación impersonal, una intervención solamente institucional —v.gr.: Registro de documentos— puede posibilitar la disminución de dicho *trade off*, pero no superarlo. Ello es así porque la causa última del *trade off* hay que buscarla en el mantenimiento de la regla de reivindicabilidad ilimitada en un entorno de contratación impersonal, caracterizado por las asimetrías informativas generalizadas sobre atributos de los bienes —titulares y extensión de los *iura in rem* sobre los mismos, entre otros—, a cuyo conocimiento es necesario acceder para poder contratar.

En todo caso, estas tecnologías jurídicas, junto con la utilización, en su caso, de tecnologías que permiten una mejor identificación de los bienes a un menor coste, mejoran sustancialmente el balance coste/beneficio de la explotación de los inmuebles en régimen de propiedad privada y, por lo tanto, amplían no solo el número potencial de individuos que pueden ser propietarios, sino, además, la cantidad y características de los bienes susceptibles de ser explotados en régimen de propiedad privada. No solo disminuyen los costes de protección de la atribución exclusiva del aprovechamiento de los recursos sino que, además, facilitan los intercambios voluntarios y, por lo tanto, la asignación eficiente de recursos.

(4) Me referiré más extensamente a tales conceptos al tratar de los mismos en el apartado correspondiente de este trabajo.

PARTE PRIMERA

EL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA:
SU FUNDAMENTACIÓN ECONÓMICA

1. LOS POSTULADOS BÁSICOS DEL ANÁLISIS ECONÓMICO: ESPECIAL REFERENCIA A LOS DERECHOS DE PROPIEDAD

La metodología económica, incluida la aplicada a los derechos de propiedad, se construye sobre cuatro postulados básicos, cuyo núcleo es el individuo, el cual es la unidad de análisis en economía, por lo cual se habla de *individualismo metodológico*. Tales postulados básicos son los siguientes (5):

1. Los individuos eligen bajo condiciones de escasez, lo que los sitúa constantemente ante *trade-offs*. En un mundo de escasez, un determinado uso de un recurso impide otro uso alternativo y, en consecuencia, genera un coste de oportunidad. Así, por ejemplo, si sobre una parcela de terreno se construye una casa, eso impide que sea utilizada como campo de baloncesto.

2. Los individuos actúan racionalmente al perseguir su propio interés, ajustando continuamente los beneficios y costes marginales de sus acciones.

Por actuación racional se entiende que los individuos tienen preferencias estables y que actúan sistemáticamente para maximizar la cantidad de bienes —tangibles o intangibles— que satisfacen esas preferencias y cuya adquisición está sujeta a costes.

Ahora bien, los recursos son limitados. La maximización racional, en consecuencia, requiere que los individuos, al evaluar los costes y beneficios de sus acciones, se pregunten qué ganancias adicionales pueden obtener de la adquisición adicional de determinados bienes o servicios para satisfacer sus preferencias y qué debe ser sacrificado para obtener tales ganancias adicionales. Ello no quiere decir que los individuos no se equivoquen nunca. De hecho, los errores forman parte del comportamiento racional: la información es costosa de obtener porque es escasa, por cuya razón no tienen información completa cuando toman sus decisiones.

El modelo perfectamente competitivo —modelo *walrasiano* estándar neoclásico— parte de la premisa básica de información plena —cada uno elige como si conociese el resultado de todas sus posibles acciones— y de racionalidad paramétrica —cada uno elige como si sus acciones fueran el único factor variable, tomando las acciones de los demás como circunstancias fijas—.

(5) Sigo, en este punto, la exposición de ANDERSON TERRY, L. y MCCHESENEY, F. S., en la obra colectiva, de la que ellos son editores, *Property Rights, Cooperation, Conflict and Law*, págs. 3-7, Princeton University Press, Princeton and Boston, 2003.

En el mundo real, sin embargo, hay imperfecciones en la información. El mercado opera bajo condiciones de incertidumbre y, precisamente por eso, falla. De hecho, si a los modelos teóricos les agregamos *información imperfecta* y *racionalidad estratégica* —cada uno actúa considerando los efectos de sus acciones en el comportamiento de los demás— nos acercamos muy de prisa a los mercados reales, que se caracterizan por la información incompleta y porque realizar transacciones resulta costoso. El hecho de que realizar transacciones sea costoso hace que sea primordial la asignación de derechos de propiedad, introduce la cuestión de la organización económica y hace que la estructura de las instituciones políticas sea clave para la comprensión del crecimiento económico (6).

En el análisis de los derechos de propiedad, el postulado del comportamiento racional es particularmente importante. Dado que los recursos son escasos y susceptibles de usos alternativos, los actores racionales emplean recursos para definir y proteger —*enforcement*— los derechos de propiedad, tanto como los beneficios derivados de utilizar los recursos de ese modo — propiedad privada— excedan de los costes necesarios.

Si los beneficios marginales de definir y proteger tales derechos son mayores que los costes marginales, los individuos emplean recursos en tal definición y protección, no solo de un modo estático, sino, sobre todo, dinámico. En otros términos si el coste de definir y proteger los derechos de propiedad privada se eleva, los individuos invierten menos en ellos; si desciende, invierten más.

3. La conjunción de escasez y comportamiento racional produce una competencia por los recursos. Los individuos acaban generando reglas que disciplinan dicha competencia, o, en otros términos, organizan la cooperación.

La organización de tal competencia es costosa y, además, puede degenerar en violencia, la cual disipa esfuerzos. Por ello, los individuos salen beneficiados colectivamente si definen reglas que gobiernen la competencia por los recursos, eligiendo aquéllas que hagan menos costosa la competencia por los mismos (7). Los individuos podrían acordar colectivamente, por ejemplo, que la violencia o las amenazas de violencia no sean reconocidas como modo de adquisición y definición de derechos de propiedad. Incluso, con la finalidad de reducir el coste de la violencia, tales reglas podrían ser acordadas privadamente, bajo ciertas circunstancias.

Así, cuando el número de individuos que compite por un recurso es pequeño y el grupo es homogéneo, existe un fuerte incentivo para minimizar

(6) Para el desarrollo de estas ideas, véase COASE, R. H., *La empresa, el mercado y la ley*, Alianza Ed. Madrid, 1994. ACKERMAN, B. A., *Economics Foundations of Property Law*, Little Brown and Company.

(7) LIBECAP, G., «Contracting for Property Rights», en *Property Rights, Cooperation, Conflict and Law*, *op. cit.*, pág. 143.

una competencia asoladora, sustituyendo la violencia por el contrato como instrumento de adquisición y definición de los derechos de propiedad. Pero a medida que crecen el tamaño del grupo y su heterogeneidad, se llega a un punto en el que aparece la jungla *hobbesiana*, en la que la vida es «repugnante, brutal y corta». En tal contexto, reglas externamente impuestas, contenidas en leyes y ordenanzas, son preferibles a las soluciones privadas para minimizar los conflictos sobre los recursos. Ello explica el surgimiento y la función del Estado en relación al mercado y a los derechos de propiedad.

4. Dados el autointerés y la racionalidad individual, un sistema de derechos de propiedad bien especificados y fácilmente transferibles incentiva juegos de suma positiva con ganancias mutuas derivadas del intercambio.

La competencia por el aprovechamiento de recursos escasos puede dar lugar al conflicto o a la cooperación, en función de cuál sea el sistema de derechos de propiedad. Si los derechos de propiedad no están bien definidos y protegidos, el incentivo para obtenerlos mediante la amenaza del uso de la violencia se incrementa, con el resultado previsible de que los propietarios de los recursos invertirán menos en desarrollar los mismos (8).

Del mismo modo, si los derechos de propiedad no son transmisibles, aquellos que podrían hacer más valiosos los recursos escasos, tendrán pocas opciones para negociar sobre ellos, en relación a las que tendrían para actuar fraudulentamente o recurriendo al Gobierno (9).

Por el contrario, si los derechos de propiedad están bien definidos, protegidos, y son fácilmente transmisibles, los propietarios pueden comerciar con los mismos, obteniendo todos mayor provecho.

Las ganancias potenciales derivadas de los intercambios son puestas de manifiesto por diversos estudios comparativos, los cuales muestran cómo las economías con mayor libertad económica, derechos de propiedad privada más seguros y más fácilmente transferibles, protegidos por el imperio de la ley, obtienen mejores resultados que aquellas otras economías que adolecen de tales características (10).

(8) TULLOCK, G. (1967), *The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies, and Theft*. Western Economic Journal, 5 (June), págs. 224-232. Citado por ANDERSON TERRY, L. y MCCHESENEY, F. S., en la obra colectiva, de la que ellos son editores, *Property Rights, Cooperation, Conflict and Law*, pág. 6, Princeton University Press, Princeton and Boston, 2003.

(9) EPSTEIN, R. A., *Takings, Private Property and the Power of Eminent Domain*. Cambridge: Harvard University Press. Citado por ANDERSON TERRY, L. y MCCHESENEY, F. S., en la obra colectiva, de la que ellos son editores, *Property Rights, Cooperation, Conflict and Law*, pág. 6, Princeton University Press, Princeton and Boston, 2003.

(10) GWARTNEY, J.; LAWSON, R., y BLOCK, W., ponen de manifiesto cómo en economías con más altos niveles de libertad económica, la renta *per cápita* creció, aproximadamente, un 2,5 por 100, frente a una caída del 1,5 por 100 en economías con un menor grado de libertad entre 1980 y 1995. En *Economic Freedom of the World: 1975-1995*. Vancouver, BC, Canada: The Fraser Institute. KEEFER, PH. y KNACK, S. afirman,

2. PROPIEDAD PRIVADA *VERSUS* RÉGIMEN DE ACCESO LIBRE Y RÉGIMEN DE PROPIEDAD COMUNAL

2.1. PLANTEAMIENTO

La necesidad de la propiedad privada se halla ligada, por tanto, con la escasez de recursos necesarios para la subsistencia, con la existencia de una pluralidad de individuos y con el carácter escaso —y, por tanto, costoso e incompleto— de la información.

En este contexto, la propiedad privada permite un uso más eficiente de los recursos: permite que se exploten más recursos durante más tiempo y que puedan hacerlo un mayor número de personas. A las condiciones para que ello sea posible me referiré posteriormente.

Es un hecho que las economías basadas en derechos de propiedad privada seguros y fácilmente transmisibles, protegidos por un Estado de Derecho, presentan un mayor grado de desarrollo que las economías que no reconocen los derechos de propiedad, o éstos son inseguros o existen graves dificultades para el intercambio, por lo que no son líquidos. Las razones hay que buscarlas en que los derechos de propiedad privada permiten el aprovechamiento exclusivo de los recursos y, en consecuencia, generan incentivos para realizar inversiones a largo plazo y, además, permiten la constante reasignación de recursos hacia quienes, en cada momento, se hallan en condiciones de hacer un uso más eficiente de los mismos. Sobre todo ello volveré más adelante.

Ahora se trata de argumentar por qué razones cuando sobre los recursos no hay derechos de propiedad privada sino que son de acceso libre, y, asimismo, cuando se hallan explotados bajo el régimen de propiedad comunal, la economía no presenta niveles similares de desarrollo. Ello no quiere decir que en determinadas situaciones específicas o en relación a determinado tipo de recursos, no sea inevitable el régimen de acceso libre o preferible el de propiedad comunal, debido a los costes exigidos por la implantación y funcionamiento de la propiedad privada (11).

asimismo, que la ausencia de seguridad en el imperio de la ley disminuye las tasas de crecimiento económico. En *Why Don't Poor Countries Catch Up? A Cross-National Test of an Institutional Explanation*. Economic Inquiry 35: 590-562. 1997. Asimismo, NORTON pone de manifiesto cómo la existencia de unos derechos de propiedad fuertes y de un entorno institucional de calidad se revelan como importantes factores en la mejora del bienestar humano. NORTON, S. W., 1998, «Property Rights, the Environment, and Well-Being», en *Who Owns the Environment?* Ed. Anderson, T. L. y Hill, P. J. Lanham, M. D.: Rowman and Littlefield Publishers, 37-54. Citados por estos últimos autores en *op. cit.*, pág. 7.

(11) En este sentido, puede verse BARZEL, Y., *Economic Analysis of Property Rights*, 2.^a ed., 1997, New York, Cambridge University Press. Asimismo, OSTROM, E., *Govern-*

2.2. CONCEPTO DE PROPIEDAD PRIVADA

Como he expuesto, la escasez de los recursos necesarios para la supervivencia constituye, en última instancia, la justificación de la propiedad privada. Mediante ella se asegura la conservación de los mismos, así como su más eficiente aprovechamiento en beneficio del mayor número, en tanta mayor medida cuanto mejor definidos se hallen tales derechos, menos costosa sea su protección y más fácil su transferencia (12).

Propiedad privada no quiere decir propiedad irrestricta, sino atribución a los individuos (13) de un poder directo, inmediato y exclusivo sobre los recursos. La profundidad y extensión de ese poder es función de cada ordenamiento jurídico (14). La propiedad privada es el poder directo e inmediato, de mayor extensión y profundidad, sobre los recursos reconocidos a los indivi-

ing the Commons, *The Evolution of Institutions of Collective Action*, Cambridge University Press, primera edición, 1990, última impresión —número veintidós—, 2008. En el mismo sentido, *Understanding Institutional Diversity*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2005. También OSTROM, E.; GARDNER, R., y WALKER, J., *Rules, Games & Common-Pool Resources*, The University of Michigan Press, 2010. Asimismo, EGGERTSSON, T., *Open Access versus Common Property*, recogido en ANDERSON TERRY, L. y MCCHESENEY, F. S., obra colectiva, de la que ellos son editores, *Property Rights, Cooperation, Conflict and Law*, págs. 73-90, Princeton University Press, Princeton and Boston, 2003.

(12) Para un desarrollo de estas afirmaciones, véase DAHLMAN, C., *The open field system and beyond. A property right analysis of an economic institution*. Cambridge University Press, 1980; impresión digital, 2008. ANDERSON, T. L., *Property Rights. Cooperation, Conflict and Law*, Ed. Princeton University Press, 2003. ACKERMAN, B. A., *Economic Foundations of Property Law*, Ed. Little Brawn & Company, 1975. BARZEL, Y., *Economic Analysis of Property Rights*, Ed. Cambridge University Press, 1997. FURUBOTN, E. G. y RICHTER, R., *Institutions and Economic Theory. The Contribution of New Institutional Economics*. Ed. University of Michigan Press, 2005. LAMSDORFF-GALAGANE, V., *Teoría Económica del Derecho*, Ed. Personal, Madrid, 2007. MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., «Estado, Propiedad, Mercado», en *RCDI*, núm. 708, 2008.

(13) Como afirma MONTÉS, en la concepción liberal, que inspira el Código Civil español, el individuo es la unidad social primaria y básica. El fin de la propiedad es atribuir los bienes al individuo, por lo que la propiedad es remitida al querer del individuo, y no puede ser caracterizada por una destinación típica, que implicaría una diversa estructura de la relación entre el particular y el grupo. Concebido el individuo como ser trascendente, como valor en sí, desgajado e independiente de los grupos sociales —de los grupos intermedios— solo frente al Estado, el ejercicio del derecho se concibió como acto de libertad individual, defendido formalmente y remitido a la determinación de la libertad individual. MONTÉS, V. L., *La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo*, pág. 54, Ed. Civitas, Madrid, 1980.

(14) Como afirma DEMSETZ, una característica esencial de la propiedad privada es la exclusividad, la cual significa que el propietario puede usar el recurso como le plazca, si bien sujeto a las limitaciones legales, y que quienes no son propietarios no pueden usar el recurso sin permiso del propietario. Véase DEMSETZ, H., «Ownweship and Exchange», en *From Economic Man to Economic System. Essays on Human Behavior and the Institutions of Capitalism*, pág. 96. Ed. Cambridge University Press, 2008.

duos por el ordenamiento jurídico (15). Dicho poder incluye diferentes posibilidades de aprovechamiento —facultades— (16).

(15) En este mismo sentido, puede verse LASARTE, C., según el cual la propiedad es el «poder de máxima amplitud que el ordenamiento jurídico otorga sobre las cosas». LASARTE, C., «Génesis y constitucionalización de la función social de la propiedad», Bilbao, 1977, en *Estudios de Deusto*, vol. XXV, enero-junio, pág. 105. Sin embargo, es preciso ser muy conscientes de que —como afirma G. LIBECAP y, en general, la economía neoinstitucional—, cuando los derechos de propiedad no están bien definidos o cuando se hallan atenuados por un grupo o por el Estado, ello conlleva implicaciones negativas para el crecimiento económico. Las restricciones pueden ser desde triviales hasta significativas. La atenuación de los derechos de propiedad sobre un activo afecta a las expectativas del propietario sobre los usos de ese activo, al valor del activo para el propietario y para otros y, consecuentemente, a los términos de un acuerdo. Cualquiera que sea la forma específica que adopte, una atenuación de los derechos de propiedad implica una reducción de las opciones económicas para el propietario del activo y la correspondiente reducción del valor del activo mismo. En cualquier sociedad, la atenuación generalizada de los derechos de propiedad puede tener como resultado una reducción del crecimiento económico. LIBECAP, G., en *op. cit.*, pág. 142.

(16) Desde una perspectiva de dogmática jurídica, la doctrina distingue claramente el poder o señorío en que la propiedad consiste, de cada una de sus facultades e, incluso, de la suma de todas ellas. De ese señorío se predicán los caracteres de generalidad, abstracción y elasticidad. ALONSO PÉREZ los define del siguiente modo: «La *generalidad* emanada de esa especie de infinitud dominical predicada por la codificación napoleónica o por el absolutismo conceptual pandectista, significa la totalidad de los poderes que, al menos en potencia, puede el *dominus* ostentar sobre sus propios bienes. La *abstracción*, evocada por la sentencia del Tribunal Constitucional de España, de 26 de marzo de 1987, como característica esencial del tipo descrito en el artículo 348 del Código Civil español, supone la posibilidad de que el dominio como título jurídico, como derecho individual, viva separado de sus facultades naturales, con las que, abstraídas del derecho dominical, pueden constituirse otros derechos sobre bienes de menor entidad frutiva o posesoria (usufructo, arrendamiento, superficie, etc.). La *elasticidad*, como la goma que tenemos entre las manos, supone que la propiedad se amplía o reduce en mayor o menor cantidad, respectivamente. «El dominio, se ha dicho, atrae y contiene necesariamente cuantas facultades dominicales no estén en poder de persona distinta del dueño. Cualquier facultad contenido de un *ius in re aliena* que queda *nullius* o se extingue, se reincorpora forzosa e inmediatamente a la propiedad por virtud de la *vis atractiva* de ésta». Véase ALONSO PÉREZ, M., «La propiedad en el Código Civil», en la obra colectiva coordinada por DE DIOS, S.; INFANTE, J.; ROBLEDÓ, R. y TORIJANO, E., *Historia de la Propiedad en España. Siglos XV-XX*, pág. 496. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999. La cita del autor remite, a su vez, a LA-CRUZ-LUNA-MENDOZA, *Elementos de Derecho Civil, III*, vol. 1.º, 2.ª p., 2.ª ed., Barcelona, Bosch, 1988, pág. 24. En realidad las facultades no son sumandos, sino contenido o «aspectos parciales del señorío total o poder unitario del propietario». ALBALADEJO, *Derecho Civil, III, Derecho de Bienes*, vol. 1.º, 8.ª ed., Barcelona, Bosch, 1994, pág. 250. Como ha señalado el Tribunal Supremo español en diferentes sentencias, el «dominio es el señorío abstracto y unitario sobre la cosa y no la suma de facultades de las que el propietario puede verse privado temporalmente, sin que por ello pierda la interacción potencial de su derecho, determinante de la posibilidad de recuperación efectiva de todas las facultades dominicales» (STS de 2 de octubre de 1975). En principio, estas afirmaciones del Tribunal Supremo hay que entenderlas referidas a la propiedad *abstracta* definida por el artículo 348 del Código Civil. Por su parte, el Tribunal Constitucional, en un contexto más amplio ha afirmado —STC de 26 de marzo de 1987— que «la propiedad privada, en

2.2.1. La absolutividad del dominio como atribución exclusiva al titular de las facultades de exclusion que integran su contenido

2.2.1.1. Planteamiento general

Cuando todas las facultades recaen en el mismo individuo se habla de propiedad privada plena. Esta incluye: 1) El derecho del titular a usar él solo el activo, excluyendo a los demás del uso del mismo —*ius utendi*— (17); 2) El derecho del titular a derivar hacia él mismo el valor del activo, excluyendo a los demás —*ius fruendi*—; 3) El derecho del titular a modificar él solo su forma y sustancia, y a transferir enteramente el derecho o algunas o cada una de sus facultades —*ius disponendi*— (18).

Es nota común a estas tres facultades que integran el dominio la *exclusión* de todos los demás. En eso consiste precisamente la absolutividad del dominio. Solo el propietario de un activo goza, en relación al mismo, de las facultades que integran el poder directo e inmediato sobre la cosa en que la propiedad consiste, salvo que el propietario, en uso de una de esas facultades —*ius disponendi*— lo autorice, dando lugar a que ciertos aprovechamientos parciales del bien deriven hacia personas distintas a él (*iura in re aliena*).

Ello es posible porque las diferentes facultades que integran el dominio —*ius utendi*, *ius fruendi* et *ius disponendi*— son, a su vez, divisibles cada una de ellas —caben diferentes formas y grados de uso, de disfrute y de disposición— y, al propio tiempo, ampliamente combinables —y recombinables— entre sí, lo que suministra una panoplia, amplia y flexible a la vez, de mo-

su doble dimensión, como institución y como derecho individual, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el artículo 348 del Código Civil... (es un error) identificar el contenido esencial de la *propiedad*, atendiendo exclusivamente a lo que el Código Civil, declinando el siglo XIX, dispuso con carácter general en su artículo 348, porque tal pretensión no tiene para nada en cuenta las modulaciones y cambios que ha venido sufriendo desde entonces el instituto de la propiedad privada» (FJ 2.º).

(17) El *ius abutendi* no significa «derecho de abusar» en un sentido coloquial, sino extraer de la cosa todas sus potencialidades hasta consumirla si preciso fuere. Véase ALONSO PÉREZ, M., «La propiedad en el Código Civil», en la obra colectiva coordinada por DE DIOS, S.; INFANTE, J.; ROBLEDO, R., y TORIJANO, E., *Historia de la Propiedad en España. Siglos XV-XX*, pág. 480. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999.

(18) El *Code* —que inspira al CC en esta materia— construye el sistema jurídico-civil sobre la libertad, proyectando la idea de libertad sobre dos aspectos fundamentales: la libertad de gozar de los bienes y la libertad de intercambio de bienes y servicios. Esto es, la propiedad y el contrato. Es claro que la liberalización de la propiedad y la supresión de las cargas feudales hubiera tenido poco sentido si no hubiese sido acompañada por la plena posibilidad de hacer circular los bienes que son objeto de la misma propiedad. MONTÉS, V. L., *op. cit.*, págs. 54-58. En realidad, el *ius disponendi* es una característica esencial de la propiedad liberal y el contrato el instrumento jurídico para hacerlo efectivo.

dalidades de aprovechamiento, la cual posibilita una explotación eficiente de los recursos. Como observa LEPAGE, una de las características más valiosas del sistema de propiedad privada es, precisamente, la de permitir una gran flexibilidad en las formas en que se pueden organizar y reorganizar libremente, por medio de contratos, la asignación de los derechos de control y uso de los recursos productivos atribuidos al propietario (19).

En todos estos casos, la exclusión es una nota común. En el caso de la propiedad privada plena, la exclusión abarca todas las formas de aprovechamiento del activo reconocidas por el ordenamiento jurídico; en el caso de un derecho real limitado tan solo abarca la forma concreta de aprovechamiento conferida por la facultad adquirida.

2.2.1.2. Especial referencia al *ius disponendi*: su función como instrumento para la reasignación permanente de recursos hacia sus lugares de uso más eficientes

Una propiedad con facultades suficientes de exclusión y, por tanto, de aprovechamiento exclusivo, es una condición necesaria —aunque no suficiente— para generar incentivos para la inversión y, en consecuencia, para un uso eficiente de los recursos a largo plazo. Para conseguirlo, es necesario, además, que haya libertad de transferencia y que ésta pueda actuarse de forma fácil y segura.

En efecto, en la medida en que la propiedad sea *transferible voluntariamente con facilidad y seguridad* será constantemente reasignada hacia sus lugares de uso más eficientes, a través de los mecanismos de mercado, los más eficientes de los desarrollados por la humanidad, hasta el momento, para la creación de riqueza (20).

Precisamente por ello, si bien las diferentes facultades que integran el dominio son importantes, merece destacarse, a efectos de este estudio, la importancia capital del *ius disponendi*, en su doble vertiente de: *a)* facultad que permite la subdivisión y combinación de las demás, y *b)* de facultad de transferencia de las mismas conjuntamente o por separado (21).

(19) LEPAGE, H., *¿Por qué la propiedad?*, pág. 100. Ed. Instituto de Estudios Económicos, 1986.

(20) Véase DNES, A. W., *The Economics of Law. Property, Contracts and Obligations*. Ed. Thomson-South-Western, Canadá, 2005, págs. 16 y 17. En el mismo sentido, LIBECAP, G. sostiene que la facultad de libre transferencia es, quizá, el componente fundamental del derecho de propiedad. «Contracting for Property Rights», en *Property Rights. Cooperation, Conflict and Law*, pág. 145. Editores: Anderson, T. L. y McChesney, F. S., Princeton University Press, 2003.

(21) El *ius disponendi* es la facultad más característica del derecho de propiedad y comprensiva, a su vez, de todas las demás. BARTOLO definía la propiedad como *ius de re corporali perfecte disponendi nisi Lex prohibeat*. El término *perfecte* hace referencia a la

Como ha resaltado LIBECAP, esta facultad de transferencia, ampliamente flexible, implica que el propietario tiene libertad para transferir todas o parte de las facultades que integran el derecho sobre el activo a otros mediante un precio libremente acordado, lo cual le induce a planificar su explotación con un horizonte temporal amplio y a prestar una especial atención a la utilización del recurso del modo más eficiente posible a lo largo del tiempo (22).

El *ius disponendi* también es exclusivo del propietario y, por tanto, implica exclusión de todos los demás de un modo absoluto. *Significa que solo el propietario puede disponer de su derecho y que, por lo tanto, nadie puede disponer del mismo sin su consentimiento.* Esta facultad —*ius disponendi*— se halla bajo el paraguas de la absolutividad del derecho de propiedad, al igual que las demás facultades que integran el dominio.

2.2.1.3. La internalización de las externalidades como fundamento del fundamento de la propiedad privada

He expuesto que la razón por la cual la propiedad privada permite un mayor grado de bienestar radica en que permite una explotación más eficiente de los recursos, lo que posibilita la explotación de un mayor número de recursos por un mayor número de personas durante un periodo más prolongado de tiempo.

Ello se debe a que la exclusividad del derecho de aprovechamiento material del recurso que la propiedad privada confiere a su titular genera incentivos para que éste realice inversiones a largo plazo que redundan en una mejora de los recursos, y, a su vez, la libertad de transferencia, articulada mediante el *ius disponendi* del titular, junto con el reconocimiento general de la libertad contractual, permiten el intercambio voluntario, esto es, el comercio, del cual deriva una reasignación permanente de los recursos hacia quienes, en cada momento, se hallan en condiciones de hacer un uso más eficiente de los mismos.

Ahora bien, ¿por qué la propiedad privada puede cumplir esta función mejor que otras formas alternativas de explotación como la propiedad comunal o los regímenes de acceso libre?

La respuesta la dio DEMSETZ (23) en un artículo que ha devenido un clásico del análisis económico de los derechos de propiedad: porque permite

plenitud y al sentido ilimitado de tal facultad, que el *Code* traducirá como «*de la manière la plus absolue*» (art. 44). Nuestro Código Civil, más moderado, utiliza la expresión *sin más limitaciones...* (art. 348 CC).

(22) LIBECAP, G., «Contracting for Property Rights», en *Property Rights. Cooperation, Conflict and Law*, pág. 145. Editores: Anderson, T. L. y McChesney, F. S., Princeton University Press, 2003.

(23) DEMSETZ, H., *Toward a Theory of Property Rights*. American Economics Review, núm. 57, mayo de 1967, pág. 347 y sigs. Véase, también, *Ownweship and Externa-*

la internalización de las externalidades producidas la acción humana dirigida a la explotación de los recursos, de donde deriva que los individuos se benefician de las consecuencias positivas y sufren las negativas, derivadas de sus acciones de explotación de los recursos, a diferencia de lo que sucede en los demás regímenes, lo cual les obliga a comportarse eficientemente.

Precisamente por ello, los derechos de propiedad privada solamente aparecen —solamente pueden aparecer— cuando la internalización de las externalidades produce beneficios superiores al coste mismo de la internalización, es decir a los costes necesarios para el establecimiento y funcionamiento de los derechos de propiedad privada, los cuales varían en función de las características físicas de los recursos, de la evolución de las tecnologías de identificación y medición de sus atributos físicos, así como de identificación de los titulares, de los atributos jurídicos de los derechos, y de la tecnología jurídica disponible para posibilitar el intercambio, venciendo los obstáculos que lo dificultan en una sociedad impersonal.

En la medida en que las tecnologías físicas, jurídicas e institucionales disponibles permitan rebajar tales costes, en tanta mayor medida podrá expandirse la explotación de los bienes mediante el régimen de propiedad privada, con todas las consecuencias expuestas.

En la parte segunda de este trabajo focalizaré la atención en los problemas con los que se encuentra la instrumentación del intercambio impersonal, propio de una sociedad moderna en el ámbito inmobiliario, especialmente los referidos a la identificación de los titulares y de todos los atributos jurídicos que conforman el contenido exacto de sus *iura in rem*.

Ahora procede continuar con el análisis comparativo de los beneficios del régimen de propiedad privada, en relación a la propiedad comunal y a los regímenes de acceso libre.

2.3. LOS PROBLEMAS DE LOS RECURSOS DE ACCESO LIBRE (24).

2.3.1. *Planteamiento*

Cuando un recurso es escaso y el número de demandantes potenciales es amplio, el régimen de acceso libre presenta consecuencias adversas, no sola-

lity Problem en *Property Rights. Cooperation, Conflict and Law*, pág. 145. Editores: Anderson, T. L., y McChesney, F. S., Princeton University Press, 2003, págs. 282-301.

(24) Sigo en este apartado, esencialmente, el excelente trabajo de EGGERTSSON, T., *Open Access versus Common Property*, recogido en ANDERSON TERRY, L., y MCCHESENEY, F. S., obra colectiva, de la que ellos son editores, *Property Rights, Cooperation, Conflict and Law*, págs. 73-90, Princeton University Press, Princeton and Boston, 2003. Como observa este autor, el trabajo clásico de GARRET HARDIN al respecto —«The Tragedy of the Commons», en *Economic Foundations of Property Law*, Bruce Ackerman, Little Brown &

mente en un sentido económico estricto, sino también en el aspecto biológico, relacionadas con la sobreexplotación. Aunque tales consecuencias son complejas y sutiles, las analizaré distinguiendo dos vertientes, la de la oferta y la de la demanda (25).

2.3.2. Desde el lado de la oferta

Desde el lado de la oferta, un sujeto racional —en el sentido expuesto anteriormente— con derechos exclusivos sobre un recurso, tiene incentivos para invertir en mantenerlo y mejorarlo, pues la exclusividad le permite esperar que los ingresos marginales serán mayores que los costes derivados del mantenimiento y de la inversión, en su caso.

Bajo el régimen de acceso libre, sin embargo, los sujetos racionales apenas tienen —o no tienen en absoluto— incentivos para realizar tales inversiones. Los retornos probablemente serán negativos, pues los inversores no pueden excluir a otros de todos o parte de los beneficios derivados de las mismas. En consecuencia, bajo el régimen de acceso libre, los usuarios prefieren explotar los recursos en su forma natural, sin mejorarlos. Así, por ejemplo, los espacios rústicos de régimen abierto suelen ser utilizados para pasto antes que para plantar árboles frutales. En suma, el régimen de acceso libre se halla asociado con el agotamiento y la desinversión más bien que con la acumulación y el crecimiento económicos.

2.3.3. Desde el lado de la demanda

Desde el lado de la demanda, también se producen consecuencias no deseadas relacionadas con el uso perverso del tiempo y la sobreexplotación de los recursos.

En relación al primer aspecto, cuando un recurso valioso se halla bajo el régimen de acceso abierto, éste es un incentivo para que los sujetos racionales libren entre ellos una carrera para acceder en primer lugar al mismo y apropiarse así del mayor número posible de unidades de recurso mientras sean abundantes. En efecto, la motivación del «ahora o nunca» conduce a los agentes a agotar recursos no renovables sin prestar la debida atención a los ritmos de la

Company, Boston & Toronto, 1975— ha creado una gran confusión al respecto, debido a la utilización indebida del término *commons* para referirse a los recursos en régimen de acceso libre —*open access regime*—. De hecho, sobre el terreno, muchos bienes en régimen de acceso libre son denominados bienes comunes o comunales. Ello facilita la confusión.

(25) BARZEL, Y., *op. cit.*, pág. 94 y sigs.

demanda. Los recursos naturales renovables, tales como los *stocks* de peces, pueden soportar varios niveles de rendimiento sostenible, pero los usuarios en régimen de acceso libre, sistemáticamente, no seleccionan el nivel que maximiza la riqueza colectiva. De hecho, si sus necesidades son mayores que las que permite satisfacer el tamaño del *stock*, y si su tecnología lo permite, los usuarios tienen incentivos para agotar el recurso natural no renovable y bajar el nivel de aprovechamiento económico a cero (26).

Además, bajo el régimen de acceso libre, los efectos externos son importantes. Las externalidades emergen cuando algunas actividades de un agente —v.gr.: A— impone costes o genera beneficios a otros actores, pero ignorando tales efectos a la hora de tomar sus decisiones, porque ni es recompensado si tales actividades generan beneficios ni castigado si generan costes a terceros. Los efectos son completamente externos a sus decisiones.

La teoría postula que, en sus decisiones, los individuos consideran los efectos marginales y tiende a tomar decisiones eficientes —a maximizar la riqueza conjunta—, dado que son responsables de los costes y beneficios que se derivan de sus acciones. Pero bajo el régimen de acceso libre, los individuos no son completamente responsables de sus acciones y, en consecuencia, los resultados son ineficientes y reflejan los valores medios en lugar de los valores marginales.

Por todo ello, cuando un recurso es escaso y el número de potenciales usuarios es grande, los derechos exclusivos suelen ser una condición necesaria para evitar la sobreexplotación (27).

2.4. LA PROPIEDAD COMUNAL: COSTES DE EXCLUSIÓN Y DE GOBERNANZA INTERNA

2.4.1. *Planteamiento*

La propiedad comunal —*common property regimes*— se halla a mitad de camino entre el régimen de acceso libre y la propiedad privada. Es ya una forma de propiedad y, por lo tanto, presenta costes de establecimiento y de mantenimiento, los cuales tan solo se acometerán cuando los ingresos marginales excedan a los costes marginales de hacerlo.

Ambos regímenes —de acceso libre y de propiedad comunal— suelen darse solamente en los recursos naturales, pero no en los productos manufac-

(26) EGGERTSSON, T. *op. cit.*, pág. 77.

(27) Como observa EGGERTSSON T. —*op. cit.*, pág. 88—, un grupo aislado de usuarios podría ser capaz de evitar la sobreexplotación mediante la contratación entre ellos, si no hay amenaza de que entren nuevos usuarios. El aislamiento y la falta de acceso a mercados exteriores, a menudo, han relajado la presión sobre los usuarios en las sociedades tradicionales, y ha permitido resolver de un modo relativamente fácil los problemas de gobernanza interna.

turados. En efecto, la lógica económica sugiere que un sujeto racional no usará su capacidad y sus recursos para generar activos solamente para dejarlos después en régimen de acceso libre. Por ello, en circunstancias normales, no debemos esperar encontrar activos debidos a la acción humana —bienes de capital, de consumo, instrumentos financieros, etc.— en régimen de acceso libre, sino tan solo recursos naturales.

2.4.2. Costes de exclusión

La cuestión que se plantea, entonces, en relación a los recursos naturales es la de determinar por qué, en ocasiones, se nos presentan bajo el régimen de acceso libre, en otras bajo el de propiedad comunal y, en otras, bajo el régimen de propiedad privada.

La respuesta hay que buscarla, como señalé anteriormente, en el valor potencial de un recurso en relación a los costes necesarios para hacer efectiva la exclusión en que la propiedad consiste. Así, cuando un recurso natural es escaso pero su valor permanece limitado de un modo estable, los beneficios potenciales de la exclusión podrían no cubrir los costes de la misma, por lo que el régimen de acceso abierto será más efectivo. En la medida en la que un recurso natural deviene más escaso y correlativamente más valioso, hasta la forma más simple de identificación y de cerramiento deviene interesante. La forma más simple de cerramiento consiste, a menudo, en que un grupo de usuarios locales excluye a los vecinos más distantes.

La propiedad privada sobre la tierra genera algunos costes característicos relacionados con la proliferación de lindes entre las diferentes parcelas. La tesis de la eficiencia predice que la innovación tecnológica para marcar, defender y probar las lindes de las parcelas facilitará una mayor parcelación porque reduce los costes relacionados con el régimen de propiedad privada. En ausencia de tales innovaciones es usualmente más barato usar trabajo y material para cercas para cerrar un terreno amplio que dividirlo en muchas parcelas privadas.

Así parece suceder en la realidad. La invención por Glidden del alambre de espino en 1874 parece que estimuló la subdivisión de parcelas en el oeste norteamericano. Así, en Shasta County, en California, las innovaciones en las técnicas de vallado e irrigación reforzaron el balance coste-beneficio de cercar los pastos y estimularon la parcelación de las tierras de pastos. Inversamente, la viabilidad de la propiedad comunal podría verse reforzada por el advenimiento de videocámaras poco costosas u otras tecnologías que permitieran gestionar el comportamiento de los individuos dentro del grupo (28).

(28) Véase ELLICKSON, R. C., «Property in Land», en *The Yale Law Journal*, 1992-1993, pág. 1315.

La divisibilidad y movilidad de los recursos naturales también generan costes y complican los intentos de dividir los recursos en parcelas individuales de pequeñas dimensiones. Es el caso de la atmósfera, las reservas de petróleo o los bancos de pescado, por ejemplo. Además de los factores físicos, el coste de cerramiento depende de los precios relativos y de las tecnologías de medición, y los cambios en dichos factores puede hacer económicamente racional subdividir un activo en parcelas privadas.

En consecuencia, el régimen de propiedad comunal es eficiente cuando es demasiado costoso —en relación con los beneficios— dividir un *stock* de recursos naturales entre propietarios individuales, y cuando derivan ganancias netas de asignar individualmente el flujo de servicios entre el grupo. De acuerdo con todo lo expuesto, cambios relativamente pequeños en el valor de un recurso natural o en los costes de exclusión, pueden hacer que un recurso natural pase de estar explotado en régimen de acceso libre a estarlo en régimen de propiedad comunal y viceversa (29).

2.4.3. *Costes de gobernanza interna*

Cuando dos o más actores independientes se distribuyen un recurso o sus rendimientos, son necesarias ciertas normas de reglamentación —*gobernanza*— interna para prevenir la sobreexplotación, de un lado, y para asegurar la realización de los trabajos de mantenimiento y mejora del recurso, de otro. El problema de la gobernanza interna es similar al problema del régimen de acceso libre (30).

(29) FIELD, B., *The Evolution of Property Rights*. Kiklos, 1989, 42 (3), págs. 319-45. Citado por EGGERTSSON, T., *Open Access versus Common Property*, recogido en ANDERSON TERRY, L. y MCCHESENEY, F. S., obra colectiva, de la que ellos son editores, *Property Rights, Cooperation, Conflict and Law*, pág. 83, Princeton University Press, Princeton and Boston, 2003.

(30) EGGERTSSON razona esta afirmación del siguiente modo:

«Cuando N sujetos se distribuyen un recurso, las acciones del sujeto A pueden beneficiar o perjudicar a otro sujeto N-1 miembros. Si A, por ejemplo, invierte en un proyecto que beneficia a todos los comuneros, soportará todos los costes y recibirá solamente 1/N de los beneficios. El mismo razonamiento se aplica cuando A contempla la acción que fuere para evitar acciones que impongan costes a la comunidad. En otros términos, el problema de la gobernanza interna tiene todas las características del problema del régimen de acceso libre excepto uno.

Los comuneros pueden excluir a los extraños y controlar el tamaño de N. El control de N provee una oportunidad para crear un sistema de gobernanza interna que especifique derechos y deberes y regule el comportamiento de los comuneros. Los problemas de coordinación y control son análogos a los problemas de regulación del comportamiento individual de los miembros de un cártel, tal como la OPEP, la cual obtiene beneficios subiendo precios y restringiendo la producción. El cártel solamente tiene éxito si puede refrenar los incentivos de los miembros individuales para vender por encima de la cuota asignada a un alto precio. Desde el punto de vista del bienestar, sin embargo, hay una

El problema de la gobernanza interna presenta diferentes aspectos (31). Los propietarios deberían acordar la elaboración de reglas relativas al control de las operaciones diarias, reglas para resolver las disputas, y reglas para impedir los procesos para cambiar la estructura del régimen. Asimismo deben encontrar modos de hacer efectivas tales reglas a un coste razonable, pues el éxito económico a largo plazo requiere que los comuneros desarrollen la capacidad de ajustar las reglas a los cambios externos y también cambiar de régimen cuando las circunstancias lo demanden.

Diversos autores (32) que han estudiado diferentes sistemas de gobernanza interna, concluyen que éstos se ven afectados por factores tales como las características económicas y sociales de los individuos, las formas existentes de organización política a diferentes niveles, el entorno económico, y las características físicas de los recursos.

Tales estudios enfatizan que los acuerdos sobre el establecimiento de las reglas de gobernanza interna, así como el cumplimiento de las mismas son relativamente dificultosos cuando los actores difieren grandemente en sus habilidades productivas, porque los agentes más productivos rehusarán aceptar reglas que igualen los resultados.

3. LA PROPIEDAD PRIVADA SOBRE LA TIERRA

3.1. PLANTEAMIENTO. LA NECESIDAD DE EXCLUSIVIDAD Y DE ALIENABILIDAD PARA QUE LA PROPIEDAD PRIVADA PUEDA CUMPLIR SU FUNCIÓN

Lo expuesto hasta aquí pone de manifiesto por qué la forma más eficiente de explotación de los recursos escasos es, en general, la propiedad privada, cuando es posible, es decir, cuando los costes de establecimiento y mantenimiento de la misma son inferiores a las ganancias derivadas. Ello significa

importante diferencia entre un cártel y un régimen de propiedad comunal. La ruptura de un cártel da lugar a mayor producción y precios más bajos para los consumidores y las ganancias para los consumidores son mayores que la pérdidas de beneficios para los miembros del cártel. La ruptura de la gobernanza interna en la propiedad comunal da lugar a la sobreexplotación, infra inversión, disipación de la riqueza conjunta, y, también, a la destrucción de los recursos naturales». EGGERTSSON, T., *op. cit.*, pág. 84.

(31) Quizá los principales estudios al respecto se los debemos a OSTRUM, E., *Governing the Commons, The Evolution of Institutions of Collective Action*, Cambridge University Press, primera edición, 1990, última impresión —número veintidós— 2008.

(32) Especialmente OSTRUM, E., «Governing the Commons...», *op. cit.* También MCKEAN, M. A., «Success in the Commons: A Comparative Examination of Institutions for Common Property Resource Management». *Journal of Theoretical Politics*, 43, págs. 247-281. Citado por EGGERTSSON, T., *Open Access versus Common Property*, recogido en ANDERSON TERRY, L. y MCCHESENEY, F. S., obra colectiva, de la que ellos son editores, *Property Rights, Cooperation, Conflict and Law*, pág. 85, Princeton University Press, Princeton and Boston, 2003.

que cuanto menores sean tales costes mayor es el número de recursos susceptibles de ser explotados bajo este régimen y mayor el número potencial de propietarios. Ello, además, explica el papel esencial del Estado en relación con la propiedad privada, como expondré posteriormente.

Procede ahora poner de manifiesto cómo lo expuesto hasta aquí es aplicable, en general, a la tierra y a los recursos inmobiliarios.

Como observa ELLICKSON, dado que los seres humanos estamos destinados a vivir sobre la superficie de la tierra, los criterios seguidos para asignar derechos sobre su uso, se convierten en una cuestión central de la organización social (33). La propiedad privada sobre la tierra presenta mayores ventajas, en general, que los otros regímenes, lo que no implica reconocer que, en ciertos contextos puede ser más apropiado el régimen de propiedad comunal. No obstante, la clave de la ventaja del régimen de propiedad privada sobre la tierra, es que es más fácil y menos costoso gestionar los problemas derivados de los linderos que valorar y controlar el comportamiento de los individuos que tienen el privilegio de estar donde están, dentro de un grupo.

Exclusividad del aprovechamiento de los rendimientos del bien y *ius disponendi* —también exclusivo— son características esenciales del derecho de propiedad privada. Si falta alguna de ellas, éste no puede cumplir sus funciones —estimular la realización de inversiones a largo plazo y posibilitar la reasignación permanente de los bienes hacia quienes, en cada momento, se hallan en mejores condiciones de explotarlos más eficientemente—.

A continuación expongo algunos ejemplos de cómo la propiedad privada, cuando es posible, presenta mejores resultados que la explotación en régimen de acceso libre o en régimen comunal. Tales ejemplos ponen también de manifiesto cómo, cuando falla la exclusividad en el aprovechamiento, o no se reconoce la facultad de disposición, no se producen los beneficios derivados de la propiedad privada, precisamente porque, si falla cualquiera de esos elementos, no puede afirmarse, en rigor, que estemos ante un régimen de propiedad privada.

3.2. LOS BENEFICIOS DE LA EXCLUSIVIDAD DEL APROVECHAMIENTO MATERIAL. EVIDENCIAS EMPÍRICAS

El propio ELLICKSON, propone tres ejemplos tomados de la historia de los Estados Unidos, que expongo a continuación, que sirven de evidencia a las afirmaciones anteriores (34). Tales ejemplos hacen referencia, sobre todo, a la supresión de la facultad de aprovechamiento material exclusivo, entendiendo por tal el que correspondería a los dueños.

(33) ELLICKSON, T., *op. cit.*, págs. 1317-1321.

(34) ELLICKSON, T., *op. cit.*, págs. 1336-1341.

3.2.1. *Jamestown*

Fue el primer asentamiento permanente inglés en Norteamérica, un punto de especial interés para la *London-based Virginia Company*. Debido a los peligros que rodeaban a los colonos, éstos construyeron un fuerte. La tierra era poseída en común y se asignaba a todos la misma cantidad de productos sin consideración a su contribución para obtenerlos.

John Smith, el líder más efectivo de la colonia, organizó a los colonos en equipos de trabajo de una docena o más para construir edificios y empalizadas y plantar cien acres de maíz. Cuando Smith estaba ausente, sin embargo, la característica del grupo era la inactividad. La más duradera imagen de Jamestown data de mayo de 1611, cuando Sir Thomas Dale encontró a sus habitantes dedicados a sus «diarios y usuales trabajos, jugando a los bolos en las calles» (35).

Ante tal situación, se parcelaron las tierras y se adjudicaron por periodos de doce años. Pequeños jardines fueron apareciendo poco a poco. Posteriormente, en 1614, el Gobernador Dale comenzó a asignar parcelas de tres acres a los colonos. De acuerdo con John Smith, esta medida multiplicó la productividad al menos por siete.

El *Great Charter* de 1619 culminó la marcha de Jamestown hacia una agricultura descentralizada. Aunque el *Great Charter* preservó algunas tierras en propiedad comunal, su grandeza estriba en que llevó a cabo una amplia distribución de derechos para establecer granjas privadas.

La productividad agrícola mejoró incuestionablemente en Jamestown cuando la tierra fue privatizada. En los casi cuatrocientos años transcurridos desde que se instalaran las granjas privadas en Jamestown, nunca se ha retornado al régimen anterior.

3.2.2. *Plymouth*

La historia de la propiedad privada sobre la tierra en Plymouth, Massachusetts, es paralela a la de Jamestown, excepto que los acontecimientos se sucedieron más rápidamente.

Para financiar su viaje, los peregrinos formaron una *Joint Stock Company* con inversores de Londres. Ante la insistencia de los inversores, los colonos acordaron poner en común tierras, capital y beneficios durante los primeros siete años. De este «*stock* común» los residentes recibirían comida y los medios necesarios para cubrir otras necesidades, y al final del periodo de siete años, la tierra sería dividida en porciones iguales entre inversores y

(35) HAMOR, R., *Discourse of the Present State of Virginia*, 26 (Richmond, 1957) (1615), citado por ELLICKSON, T., en *op. cit.*, pág. 1337.

colonos. Los colonos, inicialmente, cumplieron con el espíritu de este contrato. Aunque construyeron jardines familiares casi desde el principio, colectivizaron el campo inicial y la ganadería. Los colonos tuvieron algunos éxitos agrícolas iniciales, pero fueron incapaces de hacer crecer maíz en el terreno común. A los seis meses de llegar a Plymouth, casi la mitad de la población había fallecido a causa de las enfermedades.

En 1624, los colonos, desviándose del plan de los inversores, asignaron a cada familia entre uno y diez acres de tierra, dependiendo del número de componentes. Ello incrementó la productividad grandemente. Tras la liquidación de la *Joint Stock Company*, la parcelación continuó —hasta veinte acres por cada miembro de la familia— y la productividad también. Como observaba BRADFORD (36):

«La parcelación ha sido un gran éxito. Gracias a ella todas las manos se han vuelto muy industriosas. Se ha plantado más maíz que de cualquier otro modo... las mujeres van ahora al campo, y se llevan a sus niños, a diferencia de lo que sucedía antes».

Otras ciudades en el Massachusetts colonial también tendieron a parcelar sus tierras conforme fue pasando el tiempo. Los colonos, normalmente, comenzaron replicando las formas de tenencia de la tierra que habían conocido en sus pueblos de procedencia en Inglaterra. En muchas ciudades, cada familia recibió un número disperso de parcelas, cada una de varios acres. En algunos casos, estas parcelas fueron utilizadas como fajas de tierra en régimen de acceso libre, siguiendo la tradición medieval. Tras una o dos generaciones de venta de tierra, las granjas familiares, compuestas de terrenos contiguos, comenzaron a sustituir a las parcelas dispersas.

3.2.3. *Salt Lake City*

En julio de 1847 —dos siglos después de estos episodios coloniales y ya metidos de lleno en la era industrial—, alrededor de 1 700 mormones llegaron al Great Salt Lake Valley, bajo el liderazgo de Brigham Young. Especialmente durante los primeros años, la teocracia asignó equipos para una amplia variedad de trabajos públicos, incluyendo un fuerte, canales de irrigación, caminos y lugares de culto. Durante una o dos temporadas, los mormones parecían haberse tomado la agricultura como una tarea colectiva. En parte porque las langostas y los animales en busca de comida dañaron las primeras cosechas, los colonos, se vieron en apuros para alimentarse entre los años 1847-49.

(36) BRADFORD, W., *History of Plymouth Plantation*, 1620-1647, págs. 300-301, citado por ELLICKSON, T., en *op. cit.*, pág. 1338.

Nada más llegar, los líderes mormones comenzaron a planear el despliegue de las calles y de las plazas públicas. Apenas un año después, en septiembre de 1848, distribuyeron lotes urbanos, lo suficientemente amplios para que sirvieran, a la vez, de granjas y de almacén para comestibles, y concedieron derechos de propiedad a cada familia sobre entre cinco y ochenta acres.

Muchas de las granjas que fueron medidas nuevamente fueron unidas en una *Big Field*, con un cercado común, que debía ser mantenido, en la porción correspondiente, por cada granjero. Una vez que las parcelas agrícolas fueron adjudicadas, la producción agrícola se disparó.

Más tarde, Brigham Young intentó establecer más formas de colonización colectiva. El profeta mormón Joseph Smith había predicado un Orden Unido, bajo el cual la riqueza estaría más igualitariamente distribuida de lo que lo estaba en Salt Lake City.

Así lo hizo en Orderville, en el sudoeste de Utah, la cual, inicialmente se caracterizó porque sus habitantes vestían igual, las comidas eran comunales y la empresa era colectiva. En 1880 se cerró el comedor colectivo y tres años más tarde se introdujeron diferencias salariales. En 1885, diez años después, los habitantes votaron por disolver el colectivo.

Aunque estos tres asentamientos pioneros difieren, sus historias, en lo relativo a la propiedad sobre la tierra, son remarcablemente similares. En cada caso, los colonos comenzaron con una propiedad grupal o comunal sobre la tierra, poco después de un periodo comenzaron a parcelar, lo cual incrementó la productividad de la agricultura.

3.3. LA EVOLUCIÓN HACIA LA PROPIEDAD PRIVADA COMO CONSECUENCIA DEL COMPORTAMIENTO COOPERATIVO. UNA EVOLUCIÓN NO ASEGURADA

Todo ello pone de manifiesto, además, como observa PIPES (37), que hay que poner en duda el juicio generalmente aceptado de que todos los derechos de propiedad proceden de apropiaciones realizadas por la fuerza. Efectivamente, el comportamiento racional interviene a menudo para transformar la propiedad común en privada, pues el mercado tiene la tendencia a convertirse en un mecanismo generador de un comportamiento cooperador, que no se aprecia ni se entiende lo suficiente.

Un buen ejemplo al respecto lo suministra HUMBECK (38). Según este autor, cuando se encontró oro por primera vez en California, en enero de 1848, toda California era propiedad del Gobierno federal y no existían reglas

(37) PIPES, R., *Propiedad y libertad. Dos conceptos inseparables a lo largo de la historia*, pág. 128. Turner. Fondo de Cultura Económica, México, 1999.

(38) HUMBECK, J., *Explorations in Economic History*, 14, núm. 3, julio de 1977, págs. 197-226. citado por PIPES, R., en *op. cit.*, pág. 127.

relativas a la explotación de recursos minerales en tierras públicas. Mientras que cientos de buscadores de oro coincidían en las regiones donde había oro, California no contaba todavía ni con un gobierno, ni con tribunales de justicia ni con procedimientos para establecer los derechos de propiedad. No obstante, hubo pocas discusiones porque el territorio era extenso y eran pocos los solicitantes. Pero entre 1849 y 1850, al llegar a California decenas de miles de buscadores de oro, la situación cambió.

En efecto, en 1848, la proporción de tierra que les correspondía a los mineros era tan grande que los derechos sobre las minas tenían un valor relativamente bajo. Si una zona se llenaba mucho, los mineros, simplemente, se iban hacia zonas más altas en busca de un nuevo yacimiento de oro. Sin embargo, al llegar una nueva ola de mineros de California en 1849, los yacimientos de oro se hicieron cada vez más escasos.

Entonces, se convirtió en una práctica común entre los mineros realizar reuniones en las que, por mayoría de votos, se reconocía formalmente el derecho de los solicitantes a explotar un número determinados de pies cuadrados. El derecho era prácticamente equivalente a un derecho de propiedad porque se podía vender.

Este episodio proporciona un ejemplo clásico de cómo la propiedad privada surge mediante consenso común cuando los objetos deseados comienzan a escasear.

Esta evolución, sin embargo, no siempre está asegurada. BURTON (39) pone el ejemplo del desierto de Libia, cuyo territorio, según parece, en la época del Imperio Romano, se hallaba bien poblado de árboles y el pastoreo era productivo, mientras que en la actualidad es un desierto en expansión, sin que, al parecer, se haya producido un cambio climático que explique tales variaciones. BURTON atribuye tal variación al cambio en la regulación jurídica del derecho de propiedad. En la época romana existió un régimen de propiedad privada, como consecuencia del cual cada uno podía excluir a los demás de la parcela de tierra asignada, mientras que el actual régimen tribal es, prácticamente, un régimen de acceso libre, en el que la tierra y los pastos son poseídos en común. La consecuencia es el sobrepastoreo, con la subsiguiente extinción de los pastos y de las escasas fuentes de agua existentes.

3.4. LA DIFICULTAD DE ESTABLECER RÉGIMENES EFICIENTES DE PROPIEDAD PRIVADA

Un ejemplo parecido lo podemos encontrar en España. En efecto, como afirma VICENS VIVES (40), el hecho fundamental de la política económica de los

(39) BURTON, J., en el prólogo a la obra de CHEUNG, S., *El mito del coste social*, Unión Editorial, Madrid, 1990.

(40) VICENS VIVES, J., *Historia económica de España*, pág. 275, ed. VICENS VIVES, Barcelona, 1987.

Reyes Católicos en tierras de Castilla fue la resolución, a favor de la ganadería, del dilema entre ésta y la agricultura, el cual estaba planteado desde comienzos del siglo XIII, resolución esta determinante del atraso español en los siglos venideros, frente al progreso de países como Inglaterra y Holanda.

Las consecuencias de la política fiscal de la Corona española con respecto a la existencia de unos derechos de propiedad eficaces sobre la tierra fueron devastadoras. Como afirman NORTH y THOMAS (41), en el caso de la agricultura, los decretos que favorecían a la Mesta supusieron un auténtico freno para el desarrollo de un derecho de propiedad eficaz sobre la tierra. Como consecuencia de los mismos, pocos eran los incentivos para dedicarse a la agricultura y menos aún para perfeccionarla.

Entre otros decretos, pueden citarse los siguientes (42): 1) La Real Cédula de 1480, la cual ordenaba la desaparición de los cercados construidos por los agricultores en las tierras comunales. 2) La Ordenanza de 1489, llamada de Defensa de las Cañadas, restablecía —ampliados— los límites de las cañadas, al objeto de expulsar de las mismas a los agricultores que se habían establecido en las mismas durante los últimos cincuenta años. 3) El Edicto de 1491, el cual prohibió los acotamientos en el Reino de Granada. 4) La disposición del mismo año, conformada en otros posteriores, autorizando a los pastores a «ramonear», o sea, a cortar los árboles más pequeños para ramonear durante el invierno o cuando escaseaba el pasto. Esta medida, junto con la ausencia de cualquier otra castigando la quema de bosques realizada para favorecer la producción de pastos, presidió la deforestación del país, a pesar del interés demostrado por Isabel la Católica para asegurar la perpetuidad de los bosques. 5) La Ley de Arriendo del Suelo de 1501. Cuando, al aplicarse la Ley de Defensa de las Cañadas, los ganaderos intentaron allanar los campos de los agricultores y los Concejos se defendieron, se dictó la mencionada Ley, en cuya virtud la Mesta podía prorrogar indefinidamente el arriendo de un campo, pagando por él el canon concertado en su origen, y conservar para sus fines toda dehesa ocupada durante unos meses sin enterarse su dueño. Esta última disposición implicaba una presunción de usufructo legal a favor del ganadero, establecida al margen de la voluntad del propietario del predio, que se veía obligado a arrendarlo a un precio irrisorio. Grandes extensiones de Andalucía y Extremadura quedaron así vinculadas a la Mesta y a los intereses de sus dirigentes. Para la agricultura, el resultado no podía ser más desfavorable. 6) El desarrollo de la agricultura se vio aún más dificultado cuando en

(41) NORTH, D. C., y THOMAS, R. P., *El nacimiento del mundo occidental. Una nueva historia económica* (900-1700), pág. 206. Ed. Siglo XXI. Madrid, 1990. Es fundamental, para entender el papel de la Mesta, la obra de JULIOS KLEIN, *The Mesta*, Harvard University Press, 1920. Existe traducción española realizada por C. Muñoz y publicada por Alianza Universidad, cuya primera edición es de 1979. También por la Revista de Occidente, cuya primera edición es de 1936.

(42) VICENS VIVES, J., *op. cit.*, págs. 275-276.

1539 se fijó un precio máximo para el trigo. Durante un siglo de inflación ininterrumpida, las rentas fijas sobre la tierra y los precios máximos sobre el trigo provocaron, como no podía ser de otro modo, una gran despoblación rural, e, incluso, hambre en numerosos lugares (43).

La razón de esta regulación ineficiente hay que buscarla en que las urgencias fiscales del Estado suelen dar lugar a pactos con grupos especiales de interés, con un especial poder negociador, pactos que, a su vez, son la fuente de una regulación ineficiente de los derechos de propiedad (44), lo que, a su vez, es la causa de la falta de crecimiento y de las diferencias observadas en los diferentes grados de desarrollo de economías con niveles semejantes de recursos. Este fue, sin duda, el caso español: la urgente necesidad de ingresos dificultaba esperar unos años para que el fomento de la agricultura diera sus resultados, por lo cual los Reyes Católicos prefirieron seguir la vía cómoda de su predecesores y recaudar dinero de algo tan tangible y fiscalizable como las ovejas (45).

En general, en un contexto de urgencia de ingresos fiscales, no es en absoluto sorprendente que el deseo de aumentar al máximo los ingresos fiscales conduzca muchas veces a la creación de derechos de propiedad que, en realidad, sofocan la expansión económica.

3.5. CONSECUENCIAS DEL NO RECONOCIMIENTO DE LA LIBRE TRANSFERENCIA. EVIDENCIAS EMPÍRICAS

3.5.1. *Planteamiento*

Lo mismo que sucede cuando no hay exclusividad o ésta es muy débil, sucede cuando a pesar de reconocerse la exclusividad del aprovechamiento material del recurso, sin embargo, no se reconoce la libertad de transferencia, pues ello desincentiva igualmente las inversiones e impide la reasignación constante de los activos hacia quienes se hallan en cada momento en mejores condiciones de hacer un uso más eficiente de los mismos.

(43) LIBECAP, G., *op. cit.*, págs. 142-143.

(44) Esta idea aparece desarrollada por NORTH, D. C. y en *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1995, especialmente pág. 53 y sigs. En esta obra el autor sostiene y desarrolla la tesis, fundamental en toda su obra, de que la eficiencia del sistema de derechos de propiedad depende de la eficiencia del sistema político, por lo que se requiere la elaboración de una teoría del Estado.

(45) Véase VICENS VIVES, *op. cit.*, págs. 276-277. Como observan NORTH, D. C. y THOMAS, R. P., de las tres fuentes de ingresos más importantes para la economía española —la Mesta, los pagos procedentes de los Países Bajos y otras posesiones y los tesoros del Nuevo Mundo— dos eran externas. Este hecho configuró el destino de España, *op. cit.*, pág. 202.

3.5.2. Evidencias empíricas

3.5.2.1. Las vinculaciones feudales y el proceso de liberación del suelo

Esta afirmación viene confirmada, en el caso de España, por la experiencia histórica del mayorazgo, la forma usual de vinculación de los bienes entre la nobleza en Castilla. Según Marcos MARTÍN:

«...el régimen de los mayorazgos, al menos en los territorios donde imperaba la legislación castellana, prohibía teóricamente dar la tierra en enfiteusis o realizar contratos de arrendamiento a largo plazo, lo que era motivo de que los campesinos que las tomaban para su cultivo se negaran a introducir mejoras o a emprender cultivos que exigían de un cierto plazo para ser rentables. El mismo proceso de acumulación de bienes en los mayorazgos actuaba como un factor de desinversión en la larga duración, ya que los propietarios, bien por incapacidad o por falta del capital líquido necesario, bien porque las obras y reformas introducidas debían quedar también vinculadas, se abstendían de realizar mejoras, siendo ésta una de las razones principales del envejecimiento de muchos patrimonios amayorazgados y de la pérdida progresiva de la capacidad productiva de los bienes que los componían, algo que los campesinos arrendatarios, preocupados asimismo por obtener la máxima rentabilidad de su explotación con el mínimo coste, difícilmente podían paliar o evitar» (46).

Fenómenos similares podían observarse en los principales países europeos. Precisamente, por ello, como afirman WESENBERG y WESENER (47), una de las características centrales del paso del antiguo al nuevo régimen consiste en lo que denominan la *liberación del suelo*, consistente en liberar a la propiedad sobre la tierra de sus ataduras feudales, convirtiéndola en una mercancía, si bien las viejas restricciones a la transmisibilidad impondrían en los actos a título gratuito, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, no desaparecieron del todo, aunque sí se debilitaron sustancialmente.

Debe ser subrayado que este proceso de liberación del suelo que se produce entre fines del siglo XVIII y el siglo XIX en los diferentes países europeos —Francia, Reino Unido, España, Prusia, Suiza, Austria, entre otros— suele

(46) El mismo autor señala que: «...No hay que olvidar, por último, que la imprescriptibilidad de la propiedad vinculada, su independencia con respecto al libre juego de las fuerzas económicas, determinaba también la imposibilidad de que pudiera ser ejecutada por impago de deudas, defensa legal que se extendía incluso a los delitos de lesa majestad, pues era el titular del mayorazgo en ese momento, y no sus familiares o descendientes, quien se veía privado de sus derechos». MARCOS MARTÍN, A., «Estructuras de la propiedad en la época moderna: evolución y variantes peninsulares», en la obra colectiva coordinada por DE DIOS, S.; INFANTE, J.; ROBLEDÓ, R., y TORIJANO, E., *Historia de la Propiedad en España. Siglos XV-XX*, pág. 123. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999.

(47) WESENBERG, G., y WESENER, G., *Historia del Derecho Privado en Alemania y en Europa*. Ed. Lex Nova, 1998, págs. 298-299.

reflejarse en los modernos códigos civiles que van apareciendo siguiendo la estela del *Code Napoléon*, y todos ellos van acompañados o seguidos inmediatamente por la creación de los sistemas registrales europeos que sustituyen a los propios del antiguo régimen. La liberación del suelo significaba la conversión del mismo en una mercancía, y para que ello fuera efectivo no bastaba con liberar al suelo de las ataduras feudales; era necesario, además, generar la tecnología jurídica adecuada para eliminar las dificultades del intercambio propias de una sociedad impersonal, dificultades de resolución especialmente compleja en el caso de los inmuebles, como expondré posteriormente, las cuales exigían la intervención del Estado en la organización del mercado inmobiliario.

3.5.2.2. La colectivización bolchevique en Rusia (48)

Sin duda alguna, este proceso puede servir de ejemplo tanto de las consecuencias de la falta de derechos exclusivos, como de las consecuencias de la falta de alienabilidad en los ámbitos en los que éstos son reconocidos. En este trabajo pretendo enfatizar este segundo aspecto, sin olvidar el primero.

Un Decreto redactado personalmente por Lenin, aprobado por el Segundo Congreso de los Soviets en octubre de 1917, abolió la propiedad privada sobre la tierra, si bien hizo una excepción temporal con las posesiones comunales de los campesinos, con quienes el nuevo e inseguro régimen no deseaba enemistarse.

Entre 1917 y 1920, toda forma de propiedad privada, excepto las tierras comunales y los modestos efectos personales fue nacionalizada. En 1918, no obstante, el gobierno empleó la fuerza para arrebatar a los campesinos de las comunas todo el grano que el propio gobierno había designado como «excedente». En el caso de los *kulaks* (49) la cosecha entera de grano debía ser expropiada. El comercio, mayorista y minorista, se convirtió en monopolio del Estado. Los inmuebles urbanos fueron expropiados en nombre del Estado. Lenin ordenó que los títulos de propiedad de las tierras, inmuebles, fábricas, etc., fueran reducidos a pulpa.

(48) En este apartado sigo la exposición de PIPES, R., *Propiedad y Libertad. Dos conceptos inseparables a lo largo de la historia*. Turner. Fondo de Cultura Económica, México, 1999, pág. 274 y sigs.

(49) Formalmente, este término definía a aquellos campesinos que contrataban fuerza de trabajo, pero, en la práctica, se aplicaba a todos los habitantes rurales que desafiaban activamente a los bolcheviques. Lenin ordenó el ahorcamiento de algunos cientos de ellos para escarmentar al resto del campesinado. El comercio de cereales y otros productos agrícolas se declaró ilegal. Tales acciones, impensables aun en la época de la servidumbre, sumieron a la Unión Soviética en la más feroz Guerra Civil de la historia del país, en la que cientos de miles de soldados del Ejército Rojo libraron una cruenta guerra contra cientos de miles de campesinos. PIPES, R., *op. cit.*, pág. 274.

En junio de 1918 los grandes establecimientos industriales se convirtieron en propiedad nacional; en los dos años siguientes, las empresas manufactureras medianas y pequeñas, incluyendo los talleres de artesanos, corrieron la misma suerte.

Hay abundantes pruebas de que todo este esfuerzo ambicioso por introducir una economía comunista en la Unión Soviética fue un gran fracaso. En 1920, la producción industrial, comparada con la de 1913, se desplomó en un 82 por 100. La producción de grano disminuyó aproximadamente en un 40 por 100, arrastrando al país al borde de la hambruna.

No obstante, a pesar de la salvaje persecución perpetrada por la policía política, florecía un mercado negro de productos agrícolas y manufacturados. En realidad, se estima que, de no haber sido por el mercado negro de alimentos, la población de las ciudades de Rusia entre 1918 y 1920 hubiera muerto de hambre, ya que el racionamiento establecido por el gobierno, a menudo no más que un par de onzas de pan al día, satisfacía solo una parte de sus necesidades.

A principios de 1921, la dirección comunista se vio obligada a ceder. Para entonces, a la rebelión de los campesinos, extendida por todo el país, se habían unido amotinamientos en la Marina Roja y huelgas en las fábricas de Petrogrado. Ante esta situación, Lenin optó por una retirada temporal y limitada.

La Nueva Política Económica (NEP), inaugurada en 1921, transformó sobre todo la agricultura. Los campesinos fueron reconocidos como dueños de su producción y se les exigió el pago de un impuesto fijo en lugar de las entregas ilimitadas del supuesto *excedente*. Aquella parte de su producción que aún les quedase después de cumplir con sus obligaciones podían venderla en el mercado libre. Estas medidas pacificaron rápidamente al campesinado. Al estar seguros de que sus cosechas no les serían arrebatadas arbitrariamente, los campesinos extendieron la superficie de siembra y, para 1928, la producción de cereales de Rusia casi igualaba los niveles anteriores a 1914.

Aún así, el giro de la política agraria llegó tarde para salvar al país de la peor hambruna de su historia, que se produjo entre los años 1921 y 1922, después de una fuerte sequía. El hambre, unida a la autoimpuesta restricción de la producción y la escasez de semillas, se cobró más de cinco millones de vidas.

La Nueva Política Económica también facilitó el control estatal sobre el comercio y la industria. El gobierno conservó el monopolio sobre el comercio y las exportaciones al por mayor, sobre la industria pesada, los bancos y el transporte, pero hizo concesiones en el terreno de los bienes de consumo. En efecto, se arrendaron las empresas no rentables y se permitió la contratación de mano de obra, y comenzó a circular un rublo nuevo y estable respaldado por el oro.

La «ofensiva socialista», no obstante, continuó en 1928, después de la decisiva victoria de Stalin sobre sus rivales políticos. Su pieza clave fue la colectivización agraria.

El proceso de colectivización, ideado inicialmente por Lenin, nacionalizó todas las tierras cultivables: las parcelas comunales, anteriormente trabajadas por familias, se consolidaron y colocaron bajo la administración estatal. Los campesinos se convirtieron en trabajadores asalariados, a los que se les pagaba en dinero y en productos, y la totalidad de las cosechas pasaron a formar parte de la propiedad estatal. La única propiedad autorizada sobre la tierra era la de pequeños huertos adjuntos a sus cabañas, donde podían cultivar frutales y hortalizas y tener gallinas e, incluso, animales de cría, para consumo personal o para venderlos en los mercados —regulados por el Estado— de las granjas colectivas. Simultáneamente, todas las tiendas privadas e instalaciones fabriles se nacionalizaron. El precio fue la disminución de la vitalidad de todo el país.

El único sector de la economía que mostraba algún vigor era el de la agricultura privada: los treinta y tres millones de parcelas privadas en manos de las familias de las granjas colectivas, cuya extensión era 0,6 acres por término medio y que constituían en conjunto el 15 por 100 de la superficie cultivable del país, produjeron casi un tercio de los productos alimenticios de la Unión Soviética de la posguerra. En 1979, aportaron el 30 por 100 de la carne, vegetales y leche, el 33 por 100 de los huevos, y el 59 por 100 de las patatas.

Obviamente, el desplome de la Unión Soviética a finales del año 1991 tuvo varias causas, pero si —como hay buenas razones para creer—, la razón fundamental fue el debilitamiento de la economía, no es irracional deducir que la ausencia de propiedad privada fue un factor importante y, probablemente, el decisivo. Como afirma PIPES (50), afectó a la economía en dos sentidos. De un lado, la ciudadanía carecía de iniciativa privada para producir más allá del mínimo, ya que sus necesidades básicas estaban garantizadas. De otro lado, de hacer algo más, no serían recompensados significativamente, y, en cambio, podrían sufrir castigos tales como mayores cuotas de producción. Si, pese a todas estas medidas desalentadoras, un ciudadano soviético demostraba iniciativa empresarial, era mal visto por el aparato burocrático, cuyo interés era justamente paralizar tales iniciativas.

De este modo, la concentración de todos los recursos económicos en manos del Estado minó los cimientos de la ética laboral e impidió la innovación.

Lo inevitable de un desenlace semejante había sido previsto desde mucho antes de que el comunismo se pusiera en práctica por David HUME quien, a finales del siglo XVIII, predijo el resultado de los intentos de imponer una «igualdad perfecta»:

(50) PIPES, R., *op. cit.*, pág. 279.

«Distribuyan posesiones para una total igualdad y los diversos grados de arte, cuidado e industria de los hombres romperán inmediatamente esta equidad. O si ponéis freno a estas virtudes, reduciréis la sociedad a la más extrema indigencia; y, en lugar de evitar la miseria y la mendicidad en unos pocos, las distribuiréis, inevitablemente, a toda la comunidad» (51).

3.5.2.3. Los ejidos mexicanos (52)

Antes de la revolución de 1910, la propiedad sobre la tierra en el México rural se hallaba altamente concentrada. Ello ayudó a encender la mecha de la revolución, uno de cuyos líderes, Emiliano Zapata, llegó a personificar la causa de la distribución de las haciendas entre los campesinos.

En los primeros tiempos, las tierras expropiadas eran transferidas directamente a las familias campesinas. Tras unos pocos años, sin embargo, siguiendo una pauta que prefiguró perfectamente las posteriores políticas de las revoluciones rusa y china, el liderazgo revolucionario mexicano mudó el énfasis hacia la colectivización de la agricultura. El sistema del ejido emergió en 1917 de una mezcla de teoría socialista, determinadas percepciones de las tradiciones mexicanas anteriores a la conquista, y el temor de que se volviese a concentrar la propiedad sobre la tierra.

Un ejido es una asociación de campesinos —o de familias campesinas— que solicitan y recibe del gobierno un lote de terreno rural. En 1988, 3,1 millones de familias mexicanas vivían en asentamientos ejidales. Estas tierras, junto con las poseídas en virtud del programa para las poblaciones indígenas, constituyen la mitad del territorio mexicano y dos terceras partes del terreno cultivable. Alrededor del 3 por 100 de los ejidos son gestionadas como granjas colectivas. En relación al 97 por 100 restante, los líderes ejidales conceden parcelas cultivables a cada familia miembro, las cuales son posteriormente tituladas para garantizar el aprovechamiento exclusivo de lo que producen. En todas las poblaciones ejidales, sin embargo, los pastos y los bosques se mantienen apartados de este régimen, siendo terrenos comunales para uso de todos los miembros.

Un ejidatario posee su granja en una especie de concesión, respecto de la cual sus descendientes no tienen derecho a sucederle. Además, en teoría, debe entregar la parcela al ejido cuando se ausenta o deja de cultivar durante un

(51) HUME, D., «Of Justice», en *The Philosophical Works*, IV (Londres, 1882), pág. 453, citado por PIPES, R., en *op. cit.*, pág. 280.

(52) Sigo en este punto las exposiciones de ELLICKSON, T. en *op. cit.*, págs. 1378-1381, y de DE ALESSI, L., «Gains from Private Property: The Empirical Evidence», en *Property Rights: Cooperation, Conflict and Law*, obra colectiva cuyos editores son ANDERSON, T. L. y MCCHESENEY, F. S., Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2003, pág. 103.

periodo indebido de tiempo. Finalmente —lo que más nos interesa en este apartado— el Derecho mexicano prohíbe al ejidatario vender, arrendar o hipotecar su terreno. Restricciones todas ellas que limitan severamente la capacidad de los ejidatarios para invertir y para tomar dinero a préstamo.

Según DE ALESSI (53), las evidencias muestran que los ejidatarios, en relación a los propietarios privados de terrenos similares, realizan inversiones menores en regadíos y otras mejoras de capital, y usan más trabajo.

Según ELLICKSON, (54), el 3 por 100 de los ejidos gestionados como granjas colectivas son relativamente corruptos y están mal gestionados, y la productividad de los pastizales y de los bosques poseídos en común es muy baja. Sin embargo, la productividad de las parcelas explotadas por campesinos individuales o unidades familiares es aproximadamente la misma que la de las granjas privadas de México (55).

Este último aspecto es inconsistente con la teoría económica, la cual predice que las restricciones en la *alienabilidad* disminuirán la productividad, al dificultar las transferencias a los usuarios más eficientes y privando a los propietarios de las posibilidades de acceso al crédito.

No obstante, HEATH (56) ha ofrecido una interpretación del ejido mexicano que reconcilia la teoría con la experiencia. Según este autor, muchos granjeros mexicanos, trabajando desde abajo, han evadido las restricciones de *alienabilidad* que el Estado ha intentado imponer desde arriba. Con vulneración de tales prohibiciones, aproximadamente la mitad del terreno ejidal cultivable se halla arrendado. Adicionalmente, aunque los ejidatarios carecen de capacidad para hipotecar sus tierras, sin embargo, son capaces de tomar dinero a préstamo como muchos de los granjeros privados mexicanos porque el Estado ha creado unos bancos especializados a los que solicitan créditos en nombre del ejido, no como individuos (57).

(53) DE ALESSI, L., *op. cit.*, pág. 103.

(54) ELLICKSON, T., *op. cit.*, pág. 1379.

(55) El propio ELLICKSON advierte que no todos los autores están de acuerdo en esta valoración —*op. cit.*, pág. 1379—. Así, GATES, M., *Codifying Marginality: The Evolution of Mexican Agricultural Policy and its Impact on the Peasantry*, 20, J. Latin Am. Stud. 277 (1988), según la cual, el ejido es un sector económicamente estagnado que ha devenido dependiente de las agencias gubernamentales, las cuales marginalizan a los ejidatarios.

(56) HEATH, J. R., *Evaluating the Impact of Mexico's Land Reform on Agricultural Productivity*, 20, World Dev. 700-706 (1992), citado por ELLICKSON, T., *op. cit.*

(57) En otro orden de cosas, DE VANY y SÁNCHEZ explican por qué el ejido tiende a incrementar el tamaño de las familias. Una familia de mayor tamaño asegura, en mayor medida, el derecho a continuar en la parcela ejidal porque es políticamente más dificultoso desplazarla y porque los niños pueden trabajar la tierra para mantener la concesión de la parcela cuando el padre está enfermo o busca empleo en otro lugar. Es más, precisamente porque el ejido restringe la capacidad para endeudarse y desincentiva la inversión, es mucho más intensivo en trabajo, haciendo que los niños resulten atractivos como fuente de trabajo poco costosa. Los resultados de los test muestran que el ejido está asociado a

En noviembre de 1991, el Presidente mexicano Carlos Salinas de Gortari propuso una reforma constitucional, en virtud de la cual se concedía a cada ejidatario la propiedad de su parcela, con derecho a enajenarla, con una limitación —bien conocida, por otra parte por los propietarios de apartamentos en edificios de Manhattan—: las enajenaciones a los extraños al ejido solo se permitirían previa autorización de las autoridades ejidales.

Aunque el mismo HEATH apoyó tales reformas, sin embargo predijo que tendrían una escasa influencia en la práctica, pues suponían una pequeña diferencia con la realidad de las transferencias informales. Los resultados obtenidos con tales reformas no parecen haber sido especialmente remarcables.

En todo caso, como afirma ELLICKSON, (58), esta historia sugiere que los teóricos comunitarios podrían haber subestimado cuán obstinados pueden ser los miembros de una sociedad instruida para resistir la imposición de restricciones a la *enajenabilidad*.

4. CONSIDERACIONES FINALES

Todo lo expuesto ofrece una explicación plausible a la cuestión de por qué sociedades con niveles similares de recursos pueden presentar niveles diferentes de desarrollo económico, a pesar de décadas de asesoramiento económico y de inyecciones masivas de capital, especialmente tras la segunda guerra mundial; por qué una estructura determinada de derechos de propiedad en una economía tiene una influencia decisiva en el modo en el que los recursos serán utilizados y asignados, así como por qué unos derechos de propiedad débilmente definidos o protegidos podrían ser la explicación por la cual determinadas economías presentan bajos niveles de desarrollo de un modo más o menos preexistente (59).

Como he expuesto anteriormente, los derechos de propiedad privada solamente aparecen —solamente pueden aparecer— cuando la internalización de las externalidades produce beneficios superiores al coste mismo de la internalización, es decir, a los costes necesarios para el establecimiento y funcionamiento de los derechos de propiedad privada, los cuales varían en función de las características físicas de los recursos, de la evolución de las tecnologías de identificación y medición de sus atributos físicos, así como de identifica-

una más alta tasa de matrimonios, una mayor tasa de nacimientos y familias amplias. En consecuencia, el sistema ejidal empuja el crecimiento demográfico, en la misma medida en que hace menos productivo el uso de la tierra, del trabajo y del capital. DE VANY, A. y SÁNCHEZ, N., «Land Tenure Structures and Fertility in Mexico». *Review of Economics and Statistics*, 61 (1), págs. 62-72, citado por DE ALESSI, L., en *op. cit.*, pág. 103.

(58) ELLICKSON, T., *op. cit.*, pág. 1380.

(59) LIBECAP, G., *op. cit.*, pág. 142.

ción de los titulares, de los atributos jurídicos de los derechos, y de la tecnología jurídica disponible para posibilitar el intercambio, venciendo los obstáculos que se oponen al mismo en una sociedad impersonal.

En la medida en que las tecnologías físicas, jurídicas e institucionales disponibles permitan rebajar tales costes, en tanta mayor medida podrá expandirse la explotación de los bienes mediante el régimen de propiedad privada, con todas las consecuencias expuestas.

He expresado también que la parte segunda de este trabajo focalizaría la atención en los problemas con los que se encuentra la instrumentación del intercambio impersonal, propio de una sociedad moderna en el ámbito inmobiliario, especialmente los referidos a la identificación de los titulares y de todos los atributos jurídicos que conforman el contenido exacto de sus *iura in rem*.

La resolución de estos problemas, imprescindible para el desarrollo eficiente del mercado, requiere una compleja ingeniería jurídica e institucional que explica el nacimiento y función del Estado moderno.

Por último, antes de iniciar la segunda parte de este trabajo, considero conveniente reseñar por lo que se refiere a la propiedad inmueble, que, si bien la propiedad privada sigue siendo más o menos habitual en relación a las fincas rústicas, sin embargo, en el ámbito urbano, el aumento de la densidad demográfica junto con el desarrollo de nuevas tecnologías edificatorias ha generalizado la propiedad en régimen de condominio o propiedad horizontal, una mezcla de propiedad comunal y de propiedad privada, en el que los problemas de gobernanza interna aparecen solventados o minimizados mediante la imposición de normas estatales imperativas y, parcialmente, dispositivas. Normas similares rigen el desarrollo de las urbanizaciones privadas (60).

El desarrollo de estos regímenes parece obedecer a la siguiente lógica: mantenimiento del régimen de propiedad privada hasta donde es posible —pisos, locales, plazas de aparcamiento—, e imposición de la propiedad comunal en aquellos ámbitos en los que las propias características de la tecnología edificatoria lo impone: escaleras, ascensores, pasillos de acceso, etc.

(60) Un excelente estudio de las diferentes tipologías edificatorias y de su evolución jurídica y urbanística puede verse en ARNÁIZ EGUREN, R., *Terreno y edificación, propiedad horizontal y prehorizontalidad*, especialmente págs. 109-120. Ed. Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2010.

PARTE SEGUNDA

LA INGENIERÍA JURÍDICA DEL INTERCAMBIO IMPERSONAL

5. LA NECESIDAD DE SEGURIDAD Y DE LIQUIDEZ PARA QUE EL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA PUEDA CUMPLIR SU FUNCIÓN. LA NECESIDAD DEL ESTADO

5.1. PLANTEAMIENTO

Como he expuesto, la justificación de la propiedad privada, tal y como la entendemos, se fundamenta en que, de un lado, incentiva las inversiones a largo plazo y, de otro, permite la reasignación constante de recursos escasos hacia quienes, en cada momento, se hallan en condiciones de hacer un uso más eficiente de los mismos. Lo primero requiere asignar al derecho de propiedad facultades suficientes de aprovechamiento exclusivo y lo segundo, franquear *la libre enajenabilidad*, o, si se prefiere, la *libertad de circulación* (61) del derecho, lo que fundamenta, de un lado, la interdicción de las vinculaciones de la propiedad más allá de ciertos límites, y, de otro, la atribución al propietario del *ius disponendi*, cuyo ejercicio se realiza mediante negocios jurídicos de eficacia real, o bien mediante negocios jurídicos de eficacia obligacional y de finalidad traslativa del dominio —según los sistemas—, pues las transacciones, para ser eficientes, han de ser voluntarias (62). Por ello, la *exclusividad* de

(61) BLACKSTONE expuso concisamente la racionalidad de la alienabilidad consensual de la tierra: «Sucede que lo que deviene inconveniente o poco útil para un hombre es altamente conveniente y útil para otro... Esta mutua conveniencia introdujo el tráfico comercial y la recíproca transferencia de la propiedad por venta». Véase ELLICKSON, R. C., «Property in Land», en *The Yale Law Journal*, 1992-1993, pág. 1375. Como resalta ELLICKSON, la alienabilidad tiene ventajas significativas más allá de los beneficios generados por el comercio. Así, si un propietario tiene el poder de vender, se verá estimulado a trabajar su propiedad con un horizonte temporal amplio —pues, en caso de necesitarlo, podrá desprenderse de la tierra a cambio de un precio—. El poder de hipotecar, el cual es, esencialmente, una promesa condicional de venta, puede capacitar a un individuo con poco capital para adquirir tierra, sí como ayudar al propietario a obtener crédito en condiciones favorables. *Ibidem*.

(62) Es ésta una afirmación general entre los autores de economía institucional. Por todos, véase DNES, A. W., *The Economics of Law. Property, Contracts and Obligations*, págs. 16-17. Asimismo, LEPAGE, H., *¿Por qué la propiedad?*, pág. 85 y sigs. Ed. Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1986. También NORTH, D. C., *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, pág. 53 y sigs., Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1995. Asimismo ELLICKSON, R. C., «Property in Land», en *The Yale Law Journal*, 1992-1993, págs. 1315-1400. No obstante, algunos autores han demostrado que la propiedad comunal puede ser también eficiente en ciertos contextos. Véase, en este sentido, OSTROM, E., *Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, 1990. De la misma autora, *Understanding Institutional Di-*

aprovechamiento material del bien, de un lado, y la *libre enajenabilidad* del derecho, de otro, son, *ambas*, componentes *esenciales* del moderno concepto de propiedad privada que se impone tras el fin del antiguo régimen (63). El aseguramiento de la exclusividad del derecho, tanto en su vertiente de aprovechamiento, como en la de disposición del mismo, explica la necesaria intervención del Estado para que pueda haber, en sentido propio o jurídico, derechos de propiedad, y para que éstos puedan cumplir su función, pues en una sociedad impersonal existe un *trade off* (64) entre seguridad y liquidez de los derechos, que solo puede ser paliado o superado mediante la implicación del Estado. Según cuál sea el grado de implicación, tal *trade off* podrá ser superado o solamente paliado.

versity, Ed. Princeton University Press, 2005. También, OSTROM, E.; GARDNER, R., y Walker, J., *Rules, Games & Common-Pool Resources*, Ed. The University of Michigan Press, 1994. Por otro lado, la voluntariedad es un requisito esencial para que las transacciones *inter privados* sean eficientes, como resulta del denominado *Óptimo de Pareto*. Véase POSNER, R. A., *El análisis económico del Derecho*, págs. 21-22. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1992.

(63) El cambio del antiguo régimen al régimen burgués consiste, precisamente, en el cambio del régimen jurídico del derecho de propiedad sobre la tierra, en gran parte. La propiedad —si es que se la puede denominar así— sobre la tierra en el antiguo régimen era vaga, de contornos difusos, sin aprovechamientos exclusivos recayentes en una sola persona y, en gran parte, amortizada y vinculada, lo que impedía que circulara y que pudiese servir de garantía, todo lo cual era incompatible con las necesidades del sistema de economía de mercado que reclamaba la burguesía. La insistencia en que el *ius disponendi* forma parte esencial del moderno concepto de derecho de propiedad hay que entenderla en contraposición a la situación de vinculación y amortización de la propiedad sobre la tierra característica del antiguo régimen. El *ius disponendi*, en este sentido, debe ser entendido, sobre todo, como una prohibición de establecer prohibiciones voluntarias de disponer más allá de ciertos límites; en definitiva, como una prohibición de vinculación y como una afirmación de la libertad de transferencia que corresponde al propietario de la que no puede ser privado con efectos reales más allá de ciertos límites (art. 781 CC). Sobre la naturaleza jurídica del *ius disponendi* y las diversas posiciones doctrinales al respecto, puede verse Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, T. III, págs. 941-948, Ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008. Asimismo, MONTES, V. L., *La propiedad privada en el sistema de Derecho Civil contemporáneo*, págs. 250-252, Ed. Civitas, Madrid, 1980.

(64) Como expuse en la nota 3 bis, *Trade off* es una expresión característica del análisis económico del Derecho de difícil traducción al castellano. Viene a significar dilema o disyuntiva. Siendo necesarios A y B, si se potencia A disminuye B y viceversa, de modo que se establece entre A y B una relación de proporcionalidad inversa que, en el límite, implica la exclusión bien de A, bien de B. A lo largo del presente trabajo utilizaré repetidamente la expresión *trade off* con este significado.

5.2. EL INEVITABLE *TRADE OFF* ENTRE SEGURIDAD Y LIQUIDEZ DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD EN UN ENTORNO DE CONTRATACIÓN IMPERSONAL

5.2.1. *Contratación personal e información completa: los derechos son simultáneamente seguros y líquidos*

Idealmente, en un entorno de contratación personal o entre personas que se conocen entre sí suficientemente, en el que, además, las transacciones inmobiliarias son escasas, la memoria de cada individuo es, en cierto modo, un *Registro de derechos*, pues conoce las características físicas de las fincas, las circunstancias de cada una de las escasas transacciones habidas y, sobre todo, las características que configuran los derechos de propiedad recayentes sobre la tierra así como la identidad de los titulares.

Por ello, puede afirmarse que la información es completa —o, al menos, suficiente— y que, por ello, los derechos de propiedad sobre bienes inmuebles son, simultáneamente, seguros y líquidos. En efecto, tal contexto no requiere la adopción de medidas dirigidas a garantizar la seguridad de los derechos de propiedad sobre la tierra, especialmente del *ius disponendi* del propietario, medidas tales que se paguen en términos de liquidez, ni viceversa, es decir, la adopción de medidas para facilitar la liquidez que se paguen en términos de seguridad. Por ello, en un contexto de contratación personal los derechos son simultáneamente seguros y líquidos.

5.2.2. *Contratación impersonal*

5.2.2.1. La progresiva aparición de la información incompleta

Conforme aumenta el tamaño del grupo y el número de transacciones, comienzan a surgir asimetrías informativas, pero aún marginales. En tal contexto, quien ose engañar o defraudar utilizando para ello las asimetrías informativas existentes en el margen, si las hay, tiene escasas probabilidades de éxito, y, además, en todo caso, ha de pagar un precio muy alto por ello, en términos de confinamiento reputacional. Puede afirmarse, por ello, que los derechos de propiedad sobre bienes inmuebles siguen siendo seguros y líquidos simultáneamente, ya que existen mecanismos de salvaguardia frente a las eventuales asimetrías informativas marginales, que lo permiten. El nivel de desinformación es escaso y las características del grupo —su aún reducido tamaño— permiten que los derechos sigan siendo, simultáneamente, seguros y líquidos, comenzando a surgir los *trade off* entre ambas exigencias tan solo en el margen.

Los problemas comienzan a surgir cuando el tamaño del grupo, las interconexiones entre los grupos y el número de transacciones aumentan hasta tal

punto que se llega a un entorno de contratación impersonal, caracterizada por el desconocimiento o información insuficiente y, por lo tanto, por la incertidumbre sobre aquellos extremos necesarios para contratar y que, en un entorno de contratación personal, son de conocimiento general y, precisamente por ello, no surge *trade off* alguno entre las exigencias de seguridad, por un lado, y de liquidez, por otro, de los derechos de propiedad.

Ahora bien, en la medida en la que aumenta el tamaño de las sociedades y el tamaño de los mercados, es decir, en la medida en la que aumentan los intercambios y éstos son cada vez más impersonales, la sociedad se va configurando como un *nexo de contratos* impersonales e interdependientes entre sí. El conocimiento de dichas transacciones y la configuración de los *iura in rem* inmobiliarios ya no están difundidos ni se hallan grabados en la memoria individual de cada uno de los miembros de la sociedad. Sencillamente, ya no es posible.

La información de cada individuo es, por ello, cada vez más incompleta sobre los atributos jurídica y económicamente decisivos desde una perspectiva contractual, tales como la identidad de los dueños y demás titulares de derechos reales sobre bienes inmuebles, o sobre las condiciones impuestas contractualmente a los dueños vigentes en sus contratos de adquisición, de tal naturaleza que pueden repercutir sobre posteriores adquirentes.

5.2.2.2. Los riesgos de la información incompleta

Todo ello supone un aumento de las incertidumbres que deben ser despejadas para poder contratar, pues tales incertidumbres suponen un obstáculo decisivo para que propiedad y contrato puedan cumplir una de las funciones que les son propias: la reasignación eficiente de recursos (65). Ello exige vencer dichos obstáculos para poder franquear el camino a la contratación.

Las incertidumbres son de diferente naturaleza y el grado de dificultad para vencerlas varía según la misma. Las incertidumbres, además, son distintas para el vendedor y para el comprador (66).

Para el vendedor, las incertidumbres fundamentales residen en el precio, así como en la probabilidad de que el comprador cumpla con lo acordado, especialmente en el supuesto de que su contraprestación sea de ejecución diferida.

(65) El *ius disponendi* y la libertad de transferencia no solamente sirven a la eficiente asignación de recursos, sino también para estimular la realización de inversiones con un horizonte temporal amplio. En efecto, el dueño se siente más motivado a realizar inversiones a largo plazo si sabe que puede transferir el recurso si así lo desea.

(66) Véase NORTH, D. C., *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, págs. 85-87. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1995.

Para el comprador, el valor del inmueble, expresado en el precio que está dispuesto a pagar por el mismo, está en función de los atributos que se transmiten con la venta. Ciertos atributos del bien pueden ser fácilmente medidos por el comprador: por ejemplo, en el caso de que desee contratar la adquisición de una casa, puede comprobar fácilmente sus dimensiones físicas, si la zona está bien urbanizada o no, si está próxima o no a su lugar de trabajo, si es ruidosa, etc.; otros atributos son más difíciles de comprobar, como, por ejemplo, si tiene vicios de construcción.

Otras incertidumbres difíciles de despejar, en lo que al objeto de este estudio se refiere, son si el vendedor es el titular o cuáles las cargas preferentes en el caso de existir. Todas estas incertidumbres no pueden ser despejadas por el comprador por sí solo porque dependen de la existencia y contenido de contratos anteriores referentes al mismo inmueble, de que el transmitente haya cumplido o no sus obligaciones con la Administración o con otras personas con las que haya contratado, etc. Es decir, son incertidumbres derivadas de la conexión intercontractual, esto es, de las conexiones *inter tertios* derivadas de las conexiones intercontractuales subjetivas referentes al mismo bien. Por ello, no pueden ser despejadas por el comprador por sí solo. Despejar tal tipo de incertidumbres requiere una intervención de terceros, y, si se quieren despejar, sin afectar a la liquidez de los derechos, una intervención del Estado, no solamente normativa, sino también institucional, como expondré posteriormente. Sin esta última, tales incertidumbres podrán ser minimizadas pero no despejadas.

No se trata solo de que el transmitente intente engañar al adquirente haciéndose pasar por dueño sin serlo —fraude de identidad—, sino de supuestos que no necesariamente implican fraude, como, por ejemplo, que no haya cumplido satisfactoriamente para quien le transmitió las condiciones a las que se comprometió en el contrato de adquisición, y aquel vendedor pretenda resolver el contrato, lo cual puede afectar a quien pretende adquirir ahora. Ello hace que el contrato no sea ya una isla habitada solamente por las partes y por el bien, sino una realidad permeable que puede influir en contratos posteriores y, a su vez, verse influenciada por contratos anteriores o conexos (67).

Todo esto configura una realidad compleja que proyecta múltiples incertidumbres sobre el contrato, las cuales pueden determinar la volatilidad del derecho que se cree haber adquirido; en concreto, para el adquirente de un bien inmueble, si está adquiriendo lo que desea adquirir y, además, de un modo irrevocable, salvo por causas imputables únicamente a él mismo, o a otros pero conocidas por él.

(67) A este respecto, véase el interesante trabajo de BERNAD MAINAR, R., «A propósito de una pretendida teoría general de los contratos conexos», en *RCDI*, núm. 720, págs. 1447-1485.

En la medida en la que el sistema institucional consiga blindar —*insularizar*— la adquisición derivada del contrato frente a ese tipo de incertidumbres, derivadas de la conexión intercontractual imprescindible para la concatenación de titularidades, sin vulnerar derechos ajenos o sin imponerles unos costes de protección más elevados, aumentará el valor de los bienes y facilitará la contratación (68).

En un contexto de contratación impersonal, pleno de asimetrías informativas —en torno a v.gr.: identidad de los titulares—, sin embargo, ciertas medidas de defensa características del derecho del propietario, v.gr.: frente a quien ha ejercido su *ius disponendi* sin su consentimiento —usualmente, la acción reivindicatoria—, abusando de la buena fe de un potencial adquirente, dificultan la liquidez del derecho. Inversamente, si se pretende facilitar tal liquidez, protegiendo al adquirente de buena fe sin mayores cautelas, por ejemplo, se merma la seguridad del propietario.

6. LA PERVIVENCIA DE LA REGLA DE REIVINDICABILIDAD ILIMITADA COMO FACTOR CAUSAL DEL *TRADE OFF* ENTRE SEGURIDAD Y LIQUIDEZ DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD EN UN ENTORNO DE CONTRATACIÓN IMPERSONAL

Si la posibilidad de *vindicatio* es una característica consustancial con el derecho de propiedad, y, por *vindicatio* se entiende la protección del *ius disponendi* del *dominus* mediante una regla de propiedad, hay que considerar que tal característica, en un entorno de contratación impersonal, pleno de asimetrías informativas, genera, inevitablemente, una *trade off* entre seguridad y liquidez de los derechos de propiedad, especialmente en el ámbito inmobiliario.

En efecto, la configuración *ilimitada* de la acción reivindicatoria, característica del Derecho común, sin considerar sus repercusiones sobre la circulabilidad del derecho en un entorno de contratación impersonal, pleno de asimetrías informativas acerca de la identidad de los titulares y de la delimitación de los *iura in rem* sobre los bienes, hace que surja, necesariamente, un *trade off* entre lo que denominaremos *seguridad* y *liquidez* de los derechos de propiedad sobre los bienes. Para comprender esta afirmación en todo su alcance, es necesario tener en cuenta lo siguiente:

(68) Por blindaje hemos de entender la evitación de que puedan afectar al adquirente consecuencias derivadas de la conexión intercontractual con terceros a través del contrato perfeccionado con su *tradens* y que él no pudo conocer conforme a las reglas de la buena fe. Este es el mundo propio del Derecho de la seguridad del tráfico, articulado en el ámbito inmobiliario mediante las propiedades normativas de la inscripción de un Registro de derechos. Trata de que la interdependencia contractual genere las menores incertidumbres jurídicas posibles.

Por *seguridad jurídica* del derecho entiendo la concurrencia de dos certezas en quien cree ser titular del mismo: 1) la certeza de que no puede ser privado del derecho que cree haber adquirido —pues esa es la vía ordinaria para ser propietario, la derivativa— por circunstancias que no conoció ni pudo conocer, conforme a las exigencias de la buena fe, que exige ausencia de dolo o de culpa grave, en el momento de la adquisición, y 2) la certeza de que nadie puede disponer del derecho así adquirido sin su consentimiento y de que, si dispone, puede reivindicarlo de quien lo posea, aun cuando sea un tercer poseedor a título oneroso y de buena fe.

En materia de seguridad de los derechos, el mantenimiento de la reivindicabilidad ilimitada en un entorno de contratación impersonal imposibilita la seguridad así definida, pues hace que ambas certezas sean incompatibles, debido a que siempre existe la posibilidad de haber adquirido a título oneroso y de buena fe de persona distinta del denominado *versus dominus*. Por lo tanto, la seguridad jurídica, así entendida, no es posible.

Por *liquidez* del derecho entiendo facilidad del potencial adquirente de despejar las incertidumbres que le embarguen en torno a los atributos económicamente relevantes del derecho que desea adquirir; en nuestro caso, titularidad del derecho y cargas preferentes que pudieran existir. Pero es difícil conseguir la liquidez de un derecho si, a pesar de haber adquirido conforme a las exigencias de la buena fe, el denominado *versus dominus* puede reivindicar su derecho.

A su vez, en materia de liquidez de los derechos, el mantenimiento de la *reivindicabilidad ilimitada* en un entorno de contratación impersonal, genera un *trade off* entre seguridad y liquidez debido a las asimetrías informativas existentes, pero no en un entorno de contratación personal o entre conocidos, carente de tales asimetrías.

Por tanto, el mantenimiento de la reivindicabilidad ilimitada en un entorno de contratación impersonal dificulta la seguridad de los derechos y, además, genera un *trade off* entre la seguridad y la liquidez de los mismos.

Las disfunciones comienzan a sentirse cuando un mecanismo de protección del *ius disponendi*, cual es la acción reivindicatoria, surgido en un entorno de contratación personal, y, por tanto, con información completa —o, en su caso, incompleta solo en el margen— sobre la identidad de los titulares de los *iura in rem* sobre bienes inmuebles y sobre la extensión de los mismos, se mantiene en un entorno de contratación impersonal, y, por tanto, con información incompleta sobre esos atributos del derecho que se desea adquirir.

Como consecuencia de lo expuesto, el mantenimiento de la *reivindicabilidad ilimitada* en un entorno de asimetrías informativas, propio de la contratación impersonal, provocará, en primer lugar, que los derechos adquiridos nunca puedan considerarse seguros y, en segundo lugar, que las medidas que se adopten para incrementar la seguridad de los derechos, lo consigan, en

su caso, a costa de disminuir su liquidez; inversamente, las medidas que se adopten para incrementar la liquidez, lo conseguirán, en su caso, a costa de disminuir su seguridad.

En efecto, si se mantiene la regla de la *reivindicabilidad ilimitada*, la intervención del Estado —incluida, en su caso, la institucional— solo puede conseguir, en el mejor de los casos, disminuir o paliar la virulencia del *trade off* —mediante la introducción, por ejemplo, de un Registro de documentos en el caso de los bienes inmuebles—.

Ello no quiere decir, sin embargo, que el mantenimiento de la reivindicabilidad ilimitada en tal entorno haga que la interacción entre la seguridad y la liquidez de los derechos de propiedad haya de ser necesariamente un juego de suma negativa o, en el mejor de los casos, de suma cero. Puede dar lugar también a un juego de suma positiva: puede incrementar la seguridad del derecho —lo que aumenta su valor—, disminuyendo inevitablemente la liquidez del mismo —lo que disminuye su valor—, pero de modo que el aumento de valor del derecho generado por el incremento de su seguridad sea mayor que la pérdida de valor derivada de la disminución de su liquidez, lo que arrojaría un saldo neto positivo, que es la característica específica de los juegos de suma positiva.

Si, por el contrario, se suprime la regla de la *reivindicabilidad ilimitada*, aumenta la liquidez de los derechos, pero a costa de disminuir la seguridad jurídica del propietario. En este caso, sin embargo, a diferencia de lo que sucede si se mantiene dicha reivindicabilidad, como veremos, la intervención institucional del Estado puede instrumentarse de manera que, por un lado, robustezca la seguridad jurídica del derecho, y, por otro, permita la superación del *trade off* entre seguridad y liquidez y que, por tanto, el aumento de la liquidez de los derechos no suponga una disminución de su seguridad, e, incluso, que conlleve un aumento de la misma.

7. LA NECESIDAD DE INTERVENCIÓN DEL ESTADO PARA LA EXISTENCIA DEL DERECHO DE PROPIEDAD Y PARA LA SUPERACIÓN DEL *TRADE OFF* ENTRE SEGURIDAD Y LIQUIDEZ DEL MISMO EN UN ENTORNO DE CONTRATACIÓN IMPERSONAL. SU FUNDAMENTO

7.1. PLANTEAMIENTO

La intervención del Estado no solamente es necesaria para la superación del citado *trade off*, sino para que haya propiedad en sentido jurídico. Sin Estado puede haber posesión, pero no propiedad. A diferencia de la posesión, el concepto de propiedad exige una autoridad pública de cierto tipo. Por propie-

dad entiendo, a estos efectos, el derecho del *dominus*, reconocido formalmente por la autoridad pública, a explotar los activos excluyendo a todos los demás y a venderlos o a disponer de ellos en la forma que considere conveniente (69). Desde el final del antiguo régimen, esa autoridad pública es el Estado (70).

7.2. FUNDAMENTO DE LA NECESIDAD DE INTERVENCIÓN DEL ESTADO PARA LA EXISTENCIA DEL DERECHO DE PROPIEDAD (71). LAS ECONOMÍAS DE ESCALA EN LA PROTECCIÓN DEL MISMO

En un contexto de escasez de los recursos necesarios para sobrevivir, cada individuo atesora y posee los bienes que puede defender frente a los intentos de los demás por apropiárselos. Y los posee tan solo en la medida y por el tiempo en que sea capaz de defenderlos (72).

Ninguna de estas situaciones son situaciones de *propiedad*, según nuestra concepción: son meras situaciones *de facto* que se mantienen mientras perduran las relaciones de poder de las que surgieron. Cada uno aplica *su propia ley* en la medida en la que puede imponerla a los demás, pero no existe *una ley común* que se imponga a todos.

En tal situación, la lucha por la apropiación de bienes escasos, derivada de la ley de la supervivencia, genera una situación de *conflicto* entre indivi-

(69) En este sentido, PIPES, R., *Propiedad y libertad. Dos conceptos inseparables a lo largo de la historia*. Turner. Fondo de Cultura Económica, pág. 19. México, 1999. Sin dicho reconocimiento formal puede haber posesión —incluso pública y pacífica— o propiedad en sentido económico, pero no propiedad en sentido jurídico. Una situación intermedia se plantea cuando el Estado se limita a definir las reglas que es necesario cumplir para ser reconocido como propietario en caso de conflicto, y se generan situaciones posesorias bajo el supuesto de que el poseedor ha cumplido esas reglas y, por lo tanto, en caso de conflicto, sería reconocido como propietario por el Estado. En estos casos, se podría hablar de propiedad aparente, propiedad contractual o negocial, propiedad presunta, incluso de propiedad en un sentido económico, pero no de derecho de propiedad en sentido estricto pues ésta, de acuerdo con la formulación expuesta, requiere un reconocimiento formal por parte del Estado. La razón estriba en que, sin dicho reconocimiento formal, en caso de conflicto, no está garantizada la protección del derecho mediante una regla de propiedad, sino tan solo mediante una regla de responsabilidad.

(70) NOGUEROLES PEIRÓ, N., «La intervención pública en la gestación y configuración de los derechos reales: el Registro de la Propiedad», en *Teoría y Derecho*, núm. 5, 2009.

(71) Las ideas que se exponen a continuación, así como otras conexas, se exponen más ampliamente en MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., «Estado, Propiedad, Mercado», en *RCDI*, núm. 708, julio-agosto de 2008, pág. 1501 y sigs.

(72) Es esta necesidad de explotación y defensa de los recursos necesarios para sobrevivir la que determina que los individuos se agrupen para disminuir riesgos, estableciendo mecanismos de defensa *ad extra* y de distribución *ad intra* de los recursos escasos. Quien más aporta a la defensa común —el jefe— es quien más se apropia y quien decide, en gran medida, cómo se distribuye el resto entre los demás, de forma desigual para garantizarse lealtades, pero no excesivamente para evitar que se organicen coaliciones que le sean adversas.

duos y grupos. Frente a la situación de *controversia* o de *competencia*, la de *conflicto* se caracteriza porque carece de reglas (73).

En situación de conflicto no hay propiedad, sino tan solo *apropiación* o *detentación*, caracterizada por la incertidumbre sobre su perdurabilidad, porque, a diferencia de lo que sucede con la propiedad, el detentador, al igual que adquiere sus posesiones mediante un acto de fuerza, puede ser privado de las mismas mediante otro acto de fuerza. Del mismo modo que, en su momento, no solicitó ningún consentimiento para apropiarse de los bienes, nadie solicitará su consentimiento para privarle de ellos.

Esta situación ha sido definida por algunos autores como *derechos de propiedad en sentido económico* o *derechos económicos* (74) en contraposición a los *derechos de propiedad en sentido jurídico*, a los que posteriormente me referiré. Estos derechos de propiedad en sentido económico son inestables: valen lo que vale la confianza que despierte su detentador —o líder— en cuanto a su capacidad de vencer cualquier desafío que se le presente; su estabilidad se halla en función de los esfuerzos directos de protección desplegados por sus detentadores, de los intentos de apropiación de otros y, ocasionalmente, de la protección no gubernamental que puedan obtener, formal o informalmente (75).

No obstante, probablemente, los derechos de propiedad privada sobre la tierra comenzaron a surgir de esta forma: cuando los individuos protegieron las áreas de tierra que deseaban mediante el uso de la fuerza, o apropiándose de las tierras detentadas por otros, también mediante el uso de la fuerza, o de la negociación, en su caso, cuando los costes de hacerlo eran inferiores a los beneficios esperados (76).

La defensa individual y personal de los bienes detentados es muy costosa, tanto que no está al alcance de la mayoría de los individuos ni sería rentable en relación a la mayor parte de los bienes, por lo que se impone la asociación

(73) Véase Díez-PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Citando a MERRYLL —*Introducción a la Sociología*, Madrid, 1967, pág. 40— distingue entre competencia y conflicto. El conflicto es una competencia desarrollada con olvido de las reglas, en la que los contendientes buscan el perjuicio del otro o incluso su destrucción. Según Díez-PICAZO, si así fuera, podríamos considerar como beneficiosos socialmente determinados niveles de competencia y perjudicial la transformación de la competencia en conflicto.

(74) Entre otros, ALCHIAN, A., *Some Economics of Property Rights*, «*El Político*» 30, núm. 4, 1965-816-29. Reimpreso posteriormente en ALCHIAN, A., *Economic Forces at Work*, Indianapolis, Ind. Liberty Press, 1977. BARZEL, Y., *Economic Analysis of Property Rights*, Second Edition, págs. 3-4, Cambridge University Press, 200...

(75) BARZEL, Y., *op. cit.*, pág. 4.

(76) Véase DNEs, A. W., *The Economics of Law. Property, Contracts and Obligations*. Thomson-SouthWestern, Canadá, 2005, pág. 16. La necesidad de exclusión surge cuando hay escasez de recursos y mucha demanda —población—, lo cual genera competencia. Se cree que esto ocurre, en el caso de economías predominantemente agrícolas, cuando la densidad de la población rural llega a la cifra de unas 75 a 150 personas por kilómetro cuadrado, lo que indica que existe un cultivo intensivo. PIPES, R., en *op. cit.*, págs. 115-116.

entre detentadores o entre individuos que deseen detentar, ya que permite conseguir grandes economías de escala en los necesarios servicios de protección, lo que hizo conveniente la creación de alguna forma de Gobierno para salvaguardar los derechos de propiedad privada una vez que habían sido más o menos establecidos, esto es, una vez que se habían estabilizado porque se había conseguido un cierto *consenso* sobre las apropiaciones efectuadas y el aprovechamiento de los recursos.

Como argumentan NORTH y THOMAS (77), aunque, ciertamente, ciertos grupos voluntarios pueden proteger derechos de propiedad en una escala reducida, resulta casi inimaginable que se pueda obligar a que sean respetados de forma general sin la autoridad del Gobierno.

En efecto, desde que el nomadismo dejó paso a los asentamientos agrícolas, el hombre encontró dos maneras de adquirir bienes y servicios: podía producirlos o podía robarlos a los demás.

Ante la amenaza de los bandoleros, la respuesta de los productores de bienes y servicios fue invertir en defensa militar. Pero la construcción de fortalezas y el aislamiento de soldados hizo surgir inmediatamente el problema del *free rider*. Como realmente resultaba difícil establecer fortalezas y tropas para proteger a algunos vecinos sin protegerlos a todos, si las contribuciones se establecían sobre una base voluntaria, todos encontrarían más ventajoso dejar que pagase el vecino.

Así pues, la defensa como caso clásico de un *bien público* (78), implicaba el problema de excluir de los beneficios a terceros que no pagaban por ellos. Dadas las ventajas de las economías de escala, la solución más eficaz fue y continua siendo, la creación de una autoridad gubernamental y la contribución obligatoria por parte de todos los beneficiarios.

En ausencia de tales economías de escala, los costes de captura, de protección y de transferencia de los recursos serían prohibitivos, hasta el punto de que no resultaría rentable adoptar medidas de seguridad para la mayoría de los bienes, así como tampoco para la mayor parte de los individuos, sino tan solo para los más fuertes, con lo que gran parte de los recursos necesarios se despilfarraría y la supervivencia estaría al alcance de un menor número.

El resultado sería un sistema económico en el que no existiría un aprovechamiento de los recursos de carácter exclusivo; es decir, un sistema económico altamente ineficiente, ya que todos los sujetos tenderían a desplazar

(77) NORTH, D. C., y THOMAS, R. P., *El nacimiento del mundo occidental. Una nueva historia económica (900-1700)*. Ed. Siglo XXI, Madrid, 1990, pág. 14.

(78) Como es sabido, un bien público es aquel de cuyo disfrute, una vez producido, nadie puede quedar excluido. Por ejemplo, si protegemos un pueblo, no podemos evitar proteger a todos sus habitantes. Conscientes de ello, todos los vecinos tendrán un incentivo para evitar pagar por la defensa del pueblo. Esta situación se conoce como el problema del *free rider*.

o externalizar sus costes sobre los demás, apropiándose únicamente de los beneficios, con el resultado de que el coste social divergiría enormemente de los costes privados, por lo que el sistema acabaría desembocando en una economía de mera subsistencia (79).

Así pues, conforme a lo expuesto, la propiedad privada no habría surgido tanto como una *creación de la ley* —en el sentido de estructura impuesta a la sociedad civil por una autoridad civil exógena—, cuanto como una forma espontánea de orden conformada, en última instancia, por el autointerés (80), que requeriría para su desarrollo la existencia de una autoridad pública, singularmente el Estado.

En este contexto general se suele enfatizar el carácter consensual de los derechos. Así, suele afirmarse que los derechos son asignados sobre la base de un amplio consenso, hasta el punto de que ningún derecho puede existir, a menos que exista un consenso en el grupo al respecto (81).

De acuerdo con este enfoque, el origen de la propiedad en sus diversas formas no sería un fenómeno originariamente gubernamental sino, más bien, un fenómeno de origen social y posterior sanción gubernamental. Ulteriormente, la institución de la propiedad se habría ido modulando lentamente a través del tiempo mediante un proceso en el cual el Estado ha intentado clarificarlo y regularlo. Bajo el Estado, los derechos de propiedad serían, pues, convenciones sociales respaldadas por el propio Estado.

La moderna propiedad privada se concibe, de este modo, como una función del Estado moderno (82), concebido, a su vez, como tercera parte independiente (83), dotada del monopolio del uso legítimo de la violencia, para la defensa

(79) Véase DEMSETZ, H., «Hacia una teoría general de los derechos de propiedad», en *Información Comercial Española*, 1980, págs. 59-66. También ALCHIAN, A. A., y DEMSETZ, H., «El paradigma de los derechos de apropiación», en *Hacienda Pública Española*, núm. 68, 1981, págs. 318-324, y ALCHIAN, A. A., «Reflexiones económicas en torno a los derechos de propiedad», en *Hacienda Pública Española*, núm. 68, 1981, págs. 325-334. También DNES, A. W., *op. cit.*, pág. 16.

(80) SUGDEN, R., «Spontaneous Order», en *Journal of Economic Perspectives*, 3, núm. 4, 1989, págs. 85-97.

(81) FRANK, R. H., «Melding Sociology and Economics: Janes Coleman's Foundations of Social Theory», en *Journal of Economic Literature*, 30, 1992, págs. 147-170.

(82) Para un análisis detallado de esta cuestión, véase MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., «Estado, Propiedad, Mercado», en *RCDI*, núm. 708 (julio-agosto de 2008), especialmente págs. 1505-1523. Según NORTH y THOMAS, el Estado 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. NORTH, D. C. y THOMAS, R. P., *El nacimiento del mundo occidental. Una nueva historia económica (900-1700)*. Ed. Siglo XXI, Madrid, 1990, págs. 157-160.

(83) Es difícil, sin embargo, que el Estado promueva derechos de propiedad eficientes y se comporte como un tercero imparcial. Existe el riesgo claro de que se convierta en un Estado depredador que use su poder, no para fomentar el crecimiento económico, sino

de los derechos que él mismo reconoce (84). A él corresponde el reconocimiento del derecho como tal en abstracto, el establecimiento de las reglas de adquisición del mismo, y la protección de los propietarios que hayan llegado a serlo de conformidad con las mismas. En otros términos, le corresponde no solo el reconocimiento y protección del derecho de propiedad privada en abstracto, sino también la protección concreta de quienes hayan llegado a adquirirlo conforme a las reglas establecidas (85).

para el beneficio de quienes lo dirigen a costa de asfixiar las posibilidades de crecimiento. Para evitarlo, se requiere la presencia de instituciones que controlen efectivamente a quienes dirigen el Estado. Ese es el sentido del Estado de Derecho. Véase NORTH, D. C., y THOMAS, R. P., *op. cit.*, especialmente capítulo 8, y NORTH, D. C., en *Structure and Change in Economic History*, New York, W. W. Norton, 1981, especialmente el capítulo 3: «A Neoclassical Theory of the State». Véase, asimismo, NORTH, D. C., *Understanding The Process of Economic Change*, Ed. Princeton University Press, 2005. 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. En este último trabajo argumentan que la lógica del control de la violencia en las *open access societies* —que corresponden, en líneas generales, a los Estados de Derecho—, incluye tres elementos: 1) La organización consolidada de las fuerzas militares y de policía debe estar sujeta al control del sistema político; 2) el sistema político debe estar constreñido por un conjunto de instituciones y de incentivos que limiten el uso ilegítimo de la violencia, y 3) para que una facción política o partido permanezca en el poder debe contar con el apoyo de los intereses económicos y sociales ampliamente definidos (*op. cit.*, págs. 21-22).

(84) Es esta una idea general dentro de la economía neo-institucional. Además de las referencias de NORTH, D. C., ya citadas, reviste especial interés BARZEL, Y., *A Theory of The State. Economic Rights, Legal Rights, and the Scope of the State*, Cambridge University Press, 2002. Para BARZEL el surgimiento —por razones de economía de escala— de un *force-using protector* común a dos o más individuos, junto con el mecanismo de enforcement que él crea, constituye el fundamento de los *legal rights* (pág. 165). Una visión ligeramente distinta puede encontrarse en EGGERTSSON, T., «Open Access versus Common Property», págs. 73-90, en *Property Rights. Cooperation, Conflict and Law*, ANDERSON, T. L. & MCCHESENEY, F. S. (ed.), Princeton University Press, 2003. Véase, también, ALSTON, L. J. y MUELLER, B., «Property Rights and The State», en *Handbook of New Institutional Economics*, MÉNARD, C. y SHIRLEY, M. M., págs. 573-590. Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2008.

(85) Por «protección de los propietarios» no hay que entender la protección de los propietarios como clase social, sino la protección del sistema de *property rights* que implica la protección de quienes hayan adquirido recursos escasos conforme a las reglas establecidas o reconocidas por el Estado. Cuanto mayor sea el alcance de la intervención del Estado en la definición y protección de estos derechos y más facilite su transferencia, mayor número de propietarios habrá, pues menores serán sus costes de protección. BARZEL, Y., *op. cit.*, pág. 32. Entre nosotros, esta idea ya fue resaltada por PEÑA, en relación a los bienes inmuebles, el cual afirmaba: «El Registro, al dar seguridad a los derechos inscritos, facilita su tráfico y facilita el crédito, y, sobre todo el crédito territorial; ha contribuido, así, al desarrollo de la economía (la construcción, la agricultura, la industria) y también ha facilitado la multiplicación de los propietarios (al contribuir a la seguridad de la adquisición de pisos y locales a plazos)». PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, T. II, pág. 439. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999.

La razón de que el Estado tenga el monopolio de la protección en última instancia —*the organization of enforcers* (86)— hay que buscarlas en las economías de escala: cuanto mayor es el número de clientes de un protector, menor es el coste de la protección, por lo que el número óptimo de protectores es igual a uno (87). Ello, como veremos, permite organizar la protección del derecho de propiedad, en consideración a su *función* (88), de un modo

(86) Esta definición del Estado como *the organization of enforcers* es utilizada por NORTH, D. C.; WALLIS, J. J., y WEINGAST, B. R., en *op. cit.*, pág. 17, para referirse al Estado. Según estos autores, cuanto mayor sea el tamaño de una sociedad, mayor es el conjunto de *enforcers* que debe ser organizado. Teóricamente, sobre este punto, los argumentos pueden seguir dos caminos: el Estado puede ser tratado como un actor singular o como una organización de organizaciones. La mayor parte de los científicos sociales lo consideran como «the organization of the enforcers», tratándolo como una entidad singular que actúa de reguladora, ostentando el monopolio del uso legítimo de la violencia. Como observan estos autores, este planteamiento, si bien simplifica el análisis, omite cómo la dinámica interna de las relaciones entre la élite afecta al modo como el Estado interactúa con toda la sociedad.

(87) Véase BARZEL, Y., en *op. cit.*, pág. 46. Por otro lado, como ponen de manifiesto ANDERSON, T. L. y MCCHESENEY, hay al menos tres razones por las cuales los individuos atribuyen a un agente único —el Estado— el monopolio del uso legítimo de la violencia (*op. cit.*, pág. 196):

1. Un agente independiente con un poder de coerción sancionado colectivamente puede servir de salvaguarda contra los problemas del dilema del prisionero inherentes a los acuerdos privados. En el dilema del prisionero, una parte de un acuerdo puede ganar rompiéndolo si la otra parte permanece en él, y viceversa. Por ejemplo, A y B acuerdan limitar el uso de un recurso de acceso abierto. Si A respeta el acuerdo, B puede ganar expandiendo su uso. Dado que ambas partes tienen un incentivo para romper el acuerdo, éste puede ser roto, y de este modo, se reproduciría la tragedia de los bienes comunes. Recurrir a una *third party enforcer* con el poder de forzar a las partes a permanecer en el acuerdo o de castigar a los incumplidores provee un potencial de ganancias netas suficientes como para organizar un Gobierno.

2. Relacionado con los problemas del dilema del prisionero, la acción colectiva puede hacer surgir el problema del *free-rider* en relación con los pagos necesarios por protección contra las fuerzas exteriores. Es un problema que afecta, en general, a los bienes públicos no exclusivos. La protección de la propiedad frente a las amenazas exteriores, especialmente las relacionadas con las fronteras nacionales, no escapa del problema del *free-rider* porque es difícil proteger a un individuo sin proteger a los demás. La capacidad para resolver el problema del *free-rider* suministra otra justificación económica para obligar coercitivamente a que todos los beneficiarios paguen.

3. A menudo, la acción colectiva puede defender el derecho de propiedad más eficientemente mediante el uso de la fuerza. En muchas situaciones hay economías de escala en el uso de la fuerza. Así, un ejército puede defender mejor un territorio que un número de individuos desorganizados. En este sentido, la atribución al Estado del monopolio del uso legítimo de la violencia se configura como un monopolio natural.

(88) Afirma DE SOTO que no sabemos encontrar el proceso clave que permite convertir el potencial económico de un inmueble en capital. Eso se debe a que ese proceso clave no fue deliberadamente establecido para crear capital, sino con el propósito más sencillo de proteger la propiedad inmueble. A medida que los sistemas de propiedad de los países occidentales fueron creciendo, imperceptiblemente fueron desarrollando diversos mecanismos cuya combinación en un proceso empezó a producir más capital que nunca. En

particularmente eficaz, tanto en lo referente al aprovechamiento del bien, como a la facultad de disponer del mismo, facilitando su circulación —*liquidez*— sin merma de la *seguridad* del propietario.

En cualquier caso, el concepto de propiedad privada —especialmente sobre la tierra y, en general, sobre los bienes inmuebles— se halla estrechamente relacionado con la idea y la realidad del Estado, hasta tal punto que, como ha afirmado NORTH, es esencial elaborar una teoría del Estado porque es él quien especifica la estructura de los derechos de propiedad (89).

Puede afirmarse, por ello, que la propiedad privada, tal y como la conocemos, no es posible sin el Estado. Como ha afirmado OLSON, no hay propiedad privada sin gobierno (90). Ciertamente, puede haber Estado sin propiedad privada, pero no propiedad privada sin Estado. Como he expuesto, ello es así porque los altos costes transaccionales en los que sería necesario incurrir para transferir, capturar y proteger los derechos de propiedad, harían inviables tales derechos para la mayor parte de los bienes.

El ahorro posibilitado por las economías de escala contribuye a posibilitar que la propiedad privada, o, si se prefiere, el sistema de derechos de propiedad, se haga extensible a toda una serie de bienes a los que de otro modo no sería extensible, con las pérdidas consiguientes en términos de productividad y de crecimiento.

La expansión de este proceso, a su vez, interesa sobremanera al Estado en la medida en que posibilita un incremento de sus ingresos fiscales. Ahora bien, por diversos factores, el Estado puede optar por la vía opuesta: la de ser un Estado depredador que limite los derechos de propiedad y asfixie la eco-

Occidente estos mecanismos se usan todo el tiempo, pero la gente no advierte sus funciones generadoras de capital, pues no llevan esa etiqueta. Los percibimos como parte del sistema que protege la propiedad, no como mecanismos entrelazados para la fijación del potencial económico de un activo de modo que pueda ser convertido en capital. DE SOTO, H., *El misterio del capital*, pág. 65. Ed. Península, Barcelona, 2001.

La función de la propiedad es, en efecto, una función creadora de capital, pues eso es lo que se persigue al fomentar las inversiones a largo plazo y la reasignación constante de recursos a quienes muestran ser capaces de usarlos más eficientemente. Esa es, precisamente, la función de la propiedad privada y en esa función se muestra más eficiente —en general— que otras formas alternativas de explotación de los recursos (*commons resources*, *open access fields*, etc.).

Esta perspectiva es esencial para entender que las notas de exclusividad y circulabilidad son esenciales para que la propiedad cumpla su función y que todas las facultades que integran el dominio —esencialmente, las de aprovechamiento material y el *ius disponendi*— se hallan al servicio de esta función creadora de capital, por lo que no se justifican al margen de la misma.

(89) NORTH, D. C., *Estructura y cambio en la historia económica*, Alianza Ed. Madrid, 1994, pág. 22.

(90) OLSON, M., *Poder y prosperidad. La superación de las dictaduras comunistas y capitalistas*, Ed. Siglo XXI, Madrid, 2001, pág. 231.

nomía, como demuestran los análisis históricos de NORTH y THOMAS y la teoría neoclásica del Estado desarrollada por NORTH (91).

Llegados a este punto, ya podemos afirmar que los *derechos de propiedad*, en un sentido muy general, hacen referencia a todo aquello que el Estado asigna a una persona o, si se prefiere, a los derechos reconocidos y protegidos por el Gobierno (92). El concepto de propiedad se halla estrechamente vinculado con la idea de exclusividad en el uso y aprovechamiento de los recursos. En este sentido, POSNER define los derechos de propiedad como *derechos para el uso exclusivo de recursos valiosos* (93). Este es el sentido general que daré a esta expresión a lo largo de este trabajo.

7.3. FUNDAMENTO DE LA NECESIDAD DE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO PARA LA SUPERACIÓN DEL *TRADE OFF* ENTRE SEGURIDAD Y LIQUIDEZ DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD

7.3.1. *Planteamiento*

De todo lo expuesto se deduce que el Estado resulta omnipresente en materia de derechos de propiedad. Por ello, su intervención resulta inevitable

(91) Véase NORTH, D. C. y THOMAS, R. P., *op. cit.*, especialmente capítulo 8, y NORTH, D. C., *Structure and Change in Economic History*. Nueva York, W. W. Norton, 1981. Especialmente el capítulo 3: «A Neoclassical Theory of the State». El poder del soberano está limitado por los costes de agencia y sometido a las restricciones de la competencia. Si el soberano suministra el orden público y otros servicios a precios desorbitados, lo más probable es que su comportamiento provoque el que otros agentes del poder dentro o de fuera del Estado ofrezcan un sistema de impuestos más favorable. La capacidad impositiva se halla también limitada por el problema de los costes de agencia y de medición. Para recaudar impuestos se debe definir y medir la base imponible y se deben liquidar y recaudar los impuestos. Para acometer esta tarea, el soberano deberá delegar en un gran número de agentes, y si es un gobernante racional, tratará de establecer acuerdos que minimicen el coste de la agencia. Si los gobernantes no incurrieran en costes de transacción positivos al proceder a la recaudación de impuestos, preferirían una estructura de derechos de propiedad que maximizara la base imponible. Cuando los costes de transacción son elevados, es frecuente que, por su propio interés, los gobernantes diseñen estructuras adecuadas de derechos de propiedad para que la economía crezca rápidamente.

(92) BARZEL, Y., *op. cit.*, pág. 4.

(93) POSNER, R., *El análisis económico del derecho*. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1998, pág. 37. Traducción de la obra original, *Economics Analysis of Law*. Little Brown & Company, Boston & Toronto, 2.^a ed., 1977. En las páginas que siguen utilizaré indistintamente la expresión *derechos reales* —que en español suele excluir el derecho de propiedad en sentido estricto y referirse únicamente a los derechos reales limitados que el propietario puede conceder a terceros mediante la atribución de una o varias de las facultades que integran su dominio— y la expresión *derechos de propiedad* con un sentido semejante al que tiene la expresión anglosajona *property rights* en el ámbito del análisis económico del derecho, que incluye no solamente el derecho de propiedad, tal y como suelen definirlo los Códigos Civiles, sino también los derechos reales limitados.

para superar el *trade off* entre la seguridad y liquidez de los mismos en una sociedad impersonal, cuya superación —o, al menos, cuyo debilitamiento— es necesaria para que los derechos de propiedad puedan cumplir su función.

7.3.2. *La superación del trade off en el ámbito mobiliario. La suficiencia de la intervención normativa del Estado*

En el ámbito de los bienes muebles tradicionales, por ejemplo, y, especialmente, de las mercaderías, la consecución de dicho objetivo es relativamente sencilla: basta con la derogación de la regla de la *reivindicabilidad ilimitada* para los actos de tráfico —actos entre personas materialmente distintas— realizados a título oneroso y de buena fe, especialmente cuando se ha adquirido de un comerciante. Tal derogación fundamentada en la atribución a la posesión de una especial función legitimadora o dispositiva.

En efecto, tal intervención normativa, por un lado, aumenta la circulabilidad de los bienes muebles, pero, por otro, no incrementa *de facto* los riesgos de pérdida del derecho para el dueño, pues la facilidad con la que los bienes muebles pueden ser ocultados y destruidos, unida a la frecuente carencia de pruebas documentales de las transacciones con los mismos, los hace, de hecho, irreivindicables en buen número de supuestos.

Además, las probabilidades de que haya *iura in rem* concurrentes sobre un mismo mueble son escasas, sobre todo de que haya derechos reales limitados sobre cosa mueble ajena, pues los derechos reales en cosa ajena son un fenómeno casi exclusivamente inmobiliario, por lo que, tratándose de bienes muebles tradicionales, normalmente el poseedor es el dueño, lo que permite sentar el principio de que, tratándose de bienes muebles tradicionales, la posesión de buena fe equivale al título, dotándolo de una especial eficacia cuando se ha adquirido de un comerciante.

Esta fue la técnica utilizada por la *Lex Mercatoria* respecto de los bienes muebles (94). La derogación de la regla de reivindicabilidad limitada para los

(94) La denominada *Lex Mercatoria* es un conjunto integrado de conceptos, reglas y procedimientos, desarrollado por los comerciantes en las postrimerías de la Edad Media para solventar los problemas planteados por la organización del mercado de bienes muebles y mercaderías desde fines del siglo XI hasta comienzos del siglo XIII, el cual incluía, entre otras, las siguientes características: 1. La marcada separación entre el régimen jurídico de bienes muebles e inmuebles. 2. El reconocimiento al comprador de buena fe de bienes muebles de derechos superiores a los del denominado *verus dominus*. Así, en los Derechos alemán y francés, el derecho del comprador —de buena fe— de bienes muebles contra su verdadero propietario se expresa en las máximas *Hand wahre Hand* y *Meubles n'ont pas de suite*. En el Derecho inglés la doctrina queda limitada a las operaciones en el *open market*. En todo caso, para que la regla opere plenamente, es necesario haber adquirido de un comerciante. Véase BERMAN, H. J., *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, pág. 355 y sigs. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1996.

actos de tráfico en los que el transmitente era un comerciante implicaba la introducción de la abstracción causal *inter tertios* como medio de superar las consecuencias negativas para el tráfico jurídico de mercancías de la concepción causal de la *traditio* y, en consecuencia, una inversión de las reglas de protección del derecho adquirido respecto de las establecidas por el Derecho común. En efecto, el denominado *verus dominus*, como consecuencia de la pérdida de la acción reivindicatoria en relación a los terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe, dejaba de estar protegido por una regla de propiedad para pasar a estarlo por una regla de responsabilidad frente a quien le había privado de su derecho, y, a su vez, el adquirente a título oneroso y de buena fe de un comerciante, en el caso de que éste no fuese el *verus dominus*, pasaba a estarlo por una regla de propiedad en lugar de por una regla de responsabilidad frente al *verus dominus*. Tal intervención normativa, por un lado, aumentaba la liquidez de bienes muebles y mercaderías, y, por otro lado, no incrementaba, *de facto*, los riesgos de pérdida del derecho para el dueño, debido a las características concurrentes en los bienes muebles a las que acabo de referirme.

7.3.3. *La superación del trade off en el ámbito inmobiliario. La necesidad de intervención directa —normativa e institucional— del Estado*

7.3.3.1. Las características de los bienes inmuebles

Sin embargo, tratándose de inmuebles, la cuestión se complica. En efecto, éstos no se pueden hacer desaparecer, lo que permite su reipersecutoriedad y, por lo tanto, su reivindicabilidad y, además, su propia naturaleza permite y aún facilita la coexistencia de varios derechos de aprovechamiento sobre los mismos (95) —de hecho, era lo usual en el antiguo régimen— no todos los cuales son visibles por no llevar aparejada posesión o porque la posesión que conllevan puede resultar engañosa como signo de propiedad, porque, además, no siempre lo es a título de dueño. Como observa MORALES MORENO (96), el punto débil de la posesión como signo de propiedad —*publicidad posesoria*

En el Derecho español, véanse los artículos 464 del Código Civil, artículos 85 y 324 del Código de Comercio, y 19 de la Ley Cambiaria y del Cheque, entre otros. Para un mayor desarrollo de esta idea, 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, 2007, págs. 2059-2164.

(95) Sobre las características de los bienes inmuebles, véase ARRUÑADA, B., *Sistemas de titulación de la propiedad. Un análisis de su realidad organizativa*, págs. 46 y sigs. Ed. Palestra, Lima (Perú), 2004.

(96) MORALES MORENO, M. A., en el *Prólogo* a la monografía de JEREZ DELGADO, C., sobre *Tradición y Registro*, pág. 18, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004.

lo denomina él— es que no puede manifestar por sí misma los diversos derechos que pueden concurrir sobre la cosa, especialmente aquellos que no conllevan posesión necesariamente, como la propiedad, o no son susceptibles de ella, como la hipoteca. Como he expuesto, la posibilidad de concurrencia de tales *iura in rem* en un mismo bien es, además, un fenómeno casi exclusivamente inmobiliario.

Considerando tales circunstancias, no se puede conceder a la posesión, en materia de derechos sobre la tierra, un papel tan relevante como en materia de derechos sobre bienes muebles. Si en éstos, propiedad y posesión son funcionalmente lo mismo y, por lo tanto, se puede organizar un sistema de circulación de mercaderías basado en la presunción de que el poseedor es el propietario —porque así suele ser en la realidad— y porque, en los casos en que no lo es, el propietario difícilmente puede evitar que el poseedor se comporte como dueño —ya que, si lo hace, difícilmente se halla en condiciones de ejercitar con éxito la acción reivindicatoria—, sin embargo, no sucede lo mismo tratándose de bienes inmuebles.

Hasta tal punto es así que, como afirma HATTENHAUER, el abandono del sistema causal en el Código alemán se debe a una razón muy práctica, y no solo a un intento de justificar la teoría savigniana de la *traditio* como verdadero contrato: los liberales tenían claro que el intercambio mercantil se había intensificado grandemente como consecuencia de la creciente industrialización, de modo que podía haberse dispuesto de una cosa sin llegar si quiera a verla. La cadena de los anteriores propietarios y poseedores se hacía, así, cada vez más intrincada por lo que resultaba de día en día menos adecuado el derecho del poseedor material momentáneo como signo distintivo de propiedad, por lo que en tal contexto, aceptar la doctrina del *titulus* hubiera originado problemas de prueba insolubles (97).

La tierra, además, no desaparece y, por lo tanto, los derechos de aprovechamiento sobre la misma son reiperseguibles. Adicionalmente, las transacciones sobre bienes raíces suelen estar documentadas. La conjunción de ambos factores facilita el ejercicio exitoso de la acción reivindicatoria. Por último, es más habitual la coexistencia de varios derechos de aprovechamiento sobre los bienes raíces que sobre bienes muebles, especialmente mercaderías. Todo ello desaconseja dotar a la posesión de los mismos efectos que en el ámbito mobiliario.

La aplicación, también, a los derechos de propiedad sobre la tierra de la regla de la *reivindicabilidad limitada*, no puede fundamentarse, pues, en la concesión a la posesión inmobiliaria del mismo alcance jurídico que el conferido por la *Lex Mercatoria* a la posesión mobiliaria.

(97) HATTENHAUER, *Conceptos fundamentales del Derecho Civil*, págs. 54-55, Barcelona, 1987.

La regla de la reivindicabilidad limitada significa que en las relaciones *inter tertios* intermediadas por negocios jurídicos a título oneroso y de buena fe quedan neutralizadas las consecuencias de la concepción causal de la *transacción*, las cuales quedan relegadas a las relaciones *inter partes*. La consecuencia es que, dadas estas condiciones, se produce una inversión de las reglas de protección del adquirente respecto del *verus dominus* en relación a las establecidas por el Derecho común. En consecuencia, el adquirente a título oneroso y de buena fe pasa a estar protegido, en relación al denominado *verus dominus* en el ámbito del Derecho común (98), por una regla de propiedad en lugar de por una regla de responsabilidad.

Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en materia de bienes muebles tradicionales y mercaderías, tal inversión solo puede dar lugar a un juego de suma positiva de ganancia general si, al propio tiempo, se desarrolla la ingeniería jurídica precisa para que, a pesar de dicha inversión de las reglas de protección, no aumenten para el propietario los riesgos de pérdida de su derecho —en relación a los existentes en Derecho común— y, si es posible, disminuyan los mismos, incluidos, en su caso, los costes de conservación. Ello es así porque las características de los bienes inmuebles, a las que acabo de referirme, impiden conferir a la posesión de los mismos una función legitimadora o dispositiva de alcance semejante a la posesión mobiliaria.

Así pues, las características específicas de los inmuebles hacen que la organización de un mercado inmobiliario presente dificultades notablemente mayores que la organización de un mercado mobiliario. En otros términos, la superación del *trade off* entre seguridad y liquidez de los derechos en el ámbito inmobiliario presenta dificultades notablemente mayores que la superación del mismo en el ámbito mobiliario.

Tal superación demanda no solamente una intervención normativa del Estado —derogación de la regla de reivindicabilidad ilimitada, con todas sus consecuencias— sino, además, una intervención institucional del mismo dirigida a facilitar al mercado la identidad de la persona con poder de disposición sobre el derecho, la extensión del mismo, así como los demás derechos limitados recayentes sobre el mismo inmueble sin que ello incremente los riesgos del dueño, respecto de los existentes bajo las reglas del Derecho común, con la finalidad de que la derogación de la regla reivindicabilidad limitada produzca los efectos deseados.

(98) La expresión *verus dominus*, de utilización profusa, hace referencia, en realidad, a quien sería *verus dominus* conforme a las reglas del Derecho común. Este titular, sin embargo, en el ámbito del Derecho de la seguridad del tráfico en el ámbito inmobiliario, instrumentado a través del Registro de derechos, normalmente no sería el titular real, sino un titular simplemente negocial, pues en el ámbito del Derecho de la seguridad del tráfico, para ser titular real o *verus dominus*, son necesarios más requisitos que en el ámbito del Derecho común, a cambio de disminuir los costes de conservación del derecho.

Por ello, solo la intervención directa del Estado en la protección del *ius disponendi*, concebido como una facultad del *dominus* cuya función es posibilitar la eficiente asignación de recursos, mediante la creación de reglas jurídicas y la generación de instituciones públicas adecuadas, permite que los derechos sean jurídicamente seguros y que, además, aumente su liquidez sin merma de la seguridad del propietario, cuando de derechos de propiedad sobre bienes inmuebles se trata.

La superación del *trade off* significa que los derechos son, a la vez, más seguros y más líquidos, y, por lo tanto, más *valiosos*. El anclaje en el *trade off* significa, por el contrario, que las mejoras en seguridad se pagan en términos de liquidez y viceversa. Ello no impide un incremento del valor neto del derecho —como he argumentado anteriormente—, pero lo dificulta debido al lastre que supone la pervivencia del *trade off*.

La intervención del Estado requerida para la superación del *trade off* entre seguridad y liquidez del derecho en el ámbito inmobiliario es *directa*, es decir, una intervención que es, simultáneamente: 1) una *intervención normativa*, consistente en la derogación de la regla de la reivindicabilidad ilimitada para los actos de tráfico, y 2) una *intervención institucional*, consistente en la *publicación* del sistema de transmisión de derechos sobre bienes inmuebles, a fin de que la derogación de la regla de la reivindicabilidad ilimitada en los términos expuestos, pueda cumplir su función específica: dotar de seguridad al propietario y, simultáneamente, suministrar a adquirentes y acreedores información completa sobre titularidad y cargas preferentes sin necesidad de tener que contar para ello con la colaboración del transmitente o de terceros privados para adquirir tal conocimiento.

7.3.3.2. Intervención normativa: la derogación de la regla de la reivindicabilidad ilimitada, su sustitución por la abstracción causal *inter tertios* y la consiguiente inversión de las reglas de protección de la propiedad

La intervención normativa del Estado consiste en la derogación, en materia inmobiliaria, de la regla de la reivindicabilidad ilimitada propia del Derecho común, de modo semejante a lo establecido por la *Lex Mercatoria* en las postrimerías de la Edad Media en relación a los bienes muebles y, especialmente, a las mercaderías adquiridas de un comerciante mediante un acto de tráfico, es decir, a título oneroso y de buena fe.

La regla de la reivindicabilidad limitada, como he expuesto, significa que en las relaciones *inter tertios* intermediadas por negocios jurídicos a título oneroso y de buena fe quedan neutralizadas las consecuencias de la concepción causal de la *traditio*, las cuales quedan relegadas a las relaciones *inter*

partes. O lo que es lo mismo, significa la *abstracción causal inter tertios*. El efecto consiste en que, dadas estas condiciones, se produce una inversión de las reglas de protección del adquirente respecto del denominado *versus dominus* en relación a las establecidas por el Derecho común. En consecuencia, el adquirente a título oneroso y de buena fe pasa a estar protegido, en relación al denominado *versus dominus* del Derecho común, por una regla de propiedad en lugar de por una regla de responsabilidad.

En efecto, bajo la regla de la reivindicabilidad limitada, 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 (99)— 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.

(99) 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 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. 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 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.

Para que tal inversión de las reglas de protección produzca los resultados deseados —superar el *trade off* entre seguridad y liquidez del derecho, sin, al menos, disminuir la seguridad del mismo— es necesario arbitrar un sistema que suministre a los potenciales adquirentes un legitimado para disponer, por ser el dueño —o alguien autorizado por el mismo—, y, de no serlo, porque el denominado *verus dominus* conforme a las reglas del Derecho común, ha permitido que aparezca como tal quien no lo es.

La instrumentación de un sistema tal es necesario porque en materia inmobiliaria no puede atribuirse a la posesión el mismo alcance jurídico que en materia mobiliaria, debido a diversas razones entre las que destacan las características específicas de los bienes inmuebles. Tal sistema debe, al propio tiempo, despejar las incertidumbres del tercer adquirente de buena fe sin aumentar los riesgos del propietario de verse privado de su derecho sin su voluntad.

Por esta razón, la intervención normativa del Estado, consistente en la derogación de la regla de la reivindicabilidad ilimitada en materia inmobiliaria, con todas sus consecuencias, debe ser complementada con una intervención institucional dirigida a suministrar a los potenciales adquirentes la identidad de la persona o personas con poder de disposición, así como la extensión de los *iura in rem* recayentes sobre el inmueble lo que es imprescindible para que tal derogación pueda producir los resultados deseados, esto es, la superación del *trade off* entre seguridad y liquidez de los derechos de propiedad en el ámbito inmobiliario.

7.3.3.3. Intervención institucional: la *publicación* del sistema transmissivo inmobiliario mediante la introducción del Registro de derechos. La conversión de los inmuebles en «bienes de búsqueda»

7.3.3.3.1. Planteamiento general

La intervención institucional del Estado complementaria de la intervención normativa descrita —derogación de la regla de *reivindicabilidad ilimitada* con todas sus consecuencias— consiste, esencialmente, en la *publicación* del sistema transmissivo, mediante la introducción del Registro de derechos. Tal *publicación* (100) del sistema transmissivo es necesaria para que la propiedad

(100) Empleo la expresión *publicación* del sistema transmissivo, en el mismo sentido en el que se habla de nacionalización del sistema de salud o del sistema educativo, por ejemplo. En todos estos casos, hay una implicación directa del Estado para satisfacer esas necesidades. En el caso de la salud, mediante la creación de hospitales públicos servidos por funcionarios públicos. En el caso de la educación, mediante la creación de escuelas y universidades públicas servidas por funcionarios públicos. En el caso del sistema transmi-

privada sobre la tierra y sobre los bienes inmuebles, en general, pueda cumplir una de sus misiones legitimadoras, cual es la de posibilitar una permanente reasignación de recursos hacia quienes en cada momento se hallan en condiciones de explotarlos más eficientemente. Esta misión exige una transferibilidad ágil sin merma de la seguridad de los derechos, lo cual deviene harto dificultoso en un entorno de contratación impersonal. La consecución de dicho objetivo exige lo que propongo denominar una *publicación* del sistema transmisivo.

Soy consciente de las prevenciones que puede suscitar la utilización de un término de este tipo. Por ello, me parece necesario aclarar, de entrada, que *publicación del sistema transmisivo* no significa que el *ius disponendi* deje de pertenecer al *dominus* y, en ese sentido, deje de ser privado, para pasar a pertenecer al Estado, y, por tanto, pase a ser público, ni nada semejante.

La *publicación* del sistema de transmisión inmobiliaria que conlleva la introducción del Registro de derechos tiene dos significados complementarios.

7.3.3.3.2. De la titularidad negocial a la titularidad registral

En primer lugar, significa la intervención activa del Estado en el proceso adquisitivo de bienes inmuebles dirigida a posibilitar la obtención de títulos de propiedad de eficacia universal *ex ante*, es decir, sin necesidad de contención ni de usucapión.

En efecto, bajo la égida del Derecho común, el Estado se limita a promulgar las reglas que es necesario seguir para llegar a ser propietario, manteniendo la regla de la reivindicabilidad ilimitada. Incluso cuando complementa tal esquema normativo con una intervención institucional —Registro de documentos—, ésta queda limitada a establecer determinadas exclusiones —*inoponibilidad* (101)— o preferencias —el denominado *efecto*

sivo inmobiliario, mediante la creación de registros de derechos, que son registros públicos servidos por funcionarios públicos. El hecho de que la especial naturaleza de su función aconseje un régimen organizativo particularizado, no debe introducir confusión al respecto. La expresión *publicación* o *estatalización* del sistema transmisivo inmobiliario transmite una idea más adecuada acerca de la función del Registro de derechos que la expresión *publicidad*, más adecuada para referirse a la función propia del Registro de documentos, pero desorientadora para referirse al Registro de derechos.

(101) Descartada la no adquisición como sanción a la falta de publicación, caben otro tipo de sanciones, de entre las cuales destaca la conocida con el nombre de inoponibilidad —*inopposabilité*—. Esta sanción viene establecida en el artículo 30 del Decreto-Ley de 4 de enero de 1955. Significa que el acto —o resolución— no publicado o publicado tardíamente, sin perjuicio de producir plenos efectos *inter contrahentes*, solo producirá plenos efectos frente a terceros desde la fecha de su publicación, que pasa a ser la relevante a estos efectos. Mientras tanto, tales terceros pueden desconocer la existencia de tal acto —o resolución—, pues, siendo la función fundamental de la publicidad registral, la de darles a conocer la existencia de tal acto o resolución, los mismos no han sido publicados y, por lo tanto, a sus efectos, es como si no existieran. En otros términos, la no publicación

relativo (102) de la publicación en el sistema francés, por ejemplo— de determinados documentos en relación a otros cuando varias personas pretenden un mismo derecho de propiedad sobre el mismo inmueble.

Bajo la égida del Derecho común, en un contexto de contratación impersonal, los adquirentes nunca pueden estar seguros de haber cumplido las reglas necesarias para poder ser propietarios, especialmente, la de haber adquirido del *verus dominus*, debido a las asimetrías informativas existentes. El adquirente deberá guiarse por determinadas apariencias —por ejemplo, pública y pacífica posesión del transmitente, documentos exhibidos, consultas con vecinos, etc.—, ninguna de las cuales es concluyente, para decidir si, a su juicio, el transmitente es *dominus* y, en consecuencia, si contrata con él. En el caso de hacerlo, el contrato solo produce efecto *inter partes*, y, por tanto, no vincula al *verus dominus* si no es el transmitente. No tiene la posibilidad de obtener un título con eficacia *erga omnes* (103) ...salvo la usucapión o purga, cuyas exigencias son incompatibles con las exigencias del mercado. Incluso, en el caso de vencer en juicio a un tercero que reclame su derecho alegando un título distinto al alegado por el adquirente, la sentencia solo produciría efectos *inter partes*, no *erga omnes*.

Bajo la égida del Derecho común no es posible, por tanto, obtener un título respaldado por el Estado de eficacia *erga omnes*, ni con ni sin contención, salvo la usucapión, cuyas exigencias son incompatibles con las necesidades del mercado.

La introducción de la regla de la *reivindicabilidad limitada* en el ámbito inmobiliario, instrumentada mediante el Registro de derechos, por el contrario, posibilita la obtención *ex ante* —es decir, sin necesidad de contención y de usucapión— de un título de propiedad —título respaldado por el Estado, por tanto— de eficacia universal (104).

de un acto lo hace inoponible respecto al titular negocial que publica su título. Lo no publicado es inoponible a lo publicado. No todos los actos o resoluciones requieren, sin embargo, publicación para ser oponibles en los términos expuestos. Según la mayor parte de la doctrina, ésta sería la función en España del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, lo cual es admisible en la medida en la que haya propiedad no inscrita, y solamente en relación a la misma. Si toda la propiedad estuviere inscrita, tal precepto carecería de significación práctica.

(102) Se trata de una regla equivalente a la de prioridad en los registros de documentos, introducida por el Real Decreto de 4 de enero de 1955, si bien no juega en todos los casos, ni con la misma amplitud.

(103) Sería más correcto afirmar que, en realidad, no puede estar seguro de tener un título de eficacia universal. Para ello bastaría poder estar seguro de haber adquirido del *verus dominus*, lo cual no es posible... salvo usucapión, y, además, estar seguro de que no hay causas que puedan afectar a la conservación del derecho adquirido como consecuencia de las conexiones intercontractuales precedentes al mismo bien, lo cual tampoco es posible en un contexto de contratación impersonal.

(104) En un registro de derechos, la inscripción es un título de eficacia universal en todo caso, es decir, no solamente respecto de terceros adquirentes —usualmente a título

La expedición de tal título de propiedad de eficacia universal requiere la concurrencia de dos requisitos: *a)* uno *ex ante*, cual haber adquirido negocialmente de un titular con poder de disposición reconocido como tal por el Estado a través de la inscripción correspondiente, y *b)* otro *ex post*, cual obtener el reconocimiento por el Estado del derecho negocialmente adquirido del anterior titular reconocido por el Estado, mediante la obtención, a su vez, de la correspondiente inscripción.

Suele exigirse que el negocio jurídico celebrado entre el titular reconocido por el Estado —titular inscrito— y quien aspira a ser reconocido como nuevo titular por el Estado tras la superación del procedimiento registral —*titular meramente negocial* hasta que eso ocurra— sea un acto de tráfico, a título oneroso y de buena fe para que opere la regla de la *reivindicabilidad limitada*, la cual, como sabemos, conlleva una consecuencia de largo alcance cual es la inversión de las reglas de protección del *ius disponendi*, en relación a las establecidas por el Derecho común.

Esta exigencia de conjunción de ambos requisitos es imprescindible para que dicha inversión de las reglas de protección de la titularidad adquirida produzca un incremento de la liquidez del derecho sin merma de su seguridad, pues el cumplimiento de tal exigencia permite eliminar las asimetrías informativas existentes en el ámbito inmobiliario en relación a la identidad de los titulares y extensión de los *iura in rem* sobre los bienes que se desean adquirir, lo cual es imprescindible para que la inversión de las reglas de protección produzcan el resultado deseado, a saber: incrementar la liquidez del derecho sin merma alguna de su seguridad, o, más precisamente, incrementando, al propio tiempo, la seguridad del propietario.

oneroso y de buena fe, como sucede en nuestro sistema— sino también respecto del transmitente, y ello con independencia de que la inscripción tenga o no eficacia constitutiva *inter contrahentes*. Es decir, con independencia de que la inscripción sea exigida como requisito para que el adquirente quede protegido frente al transmitente con una regla de propiedad. En efecto, lo característico del Registro de derechos es la fe pública registral, y, una vez introducida esta propiedad normativa de la inscripción e inscrita una propiedad inmobiliaria, para que el titular registral pierda el poder de disposición se requiere que el adquirente inscriba, como veremos. En este sentido, la inscripción suministra un título que afecta también al transmitente, aun cuando no sea exigida como requisito constitutivo *inter contrahentes*. No hay que confundir el carácter constitutivo *inter partes* de la inscripción con el hecho de que la fe pública registral opere también en las relaciones *inter contrahentes* —*immediate indefeasability*— como sucede en algunas jurisdicciones, en lugar de solamente en las relaciones *inter tertios* —*deferred indefeasability*—, como sucede en otras jurisdicciones, como la española. La primera modalidad es característica del sistema Torrens, si bien se están introduciendo excepciones, tanto en Australia, como en Nueva Zelanda y en algunos estados de Canadá, concediendo al juez la facultad de decidir si la *indefeasability* opera *inter partes* o no, debido a los numerosos casos de fraude de identidad detectados, especialmente durante la época de las denominadas hipotecas *subprime*. En España, y también en Alemania pese al carácter abstracto del negocio transmissivo y al carácter constitutivo *inter partes* de la inscripción, la fe pública registral tiene tan solo eficacia *inter tertios*.

Ello se consigue mediante la atribución a la inscripción del efecto fe pública registral o de incorporación del derecho al asiento —en términos similares a la incorporación de los derechos al documento tabular en materia cambiaria—. En virtud del mismo, en las relaciones *inter tertios*, el derecho existe en los términos en los que aparece reconocido y descrito por los asientos registrales, es decir, por el Estado, sin que puedan afectar a un adquirente a título oneroso y de buena fe circunstancias relativas a la titularidad y extensión del derecho inscrito, distintas de las que consten en la propia inscripción, salvo —pocas— excepciones, las cuales solo pueden establecerse expresamente en una norma con rango de ley. Dicha propiedad normativa, convierte así a la inscripción en un *título valor*, en tanta mayor medida cuanto menos sean las excepciones que imponga la ley al efecto fe pública registral (105).

La atribución a la inscripción del efecto o propiedad normativa conocido como fe pública registral —característica definitoria de un Registro de derechos— tiene, a los efectos que nos interesan, dos importantes consecuencias.

En primer lugar, la imposición de una *simetría informativa funcional* entre transmitente y adquirente. En efecto, al adquirente que reúne los requisitos exigidos no le pueden afectar las vicisitudes causales derivadas de negocios precedentes, como consecuencia de la abstracción *inter tertios* que impone la inscripción y que conlleva la protección del adquirente que inscriba su adquisición mediante una regla de propiedad, frente a las vicisitudes causales precedentes que no consten en la inscripción o que, aun constando, no tengan naturaleza real, salvo que aparezcan garantizadas por alguna garantía real que conste en la inscripción, lo cual incluye los actos dispositivos de su derecho realizados con anterioridad por el titular registral a favor de personas que no han solicitado la inscripción (106).

(105) Desarrollo ampliamente esta tesis en 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, 2001, págs. 2059-2161.

(106) Hablo de simetría informativa funcional porque el efecto fe pública hace que, en relación a los atributos a los que se refiere, transmitente y adquirente gozan de la misma información, pues nada que no conste en el Registro puede afectar al adquirente, salvo que éste lo conozca, en los casos en los que se exige buena fe, como es el caso de España —art. 34 LH de 1944—. En el caso de Alemania, la *Gutgläubenswirkung*, o efecto de fe pública registral, el cual posibilita una adquisición irrevocable por un tercero de buena fe que adquiera confiado en el contenido registral, viene establecida en el parágrafo 892 BGB se presume correcto el contenido del Registro a favor de aquel que adquiere mediante negocio jurídico un derecho sobre un inmueble o un derecho sobre tal derecho, a no ser que se haya inscrito una oposición —*Widerspruch*— frente al contenido del Registro o sea conocida por el adquirente la incorrección del mismo. La jurisprudencia alemana viene exigiendo que el negocio jurídico sea de tráfico y a título oneroso. Por ello, la principal diferencia entre los sistemas alemán y español, en lo relativo a la fe pública registral, radica en el distinto alcance de la buena fe exigida. Mientras en Alemania es una buena fe equivalente a falta de conocimiento, en España, los tribunales tienden a mantener un criterio más amplio.

En segundo lugar, tiene una consecuencia que explica lo anterior: el titular registral, mientras siga siéndolo, conserva el *poder de disposición* sobre el derecho inscrito, con independencia de que la legislación confiera o no carácter constitutivo *inter partes* a la inscripción. Ello es inevitable, pues ser titular registral en un Registro de derechos significa ser el titular reconocido por el Estado y, por tanto, mientras se ostente esta cualidad, se tiene el poder de disposición sobre el derecho.

Así, si A, titular inscrito, dispone de su derecho a favor de B, y éste no inscribe, B será mero titular negocial, pero A seguirá siendo el titular registral, es decir, el titular reconocido por el Estado. Si A vende a C que inscribe, C ha adquirido del titular reconocido por el Estado y, a su vez, ha sido reconocido como tal por el Estado, lo cual le confiere el poder de disposición.

Aunque se adquiera de un titular registral, si no se inscribe el derecho negocialmente adquirido, la adquisición efectuada es meramente negocial y, por lo tanto, solo está protegida por una regla de responsabilidad frente a los actos dispositivos realizados por el titular registral a favor de quien, a su vez, inscriba el derecho negocialmente adquirido a título oneroso y de buena fe. Ello es así porque la celebración de un negocio jurídico de finalidad traslativa por el titular registral supone el ejercicio de su *ius disponendi*, pero no la extinción del mismo. Esta solamente se produce con la inscripción a favor del adquirente. Por eso, mientras el adquirente no inscriba, su adquisición solo queda protegida por una regla de responsabilidad frente a los actos dispositivos realizados por el titular registral a favor de quienes sí inscriban. Y este efecto se produce independientemente de que la legislación exija o no la inscripción como requisito de la transmisión *inter partes*. Para ello, basta con que el ordenamiento introduzca el efecto fe pública registral.

Ordinariamente, para que se produzcan tales efectos, los diferentes sistemas transmisivos dotados de registros de derechos exigen que el negocio adquisitivo sea un acto de tráfico, a título oneroso y de buena fe, aunque no siempre ha sido así (107). En nuestro sistema, tales exigencias aparecen recogidas por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Por ello, no es correcto afirmar, en presencia de un Registro de derechos, que el primer adquirente de un titular registral que, sin embargo, no inscribe su adquisición es el *verus dominus*, mientras que el segundo adquirente que sí la inscribe es un titular *meramente registral*. Por el contrario, el primero es un *titular meramente negocial* —su titularidad se halla protegida solo mediante una regla de responsabilidad—, mientras que el segundo, es el *ti-*

(107) Tal requisito no venía exigido, por ejemplo, por la Ley Hipotecaria de 1861. Se introdujo posteriormente. No es claro, ni mucho menos, que deba ser un requisito exigible, desde una perspectiva de política legislativa. No desarrollo este aspecto, a mi juicio de gran importancia, por quedar al margen del objeto de este trabajo.

tular real, pues su titularidad se halla protegida por una regla de propiedad. El uso de una terminología tal solo es explicable como consecuencia de la pervivencia de los esquemas mentales propios del Derecho común.

Tampoco parece admisible afirmar que uno de los efectos característicos del sistema registral de derechos es la *oponibilidad* del título inscrito frente al no inscrito, y ello con independencia de que la legislación exija o no la inscripción como requisito de la transmisión *inter partes*, en sustitución de o además de la *traditio* (108).

En efecto, en el Registro de documentos sí es correcta tal afirmación, porque ese es su efecto: hacer oponible el título inscrito frente al no inscrito.

En el caso del Registro de derechos, sin embargo, no es exacta porque la inscripción es un pronunciamiento estatal de reconocimiento de la titularidad a favor de una persona, inmunizándola, además, frente a las vicisitudes causales derivadas de las conexiones intercontractuales precedentes referentes al mismo bien, si se dan los requisitos exigidos para ello. La inscripción no contiene un título inscrito sino una resolución del Estado dictada tras un procedimiento —el procedimiento registral— en el que el documento que acredita la celebración del negocio sirve como prueba relevante, aunque no única, dentro de dicho procedimiento (109). La inscripción no hace inoponible un documento frente a otro, sino que atribuye un derecho con eficacia *erga omnes*.

Dicha eficacia *erga omnes* se halla protegida por una regla de propiedad cuando se dan todas las circunstancias requeridas —las cuales he descrito anteriormente— para que opere el efecto fe pública registral. Si falta una de ellas, singularmente, que no se ha adquirido de un titular inscrito, dicha eficacia *erga omnes* se halla protegida solamente por una regla de responsabilidad reforzada, pues la inscripción confiere una presunción *iuris tantum* de titularidad al titular registral, en virtud de otro efecto característico de los registros de derechos cual es el de *legitimación registral*. En virtud de dicho efecto, se presume, salvo prueba en contrario, que los derechos reales inscritos existen y pertenecen a su

(108) El sistema inmobiliario español —que recoge la fe pública registral, pero no la exigencia explícita de la inscripción constitutiva *inter partes*—, los artículos 606 del Código Civil y 32 de la Ley Hipotecaria recogen lo que la generalidad de la doctrina denomina el principio de inoponibilidad de los títulos no inscritos frente a los inscritos. Estos preceptos, en un registro de derechos, como el español, en realidad solamente tienen virtualidad práctica en la medida en que haya propiedad no inscrita. Pero los efectos definitorios del sistema son el de fe pública —art. 34 LH— y el de legitimación o exactitud —art. 38 LH—. Este último presume que los derechos reales inscritos existen y pertenecen su titular en la forma determinada por el asiento respectivo, salvo prueba en contrario. El artículo 32 LH puede interpretarse, en este contexto, como un mecanismo procesal de reforzamiento de la presunción del artículo 38 LH.

(109) Sobre la necesidad de un procedimiento registral, puede verse MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., *De la publicidad contractual a la titulación registral. El largo proceso hacia el Registro de la propiedad*, págs. 199-201. Ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008.

titular en la forma determinada por el asiento respectivo. Dicha presunción se extiende, en los mismos términos, a la posesión (110).

Es obvio que nada tiene que ver este efecto con el de inoponibilidad de los títulos no inscritos frente a los inscritos propio de un Registro de documentos, cuya única finalidad es la de establecer preferencias y exclusiones probatorias, pero no la de asignar derechos.

En un Registro de derechos, por el contrario, una de cuyas finalidades principales es la de asignar titularidades inmobiliarias con eficacia *erga omnes*, no opera la inoponibilidad de los *títulos* no inscritos frente a los inscritos, sino la de los títulos no inscritos frente a las *titularidades* reconocidas por la inscripción. Así entendida, la inoponibilidad de los títulos no inscritos opera como un reforzamiento procesal del efecto de legitimación registral, esto es, como un reforzamiento procesal de la presunción *iuris tantum* de la titularidad proclamada por la inscripción, cuando ésta carece del efecto fe pública por faltar uno de sus requisitos, cual es haber adquirido de un titular inscrito.

En el Derecho de la seguridad del tráfico, instrumentado en el ámbito inmobiliario mediante el Registro de derechos, los derechos se incorporan a documentos que son títulos valores: singularmente, la letra de cambio, en el ámbito de los derechos de crédito y la inscripción, en el ámbito inmobiliario. Tal incorporación exige que la circulación de los derechos se someta a unas determinadas reglas: la *circulación cartular*, en el caso de la letra, la *circulación registral*, en el caso de los derechos de propiedad sobre bienes inmuebles. En este último caso, la circulación registral requiere, como he expuesto anteriormente, haber adquirido de un titular registral —titular reconocido por el Estado— mediante un negocio jurídico a título oneroso y de buena fe, y, a continuación, solicitar y obtener del Estado el reconocimiento de la titularidad negocial adquirida, convirtiéndola así en titularidad real.

La obtención de la inscripción requiere un procedimiento que no es contencioso, pues no hay contención entre partes, sino solicitud al Estado de reconocimiento del derecho adquirido. La inscripción, en el caso de obtenerse, no es una declaración definitiva, porque es susceptible de impugnación. A diferencia de una sentencia, no produce efecto de cosa juzgada. No puede producirlo porque el procedimiento registral no ofrece las mismas garantías, pero sí ha de ofrecer las suficientes garantías para desalentar cualquier impugnación de la inscripción. En la medida en que no haya impugnaciones, y/o que, en el caso de haberlas, los tribunales respalden los pronunciamientos registrales, las inscripciones equivaldrán *funcionalmente* a una sentencia firme, y los derechos incorporados serán, al tiempo, más seguros y más líquidos.

Que sea así, depende, de un lado, de las garantías que ofrezca el procedimiento registral, y, de otro, de la agilidad del mismo.

(110) Véase el artículo 38 de la Ley Hipotecaria.

7.3.3.3.3. El derecho a conocer el contenido de la inscripción

En segundo lugar, la *publicación* significa que la identidad del titular reconocido por el Estado como tal, y, por tanto, el titular, puede ser conocida por quien tenga interés legítimo *sin consentimiento del mismo*, mediante una simple consulta a la institución del Estado que tiene atribuida la función de realizar tal reconocimiento, y que el conocimiento así obtenido basta para disipar las asimetrías informativas existentes en cuanto a la titularidad, cargas y extensión del derecho, por lo que no debe consultar ni, por lo tanto *temer*, ninguna información que, de existir, podría afectarle si el Estado no realizara esta labor de reconocimiento —lo que es tanto como decir, de atribución o asignación de derechos— mediante la institución creada al efecto.

Es necesario tener presente que la *publicación* en este segundo sentido —derecho a conocer el titular reconocido por el Estado y, por tanto, el titular—, solo es posible, si tiene lugar previamente la *publicación* en el primer sentido expuesto, es decir, la intervención directa del Estado en el proceso adquisitivo de bienes inmuebles mediante la introducción de un Registro de derechos.

7.3.3.3.4. La conversión, operada por la inscripción, de los *iura in rem* inmobiliarios en bienes de búsqueda

Esta *publicación* del sistema de transmisión de derechos de propiedad sobre bienes inmuebles, en los dos sentidos expuestos, posibilitada por la intervención directa del Estado en el sistema transmisivo de bienes inmuebles, hace que tales derechos dejen de ser *bienes de experiencia* —bienes cuya calidad no puede ser comprobada por el adquirente antes de la adquisición, sino tan solo después— o *bienes de confianza* —aquellos cuya calidad solo es posible conocerla a muy largo plazo e, incluso, en el límite, nunca llega a conocerse—, para convertirse en *bienes de búsqueda* —aquellos cuya calidad puede ser comprobada antes de la adquisición, si se dedican recursos para ello (111)—.

(111) La calidad de un vehículo o de pastel, por ejemplo, sería un bien de experiencia. Un servicio médico o la reparación de un automóvil, por ejemplo, sería un bien de confianza. Sin embargo, la calidad de los servicios financieros sería un bien de búsqueda. Los conceptos de bienes de búsqueda y de experiencia fueron formulados por NELSON, y el de bienes de confianza por DARBY y KARNI. Véase NELSON, P., «Information and Consumer Behavior», en *Journal of Political Economy*, vol. 78, págs. 311-329, 1970. Asimismo, DARBY, M. R., y KARNI, E., «Free Competition and the Optimal Amount of Fraud», en *Journal of Law and Economics*, vol. 16, abril, págs. 67-88, 1973. En nuestro caso, la calidad de la titularidad y de las cargas recayentes sobre un inmueble serían un bien de experiencia o, a lo sumo, de confianza, en presencia de un registro de documentos complementado con un seguro de títulos. En efecto, dicho registro no tiene por finalidad facilitar titularidades sino hacer oponibles documentos, y, respecto del seguro, no podemos

La inversión de las reglas de protección de los derechos de propiedad sobre bienes inmuebles —en relación a las establecidas por el Derecho común—, operada por la publicación de su sistema transmissivo, es la que convierte en bienes de búsqueda a los derechos de propiedad sobre los mismos. Esta transformación opera como instrumento para conseguir la liquidez de tales derechos sin merma de su seguridad, por la sencilla razón de que dicha transformación permite eliminar, a muy bajo coste, las asimetrías informativas existentes en un entorno de contratación impersonal en relación a la identidad de los titulares, la existencia de cargas y la extensión del derecho que se desea adquirir.

7.3.3.3.5. Consecuencia: superación del *trade-off* entre seguridad y liquidez de los *iura in rem* inmobiliarios

Esta intervención normativa —derogación de la regla de reivindicabilidad ilimitada— e institucional —introducción del Registro de derechos— del Estado consigue la superación del *trade off* entre seguridad y liquidez de los *iura in rem* en el ámbito inmobiliario y, por tanto, que los mismos sean, al propio tiempo, más seguros y más líquidos.

El derecho es más seguro, en primer lugar, en relación a las incertidumbres retrospectivas propias de una sociedad impersonal gobernada por las normas del Derecho común. Si el dueño reúne las condiciones para ser un titular protegido por la fe pública registral, se halla protegido frente a las mismas por una regla de propiedad, mientras que en el ámbito del Derecho común lo estaría solo por una regla de responsabilidad. Si no reúne las condiciones para ser un titular protegido por la fe pública registral por no haber adquirido de un titular inscrito, goza de una presunción *iuris tantum* de titularidad y de posesión, reforzada procesalmente por la inoponibilidad de los títulos no inscritos frente a la titularidad proclamada por la inscripción. Es decir, su titularidad se halla protegida por una regla de responsabilidad pero reforzada, respecto de la propia del Derecho común.

Ciertamente, el titular registral pierde la acción reivindicatoria en relación a un tercer adquirente que reúna los requisitos necesarios para ser protegido por la fe pública registral. Ahora bien, las probabilidades de que ello suceda son mínimas, pues el Registro conoce la identidad del titular registral y la ley le obliga a rechazar cualquier acto dispositivo realizado por persona distinta del mismo (112). En el caso de que sucediera, el Estado debe indemnizar al

estar seguros de que la investigación retrospectiva esté bien hecha. En presencia de un registro de derechos, tales atributos quedan convertidos en bienes de búsqueda como consecuencia de la inversión de las reglas de protección operada por el mismo. Basta con tener conocimiento del contenido de la inscripción.

(112) En realidad, para que suceda, debe haber un fraude de identidad. Alguien debe suplantar al titular registral, haciéndose pasar por él, superando todos los controles esta-

titular registral despojado, o, en otros términos, su *ius disponendi* queda protegido por una regla de responsabilidad, en lugar de por una regla de propiedad. Pero no solo por una regla de responsabilidad: la arquitectura del sistema registral de derechos está dirigida a evitar que tal siniestro pueda acaecer. Se trata, por tanto, de una regla de responsabilidad reforzada.

El derecho también es, al propio tiempo, más líquido, pues la conversión de la titularidad y extensión de los *iura in rem* sobre bienes inmuebles en bienes de búsqueda, como consecuencia de las propiedades normativas de la inscripción, hace innecesarias las investigaciones retrospectivas, imprescindibles en el ámbito del Derecho común, las cuales son costosas, en términos explícitos —dinero— e implícitos —tiempo—, y de resultados siempre inseguros —lo que suele obligar, además, a suscribir la correspondiente póliza—, como consecuencia de que, bajo el Derecho común, las titularidades y la extensión de los *iura in rem* inmobiliarios son bienes de experiencia o, a lo sumo, de confianza. Bajo el Registro de derechos, para evitar riesgos retrospectivos, basta con consultar el contenido de la inscripción, e inscribir la adquisición del derecho adquirido negocialmente del titular registral, lo que es menos costoso tanto en términos explícitos —dinero— como implícitos — tiempo—, que las investigaciones retrospectivas exigidas por las reglas del Derecho común, y, además, más seguro, lo que evita la necesidad de suscribir pólizas que cubran tales extremos (113).

- 7.3.3.3.6. El mantenimiento de la regla de reivindicabilidad ilimitada, sin embargo, solo permite paliar, pero no superar, el *trade off* entre seguridad y liquidez de los derechos de propiedad sobre bienes inmuebles en un contexto de contratación impersonal

De todo lo expuesto hasta aquí, resulta que el mantenimiento de la regla de la reivindicabilidad ilimitada —y la consiguiente estructura de las reglas de protección de los derechos de propiedad sobre bienes inmuebles propia del

blecidos. Habitualmente, esta función de identificación corresponde a los notarios, *solicitors*, abogados, etc. Puede haber negligencia o corrupción, lo cual debe ser evitado por el diseño institucional de estos operadores, además de severamente sancionado, incluso por las normas penales. La corrupción registral, en este aspecto, es más difícil que se produzca. En todo caso, sobre los riesgos del sistema, véase MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., *De la publicidad contractual...*, págs. 211-217. En el nuevo sistema ganan todos, a condición de que las instituciones que lo instrumentan no fallen. Este es el verdadero riesgo para el *dominus* y con él, para todos los demás agentes, dado el efecto potencialmente expropiatorio de la inscripción en caso de error. De ahí que, en el nuevo sistema, todo lo relativo a la organización y procedimiento registrales sea una cuestión capital.

(113) Sobre los costes de los seguros de títulos y el funcionamiento de la industria aseguradora, así como sobre el papel de la misma bajo un registro de documentos y bajo uno de derechos, véase ARRUÑADA, B., *op. cit.*, págs. 225-253.

Derecho común— es la causa última de que exista un *trade off* entre seguridad y liquidez de los derechos en un contexto de contratación impersonal. En consecuencia, el mantenimiento de tal regla —con todas sus consecuencias— implica la pervivencia de dicho *trade off*.

En tal situación, la sola intervención institucional —v.gr.: Registro de documentos complementado por seguro de títulos—, en el mejor de los casos, pueden contribuir a paliar dicho *trade off*, pero no a superarlo. Como he expuesto anteriormente, aunque la introducción de tales medidas pueden dar lugar a un juego de suma positiva, sin embargo, sus resultados se hallarán lastrados inevitablemente por la pervivencia del *trade off*.

En efecto, el Registro de documentos, únicamente puede paliar, pero no eliminar, las asimetrías informativas existentes sobre ciertos atributos esenciales para contratar, a los que me he referido reiteradamente, y que no pueden ser resueltas por el adquirente potencial por sí solo —identidad de los titulares de *iura in rem* sobre el bien inmueble, extensión de tales derechos, etc.—. La disminución de tales asimetrías incrementa la seguridad de la adquisición, sin garantizarla, pero implica un coste —seguro de títulos, por ejemplo— que va en detrimento de la liquidez del derecho. Ciertamente, el aumento de valor del bien debido al incremento de la seguridad del derecho de propiedad sobre el mismo, como consecuencia de la introducción de un registro de documentos, puede conllevar un aumento de valor del bien superior a la disminución de su valor derivada de la disminución de liquidez como consecuencia de la implantación de un Registro de documentos, el cual exige mayores trámites para incrementar la seguridad del derecho. En la medida en la que se produzca dicho aumento de valor respecto del que alcanzaría el bien bajo la regla de la reivindicabilidad ilimitada pero sin Registro de documentos, en esa misma medida, la introducción del mismo contribuye a paliar el citado *trade off*.

Es más, en una situación así, se produce una consecuencia paradójica: dada la imposibilidad de saber con seguridad si está adquiriendo del verdadero dueño —algo que ni siquiera el transmitente de buena fe puede saber con seguridad—, y dado que las vías derivativas son las usuales para la adquisición de la propiedad, el mantenimiento de la regla de reivindicabilidad limitada tiene como consecuencia que nadie pueda estar seguro de ser dueño, es decir, de haber realizado una adquisición protegida por una regla de propiedad. Tan solo pueden estar seguros de estar protegidos por una regla de responsabilidad, lo que equivale a afirmar que, en tal situación, los derechos de propiedad son funcionalmente, derechos personales —con todas sus consecuencias—, derechos que, no obstante, tienden a reforzarse mediante la institución de la usucapión y la presunción de titularidad del poseedor de buena fe. No deja de ser paradójico que sea el mantenimiento de la regla de la reivindicabilidad ilimitada en un entorno de contratación impersonal la que produzca semejante consecuencia.

RESUMEN

**PROPIEDAD PRIVADA,
COMPROMISO ENTRE SEGURIDAD
Y LIQUIDEZ EN EL INTERCAMBIO
IMPERSONAL**

El crecimiento económico requiere derechos de propiedad privada, pero estos no siempre son posibles debido a que requieren costes de establecimiento y de gestión, por cuya razón, en relación a ciertos recursos, se impone la propiedad comunal y, en el límite, el régimen de acceso libre, formas ambas más ineficientes de explotación de los recursos. Se impone, por tanto, la disminución eficiente de tales costes.

En una sociedad impersonal, plena de asimetrías informativas, el mantenimiento de la regla de reivindicabilidad ilimitada genera un trade off entre seguridad y liquidez de los derechos de propiedad que dificulta que estos puedan cumplir su función. En el ámbito de los bienes inmuebles la superación del trade off requiere la intervención del Estado dirigida a la publicación del sistema transmisor mediante la implantación de un registro de derechos. Si, por el contrario, se mantiene la reivindicabilidad ilimitada y se introduce un registro de documentos, tal trade off se puede paliar, pero no superar. Ello dificulta la extensión de la propiedad privada como régimen de explotación de los recursos escasos.

ABSTRACT

**PRIVATE OWNERSHIP, TRADE OFF
SECURITY-LIQUIDITY IN THE
IMPERSONAL EXCHANGE**

Economic growth requires private property rights, but private property rights are not always possible, because they mean starting-up and management costs. Therefore, for certain resources, what is needed is community ownership or, in borderline cases, free public access. Both community ownership and free public access are inefficient ways of utilising resources. The costs therefore must be reduced efficiently.

In an impersonal society full of information asymmetry, maintaining the rule of unlimited recoverability of possession necessitates a trade-off between the security and the liquidity of property rights. This trade-off makes it difficult for property rights to perform their intended function. In real property, it takes state intervention to achieve a solution beyond the trade-off; this can be done by making the transfer system public through the introduction of a title registration system. If, to the contrary, a recording system is introduced, the trade-off can be palliated, but it will still exist. This hampers the expansion of private ownership as the system for utilising scarce resources.

*(Trabajo recibido el 25-10-2010 y aceptado
para su publicación el 19-11-2010)*

Hombre y persona. Personalidad. Capacidad e incapacidad. Discapacidad y vejez (Reflexión sobre estos conceptos jurídicos esenciales, de ordinario tratados como lugares comunes) (1)

por

JOAQUÍN RAMS ALBESA
Catedrático de Derecho civil. UCM

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
2. HOMBRE Y PERSONA:
 - 2.1. ¿QUÉ ES Y QUIÉN ES HOMBRE?
 - 2.2. ¿QUÉ ES SER PERSONA Y QUIÉN LO ES?
3. PERSONALIDAD, CAPACIDAD E INCAPACIDAD:
 - 3.1. LA PERSONA Y LA CAPACIDAD, EN GENERAL.
 - 3.2. LA PERSONALIDAD.
4. LA DISCAPACIDAD:
 - 4.1. EN GENERAL.
 - 4.2. PRIMEROS PASOS DE PROTECCIÓN DE LA DISCAPACIDAD EN ESPAÑA.
 - 4.3. LA DISCAPACIDAD CONTEMPLADA EN LA LEY 41/2003, DE 18 DE NOVIEMBRE.
 - 4.4. LA CONVENCIÓN DE 13 DE DICIEMBRE DE 2006. RATIFICADA POR ESPAÑA EL 23 DE NOVIEMBRE DE 2007 (*BOE* 21 DE ABRIL DE 2008):

(1) El presente trabajo forma parte de las actividades del grupo de investigación de la Universidad Complutense de Madrid que, con el número 931083, tengo el honor de dirigir.

- 4.4.1. *El propósito de la Convención.*
- 4.4.2. *Definiciones y su relación con los fines de la norma.*
- 4.4.3. *Contenido material de la Convención.*

5. LA VEJEZ:

- 5.1. CONFUSIONES EN TORNO A SU REALIDAD.
- 5.2. ¿QUÉ PUEDE SER LA VEJEZ?
- 5.3. VÍAS DE POSIBLE PROTECCIÓN A LA ANCIANIDAD EN MATERIA CIVIL.

6. LA INCAPACIDAD:

- 6.1. EN LA CODIFICACIÓN.
- 6.2. LA REFORMA DE 1983.
- 6.3. LA SENTENCIA DE PLENO DE LA SALA 1.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO 282/2009, DE 29 DE ABRIL.

7. RECAPITULACIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

La idea inicial de este trabajo responde a la necesidad de poner un cierto orden sobre la vejez y su incidencia dentro del ámbito de los Derechos de la personalidad y en el contexto propio del Derecho Civil de la Persona. Intuía que, también en mi caso, las ideas al uso no estaban iluminadas por la plenitud de nuestro actual Ordenamiento. Es decir, las nociones jurídicas que se aplicaban al hecho jurídico en cuestión nacían y circulaban por los entresijos del Derecho Civil con débiles y tenues iluminaciones, no precisamente aristotélicas, nacidas al amparo de las correcciones, en cuanto a la línea gruesa, debidas a las reformas neoconstitucionales, empleado este término en el sentido en que suele hacerlo mi distinguido y querido amigo el profesor DELGADO ECHEVERRÍA y que otro tanto ocurría con algunos de los conceptos más importantes de hombre, persona y personalidad, así como con la noción de capacidad, todas ellas afectadas por el maremoto intelectual que han supuesto las nuevas ideas y experiencias de la segunda mitad del siglo pasado sobre la vida de las personas en sociedad y las actividades que son propias de éstas.

Dentro de la conformistas coordinadas de la legislación decimonónica (2) me movía con relativa comodidad, tal vez un poco perezosa, conformista y muy desincentivada, hasta que las campañas ultra progresistas y las propuestas neo conservadoras, también extremosas, sobre la familia y su Derecho me

(2) Un aparato legislativo e intelectual de primer orden que sigue en gran parte vivo, sobre todo en ideas y principios básicos, pero que requiere de nuevas líneas de ordenación normativa, clarificación y exposición tanto para los alumnos de Derecho como para el conjunto de la ciudadanía. Las reformas, contrarreformas y revisiones parciales han dejado, a mi juicio, muy dañada la sistemática, pero no el fondo de inspiración, si bien éste puede verse afectado si la confusión sigue acumulándose reforma tras reforma.

han provocado una suerte de desazón intelectual frente a la cual decidí prescindir de los paliativos contra la incomodidad y aprovechar situación para incidir sobre el tema principal, sin variar demasiado mi comenzado trabajo sobre la vejez, desde una perspectiva algo más amplia y un poco más compleja, pero también bastante menos complicada.

De estas complicaciones que creo traen causa las posiciones más extremas, quiero suponer que a su pesar, y también las posiciones simplemente cómodas que han querido mantener las tesis más tradicionales que sustenta una buena parte de la civilística española, que entiende, a su vez, que su posición sigue inspirándose en el pensamiento ecléctico que, desde sus inicios en los años treinta del siglo pasado, «siempre supo» —y éste me parece que ha sido su principal y más común defecto— sacar el mejor rendimiento al pensamiento de las grandes escuelas enfrentadas. Eso sí, sin necesidad de tomar partido o, más exactamente, sin sentirse obligados, los autodenominados eclécticos, a tomar partido sobre las ideologías y éticas que servían de base al discurso propio de las escuelas que, por arte de birlibirloque y por mera habilidad, ahora se presentaban entre nosotros con unas soluciones nuevas, equidistantes y curadas de sus naturales extremismos.

Sigue estando clarísimo, al menos para mí sí lo está, que la síntesis de contrarios solo es posible cuando tesis y antítesis han sido formuladas por una misma mente y para un mismo propósito dialéctico, casi siempre limitado a la didáctica. Entre dos reales conclusiones procedentes de mentes distintas y contrapuestas entre sí pueden haber distintas y diferentes posiciones, pero rara vez una posición unitaria y sintética, que se desprende de la ganga circunstancial y se aprovecha de las esencias intelectuales de cada uno de los contrarios; tal resultado linda con lo milagroso y en estas materias los milagros no suelen darse y, si se dan, no son generalmente de recibo.

La rectificación del rumbo del trabajo, en buena lógica, ha sido relativa, mantiene el sabor y la mirada civilista; ahora bien, el propósito y el resultado espero acaben estando situados más allá de las funcionales instituciones civiles generadas con la finalidad de paliar las limitaciones que impiden el goce de una posición de humana plenitud. La que se predica, tal vez con poco realismo, de un arquetipo que tiene mucho que ver con la autocomplacencia de los políticos legisladores, de los profesores y, cómo no, de los profesionales del Derecho que o bien quieren ampliar su campo de acción profesional, o bien buscan comfortable acomodos para seguir en una bonancible rutina.

Mi deseo no es otro que coadyuvar a la fijación de los límites «naturales» —tal vez sería mejor denominarlos «objetivos» del establecimiento— y ejercicio de los *officia bona* del cuidado de las personas que padecen discapacidades, sufren los achaques de la vejez o, para mayor desgracia, se encuentran en la situación de incapacidad.

Sabemos bien que las sociedades occidentales han experimentado en los últimos setenta años (los transcurridos desde el inicio de la II Guerra Mundial) un contundente y continuado cambio estructural, más profundo que el que suele deparar una revolución política o social triunfante. Este cambio de hondo calado sigue en curso y la sociedad es consciente de que esta falta de conclusión, no se limita a ser un radical cambio encaminado a efectuar unos relativos ajustes en la política, ni a revisar algunos fundamentos del pensamiento social, como ocurriera con ocasión de las Revoluciones, la americana y la francesa, aunque también aspira a ese resultado, pero por distinta vía.

En la actual transformación, verdaderamente revolucionaria, la causa motriz hace referencia, en esencia, a la ampliación y extensión del conocimiento del mundo físico: a proporcionar una explicación científica de la realidad biológica con incidencia directa en todos los seres vivientes; a implantar la universalización del dominio de las comunicaciones en tiempo real; a generalizar la producción de bienes y servicios; y, de forma muy especial, a indagar en todas las formas de vida, incluso hasta acuñar un nuevo concepto mismo de vida en todas sus manifestaciones y con todas sus consecuencias, sin importar demasiado los límites que desde otras perspectivas mentales y con otros fines, probablemente bien intencionados, tratan de salirles al paso y reconducirlos a un respeto a la tradición.

En medio de tanto triunfo intelectual, esta revolución científica y técnica ha provocado el redescubrimiento de la circunstancialidad e insignificancia del ser humano, con la correlativa disminución de su visión en relación con la trascendencia. Lo siento por la bien conocida afirmación de mi admirado ORTEGA y GASSET, pero en los tiempos actuales, yo no soy del todo yo y mis circunstancias se amplían y se universalizan y, en su consecuencia, pierden vinculación con los saberes y las situaciones precedentes.

Casi todos tenemos la inquietante sensación de que pasamos de estar en el centro del mundo a ser aquello que nos permiten unas circunstancias que no dominamos. Al menos tenemos el divertido consuelo de que los habituales diseñadores de las circunstancias (los integrantes de los poderes políticos, religiosos, judiciales, legislativos, económicos y de otros poderes fácticos menos visibles) tampoco las dominan. y que las más de las veces es la realidad que creían dominada la que se les escapa, aunque no tanto como al resto de los mortales, pero también.

En el mundo que seguimos denominando «occidental», con bastante impropiedad geográfica, el cambio, que se inicia, en las ideas que se revelaron decisivas para la ciencia y la comprensión del mundo, en los llamados «años veinte», y para el ámbito social en 1945, se ha ido imponiendo de forma gradual, sin grandes sobresaltos. En la marcha del mismo hasta las inevitables confrontaciones para detentar el poder, incluidas las manifestaciones de violencia bélica, se han llevado a cabo sin graves daños relativamente hablando

sobre los propios países y sociedades. La guerra se ha exportado y el terrorismo, por fortuna no se ha convertido en una guerra deslocalizada, aunque a veces lo parezca.

El modo de vida occidental, a imitación del «sueño americano», se ha instalado por si fuera poco, también sobre el mundo del denominado socialismo real, sin que ese proceso traiga causa de una influencia exterior directa, ni de la evolución racional del propio sistema comunista, sino del colapso total del modelo. Queda pendiente el arcano de lo que todavía pueda ocurrir en China, si bien en el gigante territorial y demográfico los principios teóricos del marxismo no llegaron a nacer y hace bastante tiempo que se subordinaron de forma hartó utilitarista a las convicciones particulares sobre la vida, la existencia y la moral confucianas que eran y siguen siendo propias de su cultura y tradición, por lo que, a los efectos de la generalización del capitalismo, habrá que contar, eso espero, con la atemperación característica de aquella cultura, de su vocación por el relativismo y su permanente referencia a la autocrítica. Aunque esto más bien es un deseo personal que manifiesto sin demasiada convicción.

Por lo que respecta a los nominales comunismos residuales, así como a los populismos dictatoriales americanos, por su localismo no tienen apenas relevancia histórica, son consecuencia directa de sus desequilibrios sociales internos y de la carencia de modelo propio de sociedad y su indecisión permanente a la hora de sumarse a una corriente cultural más amplia.

La evidente globalización de la ciencia aplicada y de los efectos de la economía muy internacionalizada han influido de forma decisiva hasta en los más atrasados rincones del planeta. El cambio no ha sido para bien, de forma necesaria, pero tampoco lo ha sido para introducir y favorecer el mal; sencillamente se ha operado una mutación con la violencia propia de un cataclismo sísmico y se han iniciado cambios que no va a ser posible encauzar y menos dominar desde y por el pensamiento tradicional. Véanse si no, las convulsiones contradictorias a que está sometido el mundo islámico y que tratan desesperadamente de exportarse.

Las distintas etapas de la mutación experimentada susceptibles de ser analizadas separadamente se suceden a un ritmo vertiginoso en razón de que la positiva herencia material que se sigue a los ingentes esfuerzos económico y científico que requirió la contienda de 1939-1945, los cuales se materializan en un mundo de comunicaciones globales de los textos inteligibles de cualquier clase y procedencia, por lo cual el mundo científico y académico hace suyos y asimila los éxitos y los fracasos, tanto propios o próximos, como siempre, y también los ajenos y lejanos, potenciando así la celeridad del progreso científico a un ritmo insospechado y, lo que es más sorprendente, casi constante.

Además, el continuado progreso científico y su aplicación al sector denominado primario: el agropecuario y pesquero (en teoría el más atrasado y más

cerrado al cambio social y tecnológico) ha erradicado en buena parte del mundo las hambrunas cíclicas. Hoy los padecimientos de estos males suelen calificarse de deficiencias del pensamiento y conducta inmoral de los dirigentes de ciertas sociedades atrasadas. O los asociamos como mucho, con los ciclos económicos. Más bien, a mi juicio, deberíamos ver en tales males y desgracias faltas o delitos colectivos —y personales— de omisión derivados del incumplimiento de las obligaciones de solidaridad, casi consustanciales y propias de un mundo cada vez más pequeño y conexas, aunque no resulte ser así en el disfrute de la riqueza. A este propósito no estará de más leer y reflexionar sobre el contenido y la parte que nos toca en él de la obra del premio Nobel de Economía AMARTYA SEN (3); lógicamente se puede discrepar de sus postulados y explicaciones sobre la interdependencia de las sociedades y de los actos políticos y legislativos de unos y otros, pero no se pueden echar en saco roto.

El progreso, concepto sumamente equívoco, que conserva algún valor en los discursos oficiales sobre temas políticos y sociales, se cifraba antes y se cuantifica todavía hoy en términos de una mayor producción de bienes materiales de todo tipo, disponibilidades de más capital destinado a mantenerse en la vía de crecimiento casi constante y de mejora y facilidad de acceso razonable a los servicios, cuando se ha demostrado que depende más de las ideas fundamentales que de los rendimientos en numerario, aunque éstos ayuden.

Ahora bien, la idea del hombre como hipotético beneficiario del progreso común y no como gestor del mismo, permanece invariable o poco menos. El planteamiento adolece, sin duda, de un exceso de simplicidad ya que cierra los ojos a la ausencia de la idea del hombre gestor del proceso social de desarrollo, posición que queda reservada, sin la más mínima verificación, para unas muy concretas agrupaciones humanas sobre las cuales se puede detectar la reproducción de elementos y comportamientos aristocráticos que dieron lugar a los grandes cambios sociales y legislativos del siglo XIX. De ahí la debilidad de nuestro tejido social, el déficit estructural en casi todos los elementos que se consideran esenciales para la estabilidad social, que suele comportar la económica, y para la conformación de una sociedad democrática avanzada (4).

Desde que la voluntad de progreso científico ha hecho presa en los conocimientos biológicos, es la misma idea de hombre la que se convierte en sujeto-objeto de la mutación y también en medio para los cambios radicales que se han producido, y es esta suerte de anfibología entre conceptos, fines y medios la que da lugar a un acrecimiento de las incertidumbres e inseguridades indivi-

(3) *La idea de justicia*. Publicada con gran éxito en 2009. Hay edición española en Taurus de 2010.

(4) Acabo de emplear con plena conciencia el lenguaje de los profesionales de la política, aunque creo que sirve más para la crítica de la situación que para defender el uso que tales ciudadanos hacen del poder democrático puesto en sus manos.

duales y colectivas, porque la conjunción de ser a la vez sujeto, medio y objeto directo de la experimentación y, asimismo, destinatario propiamente dicho del cambio que se logre a la postre, es algo que resulta bastante difícil de asimilar pacíficamente, sobre todo por todos aquellos que están abandonados a su adversa suerte, en tanto que se contempla como una lógica retribución por aquellos otros que se contemplan a sí mismos como verdaderos y legales dueños de la nueva situación, porque, según ellos, sin su contribución oficial el progreso no se habría producido. Dos conclusiones falsas, aunque constantemente presentes en la explicación de los cambios y en su vivencia.

Las deficiencias graves observadas en el alumbramiento de un niño han dejado de ser una barrera infranqueable; aquella que impedía a los infantes e impúberes traspasar la pubertad, ahora o han desaparecido o se ha trasladado a los cincuenta años, cifra que sigue ampliándose.

A su vez, la vejez también ha dejado de ser el puerto de llegada de aquellos privilegiados que tenían la dicha de contemplar su vida desde una posición de término más o menos consolidada, presidida por el triunfo de la experiencia, para convertirse, en la mayor parte de los casos, en un tiempo de incógnita en el cuándo, pero con la certeza respecto del cómo, se pasa a ser objeto de una dependencia personal y, habitualmente económica, de otros. La vejez considerada en sí misma puede dar lugar a la muerte, suele ser la causa más frecuente, aunque la certificación médica haga referencia a una parada cardíaco-respiratoria, éste es el efecto pero no la causa.

Si las enfermedades y deficiencias graves infantiles acarrear, con frecuencia, incapacidades totales y problemáticas discapacidades, la vejez, por su parte, suele abocar a la incapacidad total o parcial y, asimismo, a diversos grados de discapacidad. Es un tiempo de vida que no resulta por sí misma ni incapacitante ni discapacitante, aunque tampoco pueden ser considerados los ancianos seres en plena capacidad, salvo raras excepciones. Las circunstancias reales o ilusorias que rodean a los mayores condicionan muchas de sus capacidades de entender, querer o de sentirse libres en la manifestación de aquello que se entiende y quiere con trascendencia jurídica. La acción volitiva, aunque sigue siendo el eje central de nuestro mundo sociojurídico, no se ha visto afectada, en su concepción y estructura, por las mutaciones de la realidad tan omnipresentes en nuestra sociedad, por el momento.

El más serio problema para el estudio jurídico de la *discapacidad* proviene de forma destacada de la evanescencia del término, propio del periodismo anglosajón para el cual el eslogan que sirve de titular y el mensaje son casi equivalentes, siendo preferible el impacto del titular al contenido del artículo que, en principio, sigue.

La voz discapacidad sirve tanto para un roto como para un simple descosido, en la línea de un pensamiento popular y populista. Un valor sumamente útil para un Derecho de generación básicamente jurisprudencial y un instru-

mento más bien escaso y menor por expresivo para un Derecho de base normativa, como es el nuestro. Esta es la razón de por qué, a mi juicio y como trataré de explicar más adelante, no debimos ratificar el Convenio de Nueva York sobre discapacidad de 13 de diciembre de 2006 y, por el contrario, deberíamos profundizar de forma decidida en la construcción de una disciplina normativa referida a este fenómeno, abandonando de una vez por todas el tratamiento «buenista», muy en línea de toda ONG bien intencionada, pero en muchos casos interesada, y ese estilo de ligereza teórica y literaria propias de las normas que tratan de descargar «tensiones sociales», pero que, en verdad, no ofrecen soluciones lo suficientemente amplias, sino más bien acomodados para aquellos (individuos o países) que se lo pueden costear, cuando la cuestión resulta ser de tal importancia que requiere, primero, de una clarificación conceptual para nuestros idioma y sistema jurídico y, después, de posibilitar la generación de una protección real.

La Convención en cuestión resulta de muy difícil calificación, pues trata de convertir la discapacidad en una cualificación personal que pretende ser unívoca, para abarcar a toda una serie de cuestiones y situaciones que van desde la presencia de un impedimento, más bien un mero inconveniente, aunque sea importante, para llevar a cabo actividades corrientes de la vida diaria hasta incluir el padecimiento de limitaciones gravísimas para desarrollar o mantener una propia personalidad, más o menos estándar, o para ejercer, llegando así al núcleo duro del problema, la propia libertad razonable que predicamos y admitimos como propia de toda persona (5).

El tema se ha convertido en una cuestión social y periodística, pero se trata de una cuestión jurídica profunda porque afecta a los derechos fundamentales, no en abstracto, sino en lo que resulta importante en el examen del caso a caso y de la calificación de cada circunstancia. No se trata de posiciones de caridad o de buenismo social, hay que dejar una constancia clara y terminante de que se está en presencia de una formulación de estricta garantía de la libertad individual y de la vivencia de la igualdad; es decir, ante las dos cuestiones que han ocupado el primer renglón del pensamiento, al menos, europeo y americano de los tres últimos siglos y que hoy deberían inquietar profundamente a todos y cada uno de los órganos de la Administración de Justicia y los demás poderes públicos.

Por lo que se refiere a la *vejez*, este estudio se efectúa y desarrolla en el contexto de un esquema más amplio, en el que me gustaría que predominase una suerte de realista optimismo, no creo que sea posible.

(5) La generalidad del Convenio, o si se quiere la falta de concreción objetiva, parece obedecer al modo de actuación de las Naciones Unidas, que quiere disimular las grandes diferencias existentes entre sus miembros y sin embargo seguir creando normas universales, claro que con la ventaja de que no tendrá que aplicarlas, y los problemas que trata de resolver en teoría seguirán siendo problemas nacionales en los que la organización internacional no puede intervenir directamente.

El pesimismo que trasmite procede de que una gran parte de la sociedad española y de modo especial de algunos de sus dirigentes, sigue viendo en el hombre, considerado en abstracto, a un productor de energía mecánica de tracción a sangre —la versión más primitiva del *homo faber*— y no a un sujeto de ordinario dotado de razón o, cuando menos, reflexivo, que está destinado a proporcionar ideas y a vivir de ellas, someterlas a la crítica y a la experiencia en las que la *senectud* (como situación propia de la persona que carece de fuerzas para el combate, pero también referida a personas de experiencia acumulada) podría y debería servir de contrapeso compensatorio al necesario por inevitable descenso de la natalidad en todo el planeta. Para ello sería conveniente superar una etapa de transición compleja, con el aporte negativo de la indeterminación que caracteriza a la etapa actual. Nos preocupan la falta de natalidad y el paro, pero seguimos tolerando (y además cofinanciando) muchísimas jubilaciones anticipadas, cuya razón principal de ser no es otra que la de proporcionar una imagen juvenil de las empresas (6).

Para clarificar este estadio vital, este tiempo de obligado tránsito, será necesario superar y en consecuencia abandonar situaciones equívocas en las que los conceptos indeterminados de configuración moral, social o jurídica se adueñan de la descripción de una realidad que o bien se ignora o bien, con más frecuencia, se quiere desconocer, porque se carece de una respuesta eficaz para los problemas que comporta la vejez. Todos los conceptos que de ordinario se manejan tienen hoy significados o alcances distintos a los originarios, que eran mucho más realistas y bastante menos blandengues. Además, los viejos solo interesan en vísperas de elecciones.

Con los conceptos básicos que conforman la realidad problemática de la vejez se ha venido practicando el juego siempre arriesgado de la minimización. Estos problemas, nos guste o no, son en esencia rudos por ser primordiales, para los que el proceso de banalización y relativización resulta burdo y claramente ofensivo. Una vez más nos encontramos con la omnipresente afición a edulcorar la pura y dura realidad. Me estoy refiriendo a esa actitud vital en la que los estamentos públicos y muchos de los individuos se vuelcan en el apoyo moral, se dedican a exhortar a la práctica de la comprensión, animan a compartir penas, ensalzan las ideas de solidaridad y hasta condecoran a quienes destacan en el ejercicio de la caridad, y ello sin sentir la más mínima contradicción en cuanto a su conducta, pues se trata de hechos y a los hechos los responsables políticos vienen obligados a hacerles frente —activi-

(6) Los grandes almacenes y las grandes superficies han sido maestros en estas actividades de renovación sistemática del personal vendedor femenino y la banca jubila a empleados con experiencia para sustituirlos por becarios, evidentemente, más baratos. Creo que esto merecería una calificación contundente, pero me la voy a evitar, ya que mi opinión no impedirá que sus dirigentes, igualmente jubilables por su edad y por su falta de previsión, sigan jugando a ser pequeños y molestos dioscellos.

dad que evitan con sumo cuidado— y no a limitarse a predicar o meditar sobre ellos. Es preciso actuar de forma comprometida con la realidad y reflexionar sobre el cambio radical que trae causa de una bien conocida revolución científica y tecnológica y que no guarda el más mínimo parentesco con posiciones intelectuales sobre la justicia o injusticia de la distribución de la riqueza, sino con la ignorancia voluntaria de las previsiones estadísticas.

Además, la vejez no es contagiosa. Si repele, se debe a cuestiones sobre las que sí sería conveniente meditar y corregir. Pues las actitudes benevolentes y bienintencionadas, en la opinión de muchos y sólidos juristas, nunca han servido del todo a la causa del Derecho, con gran probabilidad tampoco a la del verdadero amor al prójimo. Sigue siendo válida la escéptica convicción de que una cosa es predicar y otra muy distinta dar trigo.

Los menores, los incapaces, los minusválidos o discapacitados y los viejos no son ni deben ser el entretenimiento de la sociedad de los nuevos ricos o de la parte pudiente de la misma. Si son personas, que lo son sin la menor duda, deberán serlo con todas sus consecuencias, e imperativamente habrá que tenerlas y respetarlas como tales. Ni siquiera un desesperado amor familiar podría cosificarlas, aunque es evidente que se intenta. El único interés aducible y atendible debe consistir en el deber de respetarlas hasta el extremo en sus derechos: primero, en los inherentes a la personalidad y, después, en todos los demás.

Los ancianos capaces, como todos los que no han sido incapacitados, son y siguen siendo personas con plenitud de derechos y capacidades, y su máximo valor sigue siendo, no puede ser de otro modo, la libertad e igualdad, aunque algún déficit en estos puede provenir de actividades destinadas a asegurar su seguridad personal. Como tendremos ocasión de comprobar, más adelante, sin libertad no hay activa personalidad, sino un remedo pasivo y latente de la misma.

La familia nuclear, que se ha ido imponiendo por muchas y múltiples razones, entre ellas las escasas dimensiones de las viviendas, la necesaria incorporación de las mujeres esposas y madres al mercado de trabajo extradoméstico y la inevitable pérdida de competitividad de las empresas estrictamente familiares, no se encuentra preparada para hacer frente a las limitaciones que imponen la incapacidad, la invalidez o la ancianidad dependientes, por limitada que sea esa dependencia, como hacía antaño la familia amplia. Todas estas razones y otras externas al hecho familiar hacen más difícil, si cabe, la solución o simplemente la aplicación de remedios que por tradición entendemos adecuados para cubrir las necesidades de estas personas. A los ancianos, por su parte, se les hace aún más difícil llevar o mantener una vida racional no cosificada en el contexto social que es propio de las familias celulares.

Además, tengo la sensación de que la ausencia real de libertad que supone casi siempre el internamiento en residencias (todo lo adecuadas que se quiera,

aunque lo sean las menos) desencadena un acelerado proceso de deterioro de la actividad cerebral y precipita a los ancianos hacia un encierro autista, en el cual el mundo pasado se enseñoorea de las primeras deficiencias que desembocan en la senilidad.

Muy pocas personas están preparadas para ser encerradas con sus propios recuerdos y fantasmas; y para los encerrados la única huida factible resulta ser la alienación respecto de la realidad circundante, así como de sus propios males y deficiencias: una argucia cerebral sumamente insana esta de la ensoñación fantástica, que se inicia como respuesta y remedio racional para combatir la soledad impuesta y acaba por transformarse en una patología irreversible. Sería de gran interés contar con estudios actualizados, solventes y fundados en estadísticas internas de nuestro país y no aplicar las de otros bastante diferentes en cuanto a las estructuras familiares y económicas se refiere.

El mundo que vivimos, y con toda probabilidad todavía más aquel que se nos viene encima a enormes velocidades, ha ampliado considerablemente las expectativas de vida de los individuos de nuestra sociedad. Con referencia a las estadísticas de los años cincuenta del siglo pasado, de los esperados sesenta años de vida o poco más de entonces hemos pasado a los ochenta y tantos e incluso a los noventa y de una mortalidad infantil considerable y muy irregular a otra muy inferior al uno por mil de los nacidos. La longevidad de los mayores y la supervivencia de los neonatos, por primera vez en la historia conocida, alcanza por igual a todos los hombres, sin diferencia de clase social o raza; la única diferencia se manifiesta por razón de sexo, para favorecer a las mujeres. Estas bendiciones de la ciencia y de la disponibilidad de alimentos nos convierte en viables y longevos a todos, pero no opera igual para aquellos que no sean capaces de acumular nuevos conocimientos y de aplicarlos. Cada vez son más los mayores sin actividad productiva, los discapacitados y naturalmente los incapaces que dependen de los demás sin que a este fenómeno se le busque remedio alguno. Ahora se están generalizando los que abominan de la economía keynesiana a la que debemos nuestro actual bienestar y optan por implantar una economía no sujeta a regulaciones que favorezca a los sectores más dinámicos. Por supuesto se parte de que las ocupaciones de los más poderosos son las más eficaces, aunque requieran en tiempos de crisis el apoyo oficial, ya que se trata de un simple devolución de favores mutuos, aunque, en definitiva, son todos los ciudadanos los que arrostran las consecuencias.

2. HOMBRE Y PERSONA

El problema más serio que se genera en torno a los vocablos-concepto que sirven de rúbricas para este trabajo, reside en que, para la inmensa ma-

yoría de los que los utilizamos de ordinario, estimamos que su significado real y social, por tanto también jurídico, así como que sus diferencias resultan obvias, cuando no lo son tanto. Además, los juristas también incurrimos en desenfoques metonímicos y en otras confusiones menos literarias que si en sí no fomentan la confusión, sí generan problemas adicionales.

Tengo grandes y graves dudas sobre su construcción y su conceptualización como forzados sinónimos. También me resulta confusa la influencia que los planteamientos teóricos puedan tener en la evolución natural o forzada del contenido del Derecho de la Persona, sobre el que se está vertiendo muchísima aproximación periodística y una diletante vulgarización, construida sobre la efímera y poco sólida base de la deleznable moda del «lenguaje políticamente correcto» y la opinión de aquellos que están dispuestos a arriesgar su poca ciencia, a veces también mucha pero venal o cínica, obrando al dictado de la visión partidista de la política o desde una visión particularista de un problema que de suyo requiere de un tratamiento serio, responsable y, sobre todo, científico. Aquí da igual quienes sean los que parloteen sobre el tema, desde el plano político, también y crecientemente desde el religioso, sin demasiadas distinciones, pueden ser incluidos casi todos.

La cuestión principal tiene un fundamento semántico que se entrecruza con una defectuosa formulación conceptual que, a su vez, sirve a determinados intereses, a creencias y convicciones de lo más variado. Que todos los hombres son personas, menos aquellos a los que no reconocemos como tales, no deja de ser una formulación cínica pero plausible de la realidad en las conclusiones dogmáticas de las dos Grandes Revoluciones: la americana y la francesa. Que todos los hombres son personas, menos aquéllas que por las buenas se les ha negado la personalidad (los indios americanos, los esclavos originarios, los condenados a la esclavitud temporal con destierro a las colonias penitenciarias y los condenados a la muerte civil, más los profesos a perpetuidad en ciertas órdenes monásticas) constituye la base de la confusión, porque ahora que la regla casi no tiene excepciones de ningún tipo se corre el riesgo de que, al desconocer el origen forzado y artificial de la sinonimia, se crea que cualquier diferenciación entre los significados de los términos constituye una perversión racional y que cuando se da la diferencia estamos en presencia de un choque cultural y social. En la actual superposición territorial de culturas, religiones y derechos distintos con o sin problemas de convivencia es más que posible que nos encontremos con hombres (más bien mujeres) que no son personas a partir de una diferencia fisiológica o con algún discreto o indiscreto propietario de esclavos y que se crea que de lo que se trata es de un choque cultural y de una imposición o discriminación xenófoba. En realidad, estamos ante una argucia de los constituyentes ilustrados por la que anticiparon un deseo a consolidar en el futuro, previendo que en algún momento posterior todos los hombres sin excepción serán personas o,

al menos y como mínimo, deberán ser tratados por la ley y en la vida social como si lo fuesen. Pero todavía hay muchos, y no precisamente todos ellos pertenecientes a culturas extrañas a la nuestra, que creen con convicción religiosa que nada menos que el mismísimo Dios Todopoderoso hizo diferentes a los hombres entre sí, y por supuesto a las mujeres, los jerarquizó y diferenció de forma y manera que la libertad y la igualdad no son otra cosa que debilidades de una sociedad que con ello favorece su destrucción y conquista. Entre nosotros las grandes diferencias se presentan bajo formas más sutiles también abominables.

La cuestión no es de hoy, aunque sí se está manifestando ahora con bastante virulencia, pero sin que se sea capaz de alcanzar a saber, ni siquiera a intuir, hasta dónde se llegará en una vía que demuestra tanto interés demagógico, en todos los sentidos, pero también se constata un más que notable desinterés real sobre el problema por parte de aquellos que deberían, por sus personales opciones, preocuparse de canalizar la confrontación intelectual y puramente dialéctica y garantizar lo que ha resultado ser un bien comprobable para una buena parte de la familia humana, la más favorecida precisamente a partir del planteamiento de una vocación de sinonimia funcional entre los conceptos de hombre y persona (7).

Para iniciar la materia parece conveniente revisar una sencilla cuestión de planteamiento previo. Partimos de la idea equivocada de que los hombres y las mujeres desde siempre nos unimos en grupo voluntariamente, más o menos, para hacer frente a nuestras necesidades de toda índole y no es así. Este es un pensamiento propio de adultos, y es evidente que no nos presentamos en este mundo siendo ya adultos, sino desvalidos infantes. Este es el problema que se deriva del arquetipo hipotético de Adán y Eva, los cuales aparecen en el relato bíblico siendo adultos, sabiendo hablar, distinguiendo el bien y el mal y tomando o arrojando decisiones junto con sus consecuencias. Todo lo contrario a lo que ocurre en la persistente realidad que decidimos ignorar. No ocultamos voluntariamente que aparecemos en el mundo dentro de un grupo (incluidos los bebés monoparentales) con su lenguaje, mitos, verdades, medias verdades, mentiras, medias mentiras, dogmas, ritos, prejuicios, gustos, miedos, satisfacciones, obligaciones, deberes y poderes que son los propios y característicos del grupo. Tan es así que solo tras una larga experiencia voluntaria o forzosa seremos capaces, con suerte, de cambiar, matizar y personalizar el bagaje grupal, y aún así, muchas veces, tras separarse del mismo, vuelve a imponerse.

(7) A este respecto deben ser tenidas en cuenta las sentencias que entiendo levemente contradictorias en cuanto al fondo de la cuestión debatida del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo *Leyla Sahon v. Turquía*, de 15 de noviembre de 2005, y *Kervanci v. Francia*, de 4 de diciembre de 2008, ambas sobre el uso del velo por parte de mujeres musulmanas, y la de *Lantri v. Italia*, por la presencia de crucifijos en las aulas de las escuelas públicas.

Afirmamos, para olvidarnos en el mismo momento, que somos animales sociales, no animales racionales que se socializan (8). Un punto de partida pedagógico aparentemente neutral, éste último: pero que puede ser sumamente peligroso en tanto que trae causa de los distintos colectivismos direccionistas del recientemente pasado siglo veinte que algunos sueñan por resucitar con distintos nombres y planteamientos, pero con idénticos fines.

La cuestión es semántica, pero tras de ella hay un trasfondo de igualdad y libertad que a todos nos concierne.

2.1. ¿QUÉ ES Y QUIÉN ES HOMBRE?

A la primera cuestión trató de responder, el filósofo y antropólogo social MARTIN BUBER (1878-1965), con su *Quién es el hombre* (9), un profundo, intranquilizador y hermoso ensayo. Este es un trabajo capital al que vuelvo con frecuente e irregular asiduidad, aunque tiene el efecto de desasosegarme. La obra es hija de las tribulaciones sociales e ideológicas europeas de los años veinte y treinta, las que desembocaron en la II Guerra Mundial. Es la obra de un intelectual judío de inclinación sionista, aunque en su línea más templada, de un testigo de la conformación y explosión del antisemitismo; y de un partícipe en la creación del Estado de Israel y de la universalización de algunas de sus más prestigiosas instituciones culturales. Lo aleccionador en BUBER es que, pese al mundo de tensiones que vivió en carne y espíritu propios, siempre sostuvo abiertamente en público la necesidad de entendimiento entre cristianos y judíos; que el renacimiento de la nación judía debía partir de la reconstrucción de su cultura; y que el futuro de Palestina pasaba por la consolidación de dos nacionalidades, la hebrea y la palestina en un solo estado y territorio. BUBER es un hombre de su tiempo; por ejemplo, cree en las soluciones corporativas comunes al socialismo utópico, al comunismo soviético y a los fascismos. Ahora bien, esto no debe equivocarnos en su apreciación, afirma con convencimiento, experiencia y cultura personales que la respuesta a la cuestión que se plantea, la misma de este estudio, descansa no solo en la prédica de una moral de *libertad* individual, sino también de enseñarla, practicarla y defenderla. Conoce bien y explicita en sus estudios de

(8) Esta versión moderna tiene un sospechoso poso que huele a fascismo (los hubo de muchas clases) o a comunismo propio de la izquierda divina europea que no sufrió ni de cerca el Gulag estalinista o la revolución cultural maoísta.

(9) Se trata de un breve ensayo resultado de un seminario de verano (1938) dirigido por BUBER en la Universidad Hebrea de Jerusalem, en el mismo año en que fue desposeído de su cátedra en la Universidad de Viena y expulsado de su país por los nazis. La primera edición en hebreo es de 1942, en plena Guerra Mundial y en el momento álgido del Holocausto, la edición alemana es de 1948 y la española en el Fondo de Cultura Económica, México, 1949.

forma constante que esta vivencia de la libertad depende de la integración en el conjunto del valor de la *igualdad* en la vida diaria, ordinaria y social, sin dogmatismos ni estridencias demagógicas. También nos informa y enseña que todo ello requiere no dejar fuera a esa otra virtud del ideario revolucionario ilustrado que ha sido sistemáticamente abandonada a su suerte y olvidada por la sociedad cual es la *fraternidad*, ya que solo ha sido formulada y valorada por y para pequeños grupos humanos cerrados, ligados con fuertes identidades intelectuales y con el propósito esencial de alcanzar determinadas y muy concretas aspiraciones teleológicas, dejando al conjunto global ayuno de sus beneficiosos efectos. Las tres virtudes revolucionarias, concluye en varios de sus ensayos, solo dan sus esperados frutos cuando todas ellas inspiran y conforman la legislación del país y se practican en la vivencia, interpretación y aplicación de las normas. Él no solo lo enseñó así, sino que lo práctico toda su rica vida pública y académica, primero frente a los irracionalismos religiosos de los judíos de la Europa oriental, después formando parte de la resistencia antinazi austriaca y más tarde enfrentándose a los sionistas ultranacionalistas y los judíos ortodoxos fundamentalistas en Israel.

BUBER no solo ha sido un eminente estudioso del comportamiento humano y un desentrañador de ciertos arcanos del pensamiento religioso, además y sobre todo fue un hombre de bien que se enfrentó a todo tipo de autoritarismo y a la demagogia tendente a restringir las vigencias de los tres tópicos revolucionarios que vivió en plenitud.

Los planteamientos de tan elemental y esencial cuestión arrancan de una necesidad social dramática que encontramos en casi todos los estudios que tienen por objeto los primeros pasos de todas las sociedades de nuestro entorno. Ignoro como resolvieron el mismo problema en las sociedades orientales, africanas y amerindias primitivas, si es que lo afrontaron de algún modo. Aunque BONFANTE apunta, en repetidas ocasiones, la cercanía social e institucional existente entre la Roma clásica y el primitivo Japón imperial, lo cual favorece el estudio comparado de tan tempranas edades. Ahora bien, los antropólogos —LEVI STRAUS y otros— desmienten, en gran parte, las bases de partida de los historicistas modernos; creo que con mayor fundamento y más rigurosa investigación directa.

Al parecer y durante mucho tiempo, todas las ideas de explicación giran en torno a la necesidad acuciante de organizar, en todos los planos dignos de ser observados: individual, familiar, social, económico e institucional, la crianza, educación y la vida de relación de los retoños propios del hombre, *este animal que habla y a veces razona*; es decir, del *hombre singular*, y de ordenar, en la medida de lo posible, toda su peripecia vital e ideológica, y, en cuanto a ésta, tanto la vivencial terrena, cuanto las aspiraciones de trascendencia *post mortem* y sus consecuencias religiosas. A este respecto resultarán conformantes de las unidades familiares y suprafamiliares las relaciones que

se establezcan entre los vivos y los muertos. La función que se reconozca para los muertos resulta ser capital para el nacimiento de una sociedad que trascienda el endeble marco de la familia primitiva de naturaleza casi exclusivamente reproductora.

El concepto *hombre*, aunque se derivó de la sencilla observación de las acusadas y lógicas semejanzas entre unos y otros individuos de la especie, no fue fácil de alcanzar, por mucho que hoy nos parezca una obviedad y, además, resulte serlo. Pudo más, antaño y también ahora en algunos rincones del planeta, el interés por marcar las diferencias que el fijar identidades, interesaba poder distinguir «entre uno mismo de los demás», «entre mi grupo respecto de los demás grupos», «entre quienes tienen mi color de piel, mis rasgos, igual o parecida fisonomía y los de las demás razas», para situar a los otros en posición de potenciales enemigos, de extraños y así, llegado el caso, poderlos combatir, dominar y someter a servidumbre. Estas acciones resultan demostradamente claves para la autoestima y son tan esenciales para la conformación estable de los grupos humanos, como lo fueron las liturgias de fertilidad y las de rendir culto a los muertos familiares directos o a los del grupo.

La creación de relaciones y el establecimiento de centros de poder en torno a estas cuestiones, que no son tan elementales como parecen, ni resultan desdeñables para el examen de ciertos valores, cuya conformación es imprescindible y necesaria en esta nueva etapa de cambios que nos acechan e inquietan. Mucho más en tiempos de crisis para todos aquellos conocimientos que, en el sentir de los demás, carecen de aplicación práctica inmediata (10).

La generalización, a partir de la hipótesis de que *hombre es todo aquel que nace con forma humana*, presupuso un paso adelante gigantesco para la humanidad y aparece en las culturas de la cuenca mediterránea, aunque con presteza los mismos acuñadores del concepto buscaron otros referentes para consagrar, pese a las grandes identidades, ciertas diferenciaciones, aquellas que permitiesen a quienes detentaban el poder establecer rigurosos órdenes separados en los que incardinar a los individuos conforme a una estricta jerarquía derivativa y dependiente de ellos, con presencia directa en los tres campos que, andando el tiempo, darán lugar a los estamentos medievales: el militar, el religioso y los grandes comerciantes (exportadores e importadores). Estos órdenes conforman verdaderas castas, evolucionan e incluso cambian, pero por el momento su evolución solo dará lugar a simples susti-

(10) Es evidente que el utilitarismo llevado a sus últimas consecuencias entontece a los individuos y, por reacción en cadena, a todos los estamentos y estructuras. La primera víctima del utilitarismo ramplón resulta ser la enseñanza universitaria y la investigación, sobre todo en ciencias sociales, en los que cuentan para la «excelencia» el cumplimiento y la generalización de todas las complicaciones repetitivas de la burocracia, basadas en inventar nuevos vocablos vacíos de significado real.

tuciones. Para frustración de políticos, juristas y otros profesionales, las tres castas tradicionales siguen acaparando mucho poder en las sociedades importantes del mundo. La sociedad sin clases ni castas nos es todavía desconocida y, en mi opinión, tardará bastante tiempo en aparecer, si es que alguna vez aparece.

La noción de *forma humana* siguió siendo un elemento esencial para el reconocimiento, pues, aunque se abría camino la afirmación pericial de la viabilidad, su admisión como fórmula general todavía tardó mucho tiempo en verse reconocida y ocupa tan solo una opción alternativa. Desde luego la ausencia de forma humana servirá para declarar abortiva a la criatura nacida sin tal requisito, al parecer, esencial. En Roma y en todas las culturas precristianas de Occidente, los seres que carecían al nacer de tal conformación externa podían y debían ser eliminados por iniciativa del jefe del grupo familiar y arrojados desde la Roca Tarpeya; en Esparta, acuchillados por un experto; y, ahogados en las más de las culturas conocidas.

Tal eliminación, incluso cuando fue severamente prohibida de palabra y por norma, se mantuvo clandestinamente en muchos lugares, sin que las autoridades de lo criminal hicieran demasiado por perseguir a los culpables o reprimir con eficacia tal práctica; se hacían eco de la opinión común de que era preferible la muerte a supervivencia con un cuerpo deshumanizado y considerado como un grave lastre para la familia. Ésta, además, desmerecía en su posición social. Buena prueba de ello es que el párrafo 18 del Código prusiano, sustituido y derogado por el BGB de 1900, afirmaba que «mientras tales engendros vivan deberán alimentarse y mantenerse en la medida de lo posible», pero se les negaba la condición humana.

La categoría conceptual de *hombre*, en los antecedentes de nuestras sociedades hasta bien entrado el siglo diecinueve, no tuvo una proyección jurídica propiamente dicha, sino prejurídica.

El concepto *hombre* es propio y pertenece al orden ético; es decir, de la moral familiar, empleando el término *ética* en su prístina significación griega, forma correcta de comportarse en público y en familia, que no tiene por qué estar necesariamente integrada entre aquellas costumbres generales que obligan. O sea: el respeto al hombre por el mero hecho de serlo no formaba parte de los conceptos morales que estaban incluidos entre aquellos deberes cívicos que era imperativo observar.

Los padres de familia ciudadanos, los hijos, los niños, los clientes, los extranjeros y los esclavos *son todos ellos hombres*, pero en las sociedades antiguas son valorados de forma radicalmente distinta en el plano que es propio de la realidad jurídica; realidad única sobre la que se ordena y construye la sociedad.

Este estadio de radical jerarquización fue combatido eficazmente por el pensamiento ilustrado de los tres últimos siglos, y hasta desapareció, al menos

sobre el papel, aunque no en todo el mundo (11). Casi con toda probabilidad porque conocían muy bien la realidad, los revolucionarios del dieciocho separaron los Derechos del Hombre respecto de los del Ciudadano e insistieron en la igualdad radical de los hombres como individuos, pero no como personas, con la esperanza fundada de que la sinonimia que ellos edificaron contra la realidad común entre hombre y persona alguna vez resultase ser cierta. Por si acaso y mientras tanto la teoría se convertía en realidad práctica, declararon con solemnidad tanto religiosa como cívica que a todos los hombres, en principio, les eran aplicables los derechos predicados hasta entonces para las personas. Prudentemente realistas, no abolieron la esclavitud ni impusieron la igualdad, se limitaron a proclamar una conclusión tenida por lógica, basada en la libertad y la igualdad y se hicieron fuertes en la experiencia de que las libertades, acogidas con gran entusiasmo por quienes se predicaban a sí mismos libres, harían su trabajo de conquista poco a poco.

¡Qué cerca se ven las manos y argumentos de DESCARTES, SPINOZA y KANT y cuán lejos se sitúan los comportamientos morales que predicán e imponen la inmovilidad de clase por nacimiento!

2.2. ¿QUÉ ES SER PERSONA Y QUIÉN LO ES?

En tanto que el concepto hombre es, como decía, prejurídico, propio de un orden moral muy restringido, en el lenguaje de hoy, tal vez habría que hablar de concepto socio-antropológico, si bien con marcadas consecuencias jurídicas, sobre todo en el primitivo orden penal, la idea misma de persona es, sin la menor duda, el fruto acabado de una reflexión jurídica de orden civil, en el sentido romano del término, con proyección constitucional, ésta, por el momento, con sentido atemporal.

Sobre la etimología del vocablo persona creo que se han vertido demasiadas opiniones y ocurrencias. Los autores se han copiado unos a otros, incluso cuando querían hacer sobresalir por parte del copista aspectos francamente contradictorios respecto del pensamiento del autor copiado. Es evidente que la palabra significó antes máscara teatral con función tanto de otorgar una determinada caracterización a quien actúa, cuanto para hacer que su voz se proyectase sobre los espectadores en teatros enormes sin más megafonía que la modulación de la voz, la máscara y los vientos dominantes: las brisas mediterráneas de las actuales Grecia y Sicilia.

Como puso de manifiesto ALTHUSIUS, la idea de persona tiene la función propia de un adjetivo calificativo, un atributo que enriquece al concepto de hombre y se predicaba tan solo de los hombres y en la medida en que

(11) J. J. ROUSSEAU, *Discours sur l'inégalité*. Oeuvres complètes, v. III, pág. 123 y sigs. La Pléiade. París, 1992.

participaban activamente en la vida pública de la comunidad jurídica de forma tal que resultaban responsables por los actos propios y por los efectuados por los que de ellos dependían. Una visión un tanto prematura de responsabilidad civil.

El concepto jurídico posterior de persona, ya convertido en sustantivo, se destina a describir a aquellos hombres que, considerados en abstracto, pueden (son capaces), si quieren (pues son libres), participar en la comunidad jurídica con independencia de que lo hagan o no. Para ello se les exigió, en los Derechos antiguos, con múltiples variantes locales, la pertenencia a una familia de estirpe libre (aquí se reproduce el viejo y conocido problema de los libertos con sus contradicciones internas y externas), la incorporación a una fratría, una hermandad de participación en una o varias de las estructuras organizativas de la vida ciudadana activa, se consideraba especialmente importante la incorporación en la milicia popular de la Ciudad-Estado: en Roma a una *curia* (12), y ser considerado miembro de pleno derecho de una ciudad (es dudoso si inicialmente valdría para ser persona estar integrado en una colonia con derecho propio).

En el Derecho romano de la época del Imperio la idea de persona coincide con la expresión *cives romanus sui iuris*. No hay datos ciertos sobre este proceso de atribución de la condición de persona, tan solo literatura, aunque bastante fiable, para la época de la República.

Fue la escuela española de Derecho natural, con una técnica puramente teológica y una visión cristiana de la vida, aunque muy influida por las interpretaciones veterotestamentarias, la que cambiará, limará y ampliará no pocas consecuencias de este planteamiento radical sobre los *hombres* (por ser creados a imagen y semejanza del mismísimo Dios), pero no avanzó ni un ápice en cuanto al estricto concepto de *persona* ni en cuanto a su extensión de esta calificación a todos los hombres. El discurso y la dimensión religiosa de la evangelización de poblaciones aborígenes de América y Oceanía está en la base de la ampliación del concepto iusnaturalista de la idea de *hombre*.

Para los teólogos-juristas lo capital para ser hombre radica en la conciencia de tener un alma inmortal, pero no se requiere de una existencia libre en esta vida, no era esencial para el propósito último de su análisis el que fueran o no personas, para este concepto seguían entendiendo suficientes las ideas propias del Derecho romano. Los indios y los filipinos se incorporan a encomiendas, no son esclavos pero sí están sujetos a una variable casi equivalente a la servidumbre, sin más virtud para ello que su predicada flojera para ser explotados como fuerza laboral y preferir los colonizadores el vigor de los esclavos negros africanos.

(12) Para BONFANTE la etimología de «curia» puede proceder de *coviria*: grupo de hombres en armas.

En los estudios de los españoles de esta época (13) todavía se sostiene que para ser persona el hombre tiene que tener el dominio sobre sí mismo y sobre las cosas que le son externas; es decir, la persona requiere como sustrato la presencia de un hombre viril. El masculinismo originario de la expresión (según la sensibilidad actual para cuestiones de idioma y su referente estructural) era obligado porque el concepto de persona [*aquel hombre (varón) que se hace valer ante los demás varones*] reflejaba una idea de pura fuerza. De fuerza canalizada y razonada, tanto en el sentimiento íntimo de la tenencia: sentirse tal, cuanto en el acto externo del reconocimiento ajeno de gozar de tal posesión (14).

La idea real de persona (primitiva si se quiere, aunque, para mí y pese a la aparente evolución, permanece casi inalterada en las sociedades verdaderamente civilizadas; la nuestra parece que está dejando de serlo) (15) se aferra a que personas lo son, los hombres de verdad, aquellos que se respetan a sí mismos y se hacen respetar por los demás; los verdaderos «hombres (incluidas en el universal las mujeres) de respeto» en el seno de una comunidad concreta (16).

Serán los pensadores humanistas y los teólogos luteranos quienes construyan la teoría de la persona que concluirá KANT (17) de una forma, tal vez, excesivamente poética pese a la sequedad que de ordinario preside su prosa.

Para estos será *persona* aquel hombre cuyos actos, con proyección sobre los demás, pueden serle imputados. Esta imputación estará limitada primero al orden moral de la profesión libre de la fe y de ella pasará al Derecho, a su concepción humano-céntrica y a la denominada con toda razón «autonomía de la voluntad».

A ERASMO DE ROTTERDAM le cupo del honor de influir positivamente, tanto sobre los luteranos como sobre los católicos, para que esta proyección pura-

(13) F. SUÁREZ, *Quaestiones de iustitia et de iure. Quaestio 12.^a*

(14) Esta es la idea motriz del pensamiento radicalmente moderno de A. SCHOPENHAUER en su monumental *Die Welt als Wille und Vorstellung*, 1.^a ed. de 1819 y la 2.^a muy revisada de 1844. Hay edición en lengua española de *El Mundo como voluntad y representación*, con traducción, introducción y notas muy necesarias para la cabal comprensión del texto de ROBERTO R. ARAMAYO en el Fondo de Cultura Económica. Ciudad de México, 2003.

(15) Con esto no quiero decir que esté abocada a la barbarie, sino a la tecnificación y al menosprecio de los grandes conceptos, ya que éstos no dan dinero, ni siquiera sirven para el reconocimiento personal de una actividad investigadora solvente.

(16) La versión literaria de esta idea para describir a las asociaciones y sociedades mafiosas constituye una burla de muy mal gusto, aunque esté muy extendida en los grupos sociales y comunidades en los que se confunde la realidad de las cosas con el reconocimiento formal de las mismas, tanto si se dan tales valores como si no se dan. Véanse si no los grandes corporativismos que seguimos padeciendo y soportando en detrimento del mérito y capacidad del que se hace eco la Constitución sin demasiado éxito.

(17) E. KANT, *Fundamentos de la metafísica de las costumbres*, pág. 82 y sigs. Traducción y edición de A. CORTINA ORTS, 4.^a ed., Tecnos, Madrid, 2005.

mente civil de este pensamiento inicialmente religioso se generalizase y se admitirse como elemento central del humanismo europeo bastante alejado de la intransigencia que, por desgracia, caracterizará a esta época.

El impacto que causará esta idea será tan importante que desde ERASMO, casi todos los componentes de la Pandectística (con la importantísima y discordante excepción de IHERING, como de costumbre por fidelidad a la verdad y al Derecho romano clásico), y los miembros de las más diversas escuelas jurídicas posteriores se desentenderán del concepto hombre y se centrarán en el de persona, como sujeto de derechos y deberes. Las personas tienen poderes para obligarse y obligar, para generar Derecho. Se entiende, si se lee hoy a los más ilustrados pandectistas, que el derecho generado por los pactos entre personas alcanza tanto al ámbito de lo público como de lo privado, pero en el posterior desarrollo, el que se suele estudiar hoy, el concepto afecta de forma especial a la esfera de los intereses privados y solo ocasionalmente a los públicos.

La toma en consideración de las valoraciones romanista y personalista del Derecho público tendrá que esperar a los estudios teóricos de los intelectuales y juristas que inspirarán las Revoluciones americana y francesa. Aunque el «pactismo» en los ámbitos políticos solo se desenterrará en tiempos de aguda crisis, en los tiempos ordinarios y en los de bonanza lo que se viene a subrayar es el imperio de la ley y la preeminencia de sus instrumentos humanos.

Ahora bien, al extender la condición de persona a todo hombre, el nacimiento de actos jurídicos se liga a una idea romana: la de *capacidad*. Aunque en el Derecho romano, a este respecto, se manifiesta mucho más limitada que en el moderno, como tendré ocasión de recordar más adelante.

3. PERSONALIDAD, CAPACIDAD E INCAPACIDAD

3.1. LA PERSONA Y LA CAPACIDAD, EN GENERAL

La idea actual de *capacidad* está íntimamente ligada a la aparición del concepto de persona y a la titularidad activa y pasiva de derechos, así como a la posibilidad directa de ejercer un derecho o satisfacer una obligación por sí mismo, sin intermediación alguna. Ahora bien, en su versión literal primigenia se quería hacer referencia a la apariencia externa de quien quiere por sí, pero con proyección sobre otros; una versión más de las notas de la voluntad y la representación que configuran el mundo moderno. La idea motriz que estuvo muy íntimamente ligada a la versión romana del *paterfamilias*, bien poco tiene que ver con la moderna versión del cabeza de familia, figura ésta también desaparecida.

O sea: la idea originaria de capacidad queda referida a alguien que, además de ser un individuo de la especie humana, es jefe de un grupo capital en la compleja estructura sociopolítica de Roma y ejercita por sí todas las funciones que son inherentes a su posición. De ningún modo tan elemental como lo resultarán ser las estructuras similares en la terminología que será propia de la sociedad liberal y, desde luego, la estructura de una familia romana propiamente dicha está casi reñida con la idea actual de una familia nuclear igualitaria.

La voz *capax* se corresponde con un adjetivo calificativo que en el Derecho romano antiguo tuvo por finalidad marcar tres situaciones bien diversas, casi opuestas. Sirve, de una parte y probablemente la primera en el tiempo, para discernir qué hombres son responsables por sus actos ilícitos, *capax doli*, contra el conjunto de la sociedad (traición); de otra, para recibir el imperio, *capax imperii*, que mide la autoridad del individuo para ser puesto al frente de un ejército en campaña y quiere dar testimonio de su competencia a tal fin. Por último y de forma más próxima a nosotros y más decisiva e influyente para nuestro Derecho, la configuración sirvió para convertir al hombre-individuo en *persona* y con tal reconocimiento habilitarle para *admir una herencia*.

Curiosamente (o no tanto, si bien se mira), en los Derechos antiguos y en el Romano se requerían más cualificaciones personales para aceptar que para repudiar una herencia (no un legado). Más que probablemente los juristas pensaban en la defensa del patrimonio y de la familia en el seno de una sociedad muy conflictiva.

La capacidad y la incapacidad originarias, las que hoy denominamos civiles, tenían que ver con un juicio de valor que era preciso emitir para permitir que un individuo se situase al frente de una familia o grupo de familias (*gens*).

Las virtudes originarias a evaluar guardaban relación directa con la decisión y la fuerza necesarias para la defensa física del grupo, que poco tienen que ver con las versiones posteriores de este mismo ordenamiento histórico y que miran a la *voluntad consciente e informada* necesaria para obligarse contractualmente, por supuesto en contratos de importancia. O sea: en aquellos negocios de tal naturaleza que no pueden celebrarse por los hijos de familia mayores, los libertos familiares o los simples mandatarios sin poder específico.

El término *capax* viene del verbo *capere*, cuya acepción más social significa tomar y retener para sí con terminología militar (18), al menos en el sentido de defender por las armas; y también, en el religioso de tomar posesión del altar (19) de los dioses manes y lares por parte del nuevo *pater familias* para honrarlos celebrando el culto debido.

(18) Tiene la misma connotación que hoy atribuimos al vocablo ocupar en esos mismos términos militares.

(19) En el sentido de la colación de un oficio religioso, tantas veces presente en los mejores estudios históricos de la posesión.

Se trata de un valor que sirve a la continuidad y estabilidad de una Casa, con todos sus intereses e implicaciones; en modo alguno se trata de un puro sujeto de derecho en los términos que serán propios de los pandectistas y de sus sucesores: los actuales civilistas. Este aspecto también está presente, pero como parte de un todo mucho más amplio y, qué duda cabe, más rico.

El término *capax* no se predica respecto de un *cives* cualquiera: libre y miembro de una familia romana que ha devenido *sui iuris* por ausencia de sumisión personal a otro *paterfamilias*; se requiere, además, no tener evidentes o graves problemas de *entendimiento, voluntad y apariencia física*, así como *saber expresarse de forma inteligible*. Hay que añadir, además, que se le tiene que calificar y declarar por la comunidad *hábil para heredar*, en la versión de sustituir a su *causante* al frente de la familia y en la posición económica, social y política que le correspondió a su antecesor.

Se trata, por supuesto, de un individuo dotado de ciertas cualidades intelectuales, pero sobre todo, carente de defectos físicos y psíquicos señalados, pensado todo el conjunto de requisitos y ausencia de defectos para encarnar una institución de la que afirmaríamos hoy que pertenece al Derecho privado, pero con notas que caracterizan a algunas instituciones de Derecho público.

El último texto legal que mantuvo esta versión tradicional e histórica de la capacidad fue el Código de Derecho canónico de 1917, en el que solo se exigía para recibir válidamente el sacramento del Orden (20).

Esta orientación, por fortuna, ha desaparecido del actual *Codex iuris canonici* de 1983. Para éste, al igual que para los restantes Códigos europeos, la capacidad depende exclusivamente de la inteligencia comprensiva y del saber y querer relativos al acto o negocio jurídicos que en el caso interese, así como de la ausencia de enfermedades mentales incapacitantes.

Parece ser que el primer jurista que empleó el término capacidad con significado radicalmente distinto al de ingresar en la comunidad jurídica

(20) En el canon 984.2.º CDC 1917 se declaraba que eran «irregulares» (impedimento perpetuo) para recibir el sacramento del orden «los defectuosos de cuerpo» y aclaran las consultas de las Congregaciones del Santo Oficio (14 de enero de 1918) y la de Sacramentos (1 de julio de 1918) respectivamente que están incluidos en este impedimento: los ciegos, los sordos, los mudos, los que carecen de un pie o una mano, los enanos, los que padecen una deformidad corporal notable, etc. Esta doctrina constante en la tradición y en el Derecho Canónico de las Decretales se hace eco de la que fue mantenida por el Derecho Romano y también el Derecho Hebreo para quienes eran llamados para servir cualquier cargo familiar, religioso sacerdotal o magistratura de Derecho público y en el canon 987, por su parte, se declaraba «simplemente impedidos» en su apartado 4.º a «los esclavos propiamente dichos antes de recibir la libertad», corrigiendo a los Derechos antiguos citados que requerían para los cargos ya citados la libertad como estado civil desde el momento del nacimiento; es decir, los libertos no eran capaces, pero sí lo eran quienes nacieron libres, fueron un tiempo esclavos y recobraron la libertad.

activa, la que fue propia de la sociedad romana y después de la medieval reflejada por el Derecho intermedio: en la versión que nos ha transmitido ALTHUSIUS, fue THIBAUT (21) el cual, apartándose del iusnaturalismo kantiano entonces dominante en el pensamiento jurídico, dio un paso más y examinó la persona como *sujeto de derechos y obligaciones* (22).

En este punto SAVIGNY, pese a su antagonismo en materia de política legislativa respecto de THIBAUT, seguirá los pasos de éste e incluso los ampliará a toda relación jurídica. Así, serán estos postulados los que se expandirán a todas las legislaciones europeas a partir de la expresión literal de los párrafos 30 y 31 del Código Civil del Reino de Sajonia.

La última pandectística, con su influencia casi silenciosa, discreta y eficaz, abrió la legislación general, tanto la de Derecho público como la de Derecho privado, a los principios de las Revoluciones americana y francesa y a los logros de la Codificación en materia de capacidad para suceder y para obligarse, también en cuanto para ser titular de derechos reales, pero evitando, en línea posibilista, el uniformismo que muchos intelectuales centroeuropeos esperaban. El resultado final será la inspiración de una legislación multidireccional, incluso en los errores conceptuales que, pese a todo, nos han servido para afinar las técnicas de análisis que a ellos debemos.

La afición por la generación de modelos duales, aprendidos del viejo y acreditado método geométrico de la enseñanza de las matemáticas, nos proporcionó en materia de capacidad un binomio poco útil, a mi juicio, y en cierto modo disfuncional: el de la distinción entre *capacidad jurídica* y *capacidad de obrar* y, a veces, con difíciles entrecruzamientos con la noción de *personalidad jurídica*.

El giro teórico de *persona* a *personalidad* pudo obedecer a una concesión gramatical para lograr un fluido juego dialéctico entre un sustantivo y el adjetivo derivado de este, pero ambos significantes coinciden en los rasgos esenciales, así como en la generalidad y en su referencia a la titularidad de derechos subjetivos.

(21) El que casi solo conocemos por su interesante disputa con SAVIGNY acerca de la oportunidad de emprender para el Imperio alemán una codificación cimentada a partir del modelo francés.

(22) Una posición reduccionista, aunque acabará por imponerse y ampliarse en función del arquetipo humano elegido para crear derecho, tanto legislado como enunciado en forma teórica: En Roma interesó el modelo del aristócrata situado al frente de un clan; la Codificación se centró en las necesidades de seguridad jurídica de la alta burguesía, y el mundo contemporáneo contempla como protegibles las aspiraciones de notoriedad de una clase media baja crecientemente proletarizada.

3.2. LA PERSONALIDAD (23)

El primer hallazgo jurídico de nuestra sociedad contemporánea no es otro que el de haber dejado fuera de toda duda que, sin excepción y conforme a la fórmula antigua vigente del artículo 30 de nuestro Código Civil, todos los *hombres* son *personas*; no se les presume personas como antaño, sino que sencillamente lo son: valen por sí mismos y tienen derechos importantísimos por el mero hecho de serlo; no se les trata de forma benévola como si fueran personas (esto vale tan solo para los *nasciturus*), sino que lo son plenamente en todos los órdenes jurídicos y sin excepción, también cuando carecen de toda capacidad de obrar.

El segundo paso jurídico a efectuar como consecuencia del anterior consiste en reconocer que las personas tienen personalidad y que esta noción incorpora sin más, de forma esencial y en su valoración jurídica la noción de *capacidad jurídica*. Es posible que este concepto tradicional tenga alguna funcionalidad distinta, no lo sé, pero a mí no me lo parece, ni he encontrado ningún ejemplo en el que la diferencia aporte alguna idea relevante, salvo que juguemos con una sutil argumentación construida sobre la base de reenvíos circulares. Así, para ser persona hay que tener la titularidad de algún derecho (ésta era la posición del Derecho romano), se tiene personalidad jurídica porque el ordenamiento reconoce en los hombres la existencia de derechos subjetivos de naturaleza fundamental y, además, se les reconocen los capitales bienes y derechos de la personalidad. En su consecuencia, todos los hombres tienen personalidad jurídica y capacidad para ser sujetos directos (sin intermediarios) de estos concretos derechos subjetivos y de otros muchos derechos personales y patrimoniales.

Lo hasta ahora expuesto no es, en verdad, una serie de consecuencias lógicas sucesivamente concatenadas, sino más bien un relato histórico por medio del cual, con avances y algún que otro retroceso, se ha ido asentando de forma progresiva, en nuestra sociedad —y en otras muchas, por fortuna—

(23) Respecto de este vocablo y en materia de Derecho de la Persona, hay que tener muy en cuenta que presenta dos significaciones bastante distintas. La tradicional jurídica, la que venimos tratando y a la que se refiere este epígrafe, que en expresión del Diccionario de la RAE significa: «Aptitud legal para intervenir en un negocio o para comparecer en juicio», como puede verse se trata de una definición muy cercana a la posición de SAVIGNY y de THIBAUT. La otra, más literaria y coloquial, se refiere a la configuración del carácter individual. Dice, de nuevo, el Diccionario de la RAE: «Diferencia individual que constituye a cada persona y la distingue de otra». Esta segunda acepción es la que toma en consideración el artículo 10.1 CE cuando habla de: «el libre desarrollo de la personalidad», y cuyas interpretaciones sesgadas e interesadas en manos de exaltados progresistas, de una parte, y de conservadores reaccionarios, de otra, nos viene causando algunos inconvenientes que obligan, a veces, a quienes tratamos de estos asuntos a tomar partido. Por ello manifiesto que por ahora estoy de acuerdo con el empleo que de este principio viene haciendo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, a veces y como es lógico con matizaciones.

la idea nada fácil de que los hombres son personas con la indeclinable titularidad de derechos fundamentales innatos para cuyo respeto no se requiere de intermediación alguna.

La posición, que es propia de la codificación, proviene de una superposición de figuras con las que se trataba de mostrar una nueva estabilidad en la que la capacidad, en vez de generarse en el seno de una familia jerarquizada interna y externamente e integrada en una *fratría*, *gens* o *clan*, es alcanzada por cada individuo aislado, por sí mismo, sin intermediación, sin posibilidad de excepción y bajo un nuevo esquema de valores.

Ahora bien, la familia burguesa se mantiene a lo largo de casi dos siglos apiñada a la sombra de un cabeza de familia que, a falta de la nobleza de sangre propia de los dirigentes sociales del antiguo régimen, trata de aristocratizarse por otras vías que, a mi juicio, resultan casi tan discriminatorias como las antecedentes y respecto de la posición social y funcional de las mujeres casadas, bastante más y de forma absurda, por cuanto esta posición estaba reñida con la lógica y la racionalidad de los principios que facilitaron a estos burgueses el asalto al poder con notable éxito.

Los burgueses ilustrados que promovieron las revoluciones americana y francesa querían para sí, y en la medida de lo posible para todos los demás, la jefatura de una familia a la romana. Se trataba de una ensoñación, de ningún modo una conclusión lógica o meramente sistemática.

No creo que fuesen conscientes los legisladores de que las familias romanas tomadas como ejemplo a imitar eran exclusivamente las senatoriales (muy pocas, que además necesitan para subsistir, en este nivel social, de otras muchas familias formadas por clientes, amén de la fuerza laboral de los esclavos) y que la formulación no proporciona una referencia válida para la generalidad de las restantes familias, sino más bien una suerte de tensión interna que acabará por estallar. Es más, tampoco parecen ser conscientes de que el Derecho romano no se preocupó jamás de qué ocurriría en realidad a quienes no eran ciudadanos romanos (el derecho de gentes se aplicaba a los extranjeros importantes, no a los inmigrantes, por ejemplo) y que tampoco se interesó demasiado por los romanos que no se encontraban en situaciones de poder o en los alrededores del mismo.

Las dos revoluciones ilustradas dirigen su mensaje teórico a la humanidad entera, pero el cálculo de coherencia entre medios y fines, entre lo que se manifiesta y lo que se quiere, queda circunscrito necesariamente a un limitado y muy bajo porcentaje de individuos.

La libertad preconizada tiene como límite efectivo la moral burguesa y, en consecuencia, se criminalizan los más graves atentados contra ella: el desorden público y el adulterio.

Por lo que se refiere a la igualdad, ésta se proyecta hacia arriba desde la burguesía que trata de consolidarse como clase, imitando a la aristocracia y

al alto clero, pero no prevé política igualitaria alguna y mucho menos hacia abajo (24). Las políticas de fomento, tan en boga a partir de los planteamientos ilustrados, tienen como finalidad casi exclusiva la dotación de las infraestructuras necesarias para el incremento de la productividad y a facilitar el ejercicio del comercio, sin interesarse por la distribución de la riqueza generada a partir de esta acción pública. A esta misma línea obedecen los planteamientos presupuestarios y las previsiones para imponer política monetaria liberal. Como puede observarse aún hoy en los Estados Unidos: la conquista personal de la igualdad, por supuesto hacia arriba, se presenta como un fruto de la actividad y de la lucha individual y esta orientación puede tener alguna razón si se funda en exclusiva en el pensamiento económico, porque la igualdad y el liberal-capitalismo parecen ser incompatibles, al menos a corto plazo. Personalmente entiendo este planteamiento como excesivamente duro, prefiero con mucho la proyección social en libertad que es propia del pensamiento keynesiano al hacer compatibles la libertad y la igualdad, entendida ésta como base de partida y como fundamento tanto de progreso económico como del social (25).

Bajo el nuevo esquema, para ser sujeto de derechos nadie deberá estudiar caso por caso la capacidad jurídica del supuesto titular, pero, por el contrario, habrá que concretar para algunos casos cuál sea la capacidad necesaria para ejercer los derechos de los que se es titular (la capacidad de obrar). Creo que ésta —la capacidad de obrar— si se limita en ocasiones de manera un tanto exagerada: serán frecuentes las declaraciones de incapacidad y también las limitaciones bajo las excusas de la seguridad jurídica y el obrar en interés de la familia, con interpretaciones bastante radicales (sometimiento de las mujeres en sus negocios a licencia marital y mayorías de edad retrasadas, a veces, hasta los veinticinco años en una sociedad cuya esperanza de vida se cifraba en los cuarenta).

Que el tema de la personalidad-capacidad subjetiva de los derechos traía consigo algún problema para su implantación resulta terminante en el caso concreto español del Proyecto de Código Civil de 1851. En este importante texto del proceso codificador español no hay duda alguna respecto de la recepción de la teoría pandectista de la doctrina de la persona válida para todos los hombres con independencia, parece ser, de las teorías antiguas y clásicas sobre los *estados civiles*, pero en el artículo 34 del mismo salta la sorpresa y en él leemos: *Los esclavos pertenecientes a españoles adquirirán*

(24) La distinción romana entre pueblo y «populacho» es llevada a sus últimas consecuencias, con olvido voluntario de que el nuevo pueblo está conformado por los sujetos que se han escapado de las estrecheces a las que se suele someter al denominado despectivamente populacho.

(25) Aunque el pensamiento de KEYNES no se encuentra precisamente de moda, me parece que no estará de más recordar que a él debemos nosotros, los europeos al menos, nuestro bienestar y, en gran medida los más de cincuenta años de paz y tranquilidad social.

la calidad de libres en el momento en que sean importados en el territorio continental del Reino o de sus islas adyacentes.

GARCÍA GOYENA (26), en el comentario de este proyectado precepto, hace una crítica feroz a la política de los Estados Unidos por mantener la esclavitud; pero no hace explícita ninguna condena contra tal proyectado artículo; y guarda hermético silencio sobre el mantenimiento de la esclavitud en Cuba, Puerto Rico y Filipinas, aunque debemos suponer que tranquilizaba su espíritu indudablemente liberal con la seguridad puesta en que las fincas destinadas al cultivo de caña de azúcar en aquellas Provincias de Ultramar no resultaban rentables comparativamente con idénticos cultivos llevados a cabo por los estadounidenses (a base del trabajo esclavo) con los que competían en el resto de América y fuera de ella. Los esclavos esperarán veintitantos años adicionales para ver llegar su liberación.

O sea: algunos hombres (los que ya son libres) son personas; no creo que haya la menor duda acerca de que para ser persona será preciso tener la condición personal de libre, aunque será indiferente que esta libertad sea originaria o sobrevenida. Así lo afirmó DONELLO en el siglo XVI, cuando dejó escrito: *servus homo est, non persona; homo naturae, persona iuris civilis vocabulum*. No hay lugar para revivir el paradigma de los libertos: libres sí, pero con actividad social y jurídica limitadas.

Este requisito de la libertad sigue siendo ontológico y por tanto necesario. Otra cosa es que se presuma la libertad de cada uno de los individuos y se afirme, además, como derecho constitucional de todos y cada uno de los hombres.

Sigue habiendo hoy casos clandestinos de esclavitud formal y abunda todavía la esclavitud material. Los esclavos actuales, sean éstos formales o materiales o las dos cosas, no deben tenerse por responsables de sus actos en absoluto; y si generan cualquier daño o perpetran alguna acción que, cometida por una persona libre, constituiría delito, deberán cargarse éstos íntegramente sobre la persona del propietario o explotador, con todas sus consecuencias, así como debería aprovecharse la acción procesal correspondiente para liberar al esclavo y condenar con toda severidad al esclavista (27).

Para que se opere la generalización de la personalidad, con el consecuente y lógico reconocimiento de la capacidad general para la titularidad de los derechos, tendrán que transcurrir tres cuartos del siglo diecinueve, nada menos.

(26) GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, edición de Zaragoza de 1974.

(27) Véase, sobre este punto, N. BERDIAEV, *De l'esclavage et de la liberté de l'homme*, París, 1946.

No tiene sentido que se hable a todas horas de esclavitud laboral y sexual, ambas ciertas, y no se condene por este hecho a los esclavistas en todos los puntos de la cadena de explotación ilegal de las personas.

4. LA DISCAPACIDAD

4.1. EN GENERAL

Desde una perspectiva exclusivamente jurídica, no resulta fácil de entender cuál pueda ser la causa racional que haya impulsado a los agentes sociales a favorecer un acelerado cambio terminológico para referirse cualitativa y agrupadamente a aquellos individuos que padecen ciertas insuficiencias o carencias impeditivas de su normal desarrollo social, pero conservan todos los elementales caracteres y funciones propios de la capacidad de obrar; es decir, tienen dificultades comparativamente y respecto de un individuo medio obtenido por moda estadística, pero se pueden gobernar por sí mismos, según parámetros obtenidos por idéntico procedimiento.

Bastante más comprensible resulta el que los órganos legislativos se hagan eco de una tendencia que se caracteriza por ser un fruto del dominante buenismo social para estimular la banalización del lenguaje; sencillamente, el resultado final forma parte exclusivamente del mensaje político al uso (28) y más vale no entrar en él. Esta posición va en detrimento de la seguridad jurídica (valor constitucional declarado) y sirve para acuñar un término extrajurídico, pero con valor jurídico aparente (concepto jurídico indeterminado), tomado de la bioestadística anglosajona (29).

El término *discapacidad* parece fue acuñado con el fin exclusivo de arrinconar a otra denominación genérica: la *minusvalía*, por guardar este último una relación estrecha con el resultado de una incapacidad laboral que obliga a quien la ha sufrido a abandonar su trabajo habitual. Se trata de una pésima traducción, más bien de una españolización, del término inglés *disability*, que se vino empleando de forma inicial para dar de baja permanente a un miembro de las fuerzas armadas y antes de proceder a su «desclasificación» para el ejercicio propio del rango que el militar ostentase antes de ser herido o padecer una enfermedad que impedía seguir al doliente en el ejercicio de su función. Es decir, lo que en el mundo anglosajón constituyó una generalización a partir de una situación concreta de incapacidad, entre nosotros resulta ser un enmascaramiento de una realidad insoslayable, también para generalizarla (30).

(28) El lector no debe ver, en este punto, el resultado de la legislación emanada de la mayoría parlamentaria actual, pues las oposiciones parlamentarias, en este punto almirado de la mal llamada «justicia social», hubieran llegado a una igual o muy parecida solución. Estoy convencido de ello.

(29) Ciencia o conocimiento auxiliar que no se caracteriza por contribuir a la concreción objetiva o subjetiva de una determinada situación de hecho digna de ser tenida en cuenta por el Derecho objetivo, más bien se dedica a la clasificación porcentual de los individuos de un determinado grupo territorial (o racial) y de una concreta edad.

(30) Se trata de una artimaña lingüística favorecida por quienes necesitan acudir a la semántica especializada para ejercer una función que se están inventando mientras se pone

Ahora bien, en el campo del Derecho de la Persona no debería haber lugar para los conceptos jurídicos indeterminados, aunque seamos conscientes de que las posiciones intermedias entre los modelos arquetípicos pueden resultar relativamente útiles frente a dilemas insalvables. En él debería imponerse la precisión si lo que queremos promover (con el verbo solo o con la acción práctica) o preservar guarda relación directa con la *libertad*, la *igualdad* y la *dignidad* de las personas, precisamente con aquellas que padecen limitaciones orgánicas o mecánicas severas o de ciertas limitaciones de orden psíquico no invalidantes.

Otra cosa bien distinta será si nos movemos en el terreno del novísimo paternalismo social al que en algún momento, más o menos próximo, le llegará el turno de la marcha atrás correctiva, cuando llegue la verificación de su ineficacia social ante la evidente e inevitable escasez de recursos económicos dirigidos más a paliar las inquietudes de los progenitores y familiares de los afectados por tales dolencias —por cierto, muy atendibles si hay dinero para todo— que a resolver, en la medida que la ciencia, la técnica y el derecho lo permitan, los problemas de los afectados o, al menos, a corregir y atenuar la situación en los casos más acuciantes y, por el momento, insolubles.

La atención a los minusválidos se ha vivido desde tiempo inmemorial como una tragedia familiar que se solucionaba o más bien meramente se atendía en el propio ámbito familiar y según el haber y poder de cada casa. Básicamente sigue siendo así, salvo en los casos que traen causa de accidentes laborales o se siguen de siniestros cubiertos por un sistema eficiente de seguros.

en práctica. Cosa, por otra parte, muy corriente en las épocas en que aparecen muchas profesiones nuevas destinadas a cubrir incumbencias que ya estaban estudiadas y atendidas por profesionales con una especialidad más amplia, para la cual se requería de una superior capacidad intelectual y, por tanto, resultaba más caro para las instituciones. En este caso ocurre como en casi todas las ocupaciones que llevan el epíteto social incorporado, con razón o sin ella.

Más bien, entiendo que el continuado cambio de significativo sin que varíe en un mínimo ápice el significado manifiesta la existencia de un preocupante problema social que, hasta este momento, los interesados activos y pasivos del mismo no son o somos capaces de encauzar ni siquiera en el campo, últimamente muy permisivo, de la semántica. Claro está que ponerle nombre a las cosas, a los pensamientos y a las ideas resulta una tarea difícil, sobre todo cuando se quiere practicar una suerte de «moral social» sin más fundamento real que el de aparentar la práctica de una corrección política.

O sea: mantenerse a mitad del camino entre lo que se está obligado a hacer y lo que resulta cómodo poner en práctica, en el mejor de los casos, con posibles rendimientos políticos ciertos, pero sin dar un solo paso más.

A pesar de esta crítica que entiendo fundada en cuanto se refiere a su aspecto formal, declaro gustoso que bienvenidas sean todas las iniciativas de concienciación, incluidas las interesadas, pues estamos sobrados de buenas intenciones y nos falta, de qué modo, convertirlas en actos. Las situaciones de capacidad limitada o con disminución sobrevenida requieren de efectivos estímulos y de normas que potencien las pertinentes respuestas al problema.

Las discapacidades que se padecen desde el nacimiento, las que tienen carácter hereditario, las debidas a enfermedades con efectos degenerativos o de cualesquiera sucesos traumáticos no cubiertos por los sistemas de aseguramiento públicos o privados corren a cargo de las familias que sufren tal desgracia, contando a veces con el concurso del Estado u otros entes públicos territoriales y se contemplan como si de una maldición bíblica se tratase.

La discapacidad merece y necesita de un apoyo social decidido en los campos que van desde el fomento de la enseñanza especializada para cada una de las deficiencias susceptibles de corrección, en cualquier grado, hasta los apoyos económicos directos a los que las sufren y sus familiares que deben destinar gran parte de sus energías y recursos materiales a ayudarlos. Sin embargo, en nuestro sistema jurídico deberían primarse, en todo caso, las ayudas que sean especialmente susceptibles de abrir posibilidades tendentes a la más plena integración posible del discapacitado en la sociedad en las condiciones lo más cercanas posible a la igualdad y siempre con respeto total a la libertad del discapaz. Un objetivo probablemente utópico, pero el único que nos permitirá avanzar en la normalización de situaciones, siempre y en todo caso, excepcionales.

El combate frente a los efectos negativos de la discapacidad es una cuestión, además de jurídica, también económica —macroeconómica— pues lograr la disminución o supresión de la incidencia de la discapacidad sobre la vida ordinaria de las personas requiere de fuertes y continuados dispendios (no es solo una cuestión de inversiones en redes sociales e infraestructuras, sino que hace falta mantener una línea de constantes inversiones afectas al sistema) y estos gastos siempre tendrán una enemiga casi insuperable de oposición silenciosa basada en la baja eficiencia en rentabilidad a corto plazo de los recursos que se destinen a tales finalidades operativas, siempre resultará más barato otorgar pensiones, acordar subvenciones y desgravaciones fiscales que financiar, en un grado medianamente aceptable, la incorporación social de los discapacitados a las tareas ordinarias de producción. Esto debería ser tenido en cuenta por los políticos y conocido por la sociedad con todas sus consecuencias.

Las minusvalías o las discapacidades, en cuanto a sus fundamentos jurídicos, no mantienen una identidad de discurso con aplicación de la lógica que es o, tal vez, fue propia del discurso capacidad e incapacidad.

El discapacitado o minusválido es observado por la sociedad y, en su consecuencia, por el Derecho como una persona que siendo capaz de obrar, o bien sufre limitaciones o padece serias dificultades para obtener un puesto de trabajo o incluso para aprender una profesión u oficio, o bien se encuentra ante una imposibilidad para seguir trabajando en su profesión habitual o en otra similar. De ahí que la disciplina jurídica que hasta ahora había venido estudiando sus problemas fuera el Derecho del Trabajo y que la actuación

administrativa de protección proviniese del ámbito de los los órganos del Ministerio de Trabajo o de la Seguridad Social, aunque con ello se evidencia lo parcial de la atención jurídica que se ha venido prestando a estas personas y, sobre todo, la insuficiencia teórica y práctica de su tratamiento jurídico. Y ello en razón de que la dimensión de discapacidad o invalidez se erigía en torno al *homo faber* y no a la realidad vivencial de quien sufre limitaciones físicas o psíquicas apreciables o graves, provengan éstas de un accidente laboral o no, o lo hagan como consecuencia de una deficiencia o malformación originaria o del padecimiento de una enfermedad degenerativa.

No me cabe la menor duda de que las nuevas y novísimas orientaciones se fundan en las mejores intenciones, las de procurar el bienestar de los discapacitados y proporcionar ayuda y tranquilidad de sus familias. Intentan también, esto es enteramente cierto, crear un clima social propicio para alcanzar una conciencia y soluciones basadas en la igualdad y la más amplia integración social, porque se trata de una cuestión que exige de una acción concertada y global. Además y lo que es mucho más difícil, tratan de alcanzar una nueva visión individualizada de los problemas y una concienciación también individual para cada problema personal y, a buen seguro, familiar, que poco tienen que ver con allegar nuevos y mayores recursos presupuestarios, siempre necesarios.

La discapacidad está pasando de ser una circunstancia que dificulta o impide la inserción social de un individuo a constituir una circunstancia que interfiere de forma directa en la conformación (unas veces, pocas) o en la consideración (las más de las veces) de la persona física en relación con la adquisición o ejercicio de los derechos que le asistan, sean estos de la personalidad, fundamentales de carácter y naturaleza constitucional, o hijos de las convenciones de derechos humanos aplicables en nuestro país y ordinarios del indispensable y capital tráfico jurídico y, por tanto, pasan a constituir un elemento más de la conformación del *Derecho Civil constitucional de la Persona*.

Es cierto que el abanico de tipos y grados de discapacidad dificulta en grado sumo la adopción de una pauta general para el tratamiento de la discapacidad, entendida como el padecimiento de una deficiencia física o síquica no incapacitante que permite el autogobierno de quien la padece, por ello me parece que las vías de protección deben acomodarse al caso, de forma individual o, como mucho, general, de manera que el necesario tratamiento general evite la discriminación entre clases, tipos y grados de discapacidad. Ésta sería la última afrenta que podría proporcionarles la sociedad y sus órganos de gobierno a quienes las padecen y a sus familiares, sobre todo en un momento como el presente en el que, al parecer, se trata de abandonar la histórica situación de marcadas diferencias por mor de auspicar desde el Estado ciertas sensibilidades y desatender, o casi, otras realidades.

No obstante lo anterior, la libertad personal, tanto como valor estrictamente personal, cuanto valor y virtud constitucional, debe ser preservada incluso a costa de dificultar la atención que se debe dispensar.

Entiendo que este modo de ver las cosas no sea el más conveniente en la época de la eficiencia y en la del encarecimiento de los servicios asistenciales, comprendo que la agrupación forzada de discapacitados permite, además de abaratar costos, descargar, en cierto modo, de trabajo y responsabilidad a los llamados a prestar apoyos, pero me parece que la libertad y la igualdad así lo demandan y exigen.

No me atrevo a predicar el mismo discurso a favor de la libertad para los casos que se sitúan en los límites entre la capacidad y la incapacidad o en los de la más severa y obligada dependencia, aquí el juicio de valor deberá tener muy en cuenta las circunstancias personales de todo orden de los llamados a prestar la atención que necesitan los discapacitados y los de quienes les atienden por razones familiares.

Se impone una visión plenamente realista que dista mucho de los buenos deseos, de los llamamientos al sacrificio en interés de la familia o de ensalzar las recompensas que ofrece la caridad a quienes la practican, y se acerca más al esfuerzo colectivo de destinar más recursos económicos y medios materiales tanto directamente a favor de los propios discapacitados como en interés de sus cuidadores, sobre todo cuando los mantengan en un régimen de vida y convivencia lo más cercano posible a la normalidad de su entorno.

4.2. PRIMEROS PASOS DE PROTECCIÓN DE LA DISCAPACIDAD EN ESPAÑA

La discapacidad (minusvalía) como situación personal ha sido construida, también entre nosotros, a partir de la comparación entre «normalidad» y «deficiencia» en términos de análisis bioestadístico de la realidad observada a partir, primero, de la siniestralidad laboral y, después, del resto de los accidentes; por ello muestra una clara orientación hacia el modelo sociológico del *homo faber*.

Esta rica experiencia se ampliará con la actividad desarrollada por la Organización Nacional de Ciegos (la bien conocida ONCE), concebida de forma casi integral y autosuficiente a imagen y semejanza del Estado corporativista y autárquico que la concibió, creó y patrocinó, en plena Guerra Civil española, por iniciativa del entonces Ministro del Interior Serrano Suñer. Una iniciativa muy loable, aunque por lo que a mí se refiere siempre me ha resultado incomprendible que no estuviera abierta al resto de los minusválidos capaces de vender el cupón de los populares «iguales», con lo que se generó una clara discriminación que se mostró, andado el tiempo, difícil de superar. ¡Hasta en la desgracia a los hombres nos es posible generar nuevas clases sociales!

Se trataba de una excelente base de partida y sigue siendo hoy un antecedente muy útil, para múltiples experiencias de aprovechamiento de las capacidades subjetivas, de gestión de recursos humanos y de ayuda mutua, aún con el riesgo de generar un exceso de optimismo.

Tengo para mí que la exagerada vocación de generalidad que nuestro legislador otorga a las normas, aún para las especiales por razón de los destinatarios de las mismas, se suma al también exagerado optimismo sobre los efectos de la ley en relación con los problemas que dice encarar. Este planteamiento lastró a la Ley 13/1982, de 7 de abril, de *integración social de los minusválidos*, pues resultó que desde su gestación padecía el habitual problema de abrir unas expectativas desmesuradas; pues ni la sociedad ni su economía estaban preparadas para su planteamiento y para las esperanzas que, indudablemente, trataba de suscitar. Ahora bien, es también claro que sirvió para poner en movimiento una reacción frente a la resignación pasiva, para responsabilizar a toda la sociedad en los problemas de la deficiencia y la salud que se consideraban asuntos privados de responsabilidad exclusivamente familiar; y para abrir nuevos cauces de acción y preocupación colectivos.

El planteamiento de la cuestión como pérdida de una habilidad poseída y como posibilidad de recuperación parcial de la misma o de adquisición de otra destreza profesional daba ímpetu a las tareas rehabilitadoras y a las acciones de reinserción social, pero salvo en el ámbito de la ONCE no había entre nosotros experiencia en enseñanza y formación a partir del hecho de la minusvalía originaria o producida en tiempo de aprendizaje, un proceso mucho más duro y difícil, pero también mucho más ambicioso y enriquecedor que abre vías más amplias para generar igualdades reales o paliar desigualdades antes tenidas por inevitables, ya que resulta evidente que permite la incorporación en la vida social —objetivo más amplio que el laboral del que trae causa— a personas que estaban constreñidas a vivir en un horizonte restringido al familiar, como mucho, y económicamente dependiente, casi sin excepción.

Esta inversión parcial del modelo inicial se debió a los esfuerzos de estudio y planteamiento efectuados en su día por el SEREM y su primer director FARRÉ y su equipo de colaboradores, que se materializaron en la ley antes citada y tenían un mucho de arriesgada apuesta, de convencimiento en la eficacia de un modelo susceptible de ser aplicado a otras circunstancias, que ya dio sus frutos en la ONCE y servía para dar fe de la concienciación de la sociedad entera, pero tenía el riesgo del desencanto.

Se puede afirmar que también, en este campo, la metodología de la acción social está sujeta a la inapelable regla de prueba y error, y es preciso y de justicia reconocer que la respuesta social ha sido positiva en todos los sentidos y aspectos. Si bien, ¡y cuándo no!, es necesario e inevitable perseverar en la acción social, profundizar en el análisis de las necesidades y afinar en los remedios jurídicos y de todo orden ofrecidos hasta ahora. Será bueno

perseverar porque, para siempre y en cualquier circunstancia, el indicador que marque la resultante entre inversión económica en este campo y resultados obtenidos será negativa y contra ella se aducirá, con ciertas razones también respetables en parte, que si tales inversiones se efectuaran en campos productivos los discapaces podrían gozar de mayores rentas familiares en el futuro.

Quienes así piensan no alcanzarán nunca a ver que en el mundo de la discapacidad, de la incapacidad y de la vejez, los únicos y reales interesados viven sus necesidades constantemente en presente y que el futuro más brillante posible para ellos consiste en que se siga viviendo un presente lo menos malo posible o, si se quiere arriesgar una formulación positiva, que el presente sea lo más arropado y cariñoso posible.

Los agentes sociales en su totalidad, los que podríamos denominar «los otros interesados», pese a sus meritorias acciones, siempre tendrán la satisfacción de refugiarse en el deber cumplido o en el pensamiento menos confortable, pero también consolador, del haberlo intentado. Solo para éstos otros interesados tiene un sentido real y, por cierto, muy razonable el análisis teleológico de valorar el esfuerzo aplicado observando críticamente el resultado obtenido.

Es necesario profundizar en el concepto que debería acordarse como propio de la discapacidad y separarlo, en la medida de lo posible, del que corresponda a otras limitaciones que puedan padecer las personas, dando lugar a una reacción jurídica encaminada al restablecimiento del equilibrio, pues de lo contrario se puede confundir la incapacidad en el seno de la discapacidad, con daños irreparables para su correcto tratamiento jurídico, siendo éste de radical importancia para las personas y la efectiva protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas.

Sin duda, las ayudas jurídicas y sus consecuencias de protección económica pueden, e incluso deben, ser comunes y hasta idénticas para discapaces e incapacitados según el grado de invalidez para ganarse el sustento y de este modo simplificar la gestión e incrementar el tratamiento igualitario. Pues la igualdad, como resultado de la vivencia de tal valor constitucional, social y moral, tanto mira al acercamiento de quienes tienen ciertas dificultades síquicas, físicas o sensoriales respecto de aquellos otros que no las padecen, cuanto atiende a evitar, por todos los medios, la discriminación entre los mismos discapaces y entre éstos y los incapaces.

A este concreto respecto recuérdese que durante décadas los ciegos, gracias a su propia organización y protección estatal específica, contaron con mejores medios de vida y de adaptación laboral que el resto de los inválidos con plena capacidad jurídica.

Lógicamente la corrección igualitaria no puede predicar la disminución de ayudas y recursos destinados a los ciegos, sino favorecer la extensión de tales ayudas al resto de los inválidos capaces, así como de los sistemas de

corrección de desigualdades de que venían gozando y sobre todo del sistema de enseñanza de profesiones compatibles con cada discapacidad.

Aprovechar la experiencia de la ONCE puede servir para acelerar la igualdad y con ella la autonomía personal y económica de bastantes tipologías de discapacidad. En esencia la política sobre discapacidad tiene por objeto favorecer la igualdad, nada más y nada menos, creando las bases de una estabilidad social para aquellos que no podrían alcanzarla con facilidad por sí mismos, por lo que el grado o amplitud de la dolencia discapacitante no debería servir para graduar la ayuda económica a recibir, sino para establecer los medios que se requieren en cada caso para paliar sus efectos y hacer disminuir las diferencias que puedan superarse.

Es conveniente afinar en estas materias que para ciertos colectivos con poder de opinión pueden parecer argumentos propios de picajosos juristas y encaminados a impedir o dificultar que las políticas de ayuda a estas desgraciadas circunstancias personales e individuales pierdan de vista la individualidad de las personas que vayan a ser objeto de la política de acción social. Repito una idea anterior que me obsesiona: por definición, los medios técnicos, económicos y jurídicos encaminados a la corrección de los efectos de la discapacidad deben incidir en la obtención de vías de igualdad, pero sin restringir ni en un ápice la libertad que es propia de aquellos que tienen capacidad jurídica de obrar.

La discapacidad que contemplamos como situación personal presume la posesión de tal capacidad. Ésta no depende de la ayuda que se tenga que recibir, ya que hablamos de libertad para conocer y querer intelectivamente, no de la de desplazarse, estar solo o acompañado, etc., también importante, pero no decisivas en la integración de potencialidades que conforman la personalidad.

La libertad solo puede ser limitada en el caso de las personas que son incapaces de gobernarse por sí mismas y la limitación deberá restringirse y responder lo más exactamente posible a ese grado, no más. La libertad solo es restringible cuando se tiene la certeza de que, de mantenerla irrestricta, pueden derivarse males importantes para la propia persona que padece una enfermedad mental, también si pone de forma directa en peligro a las personas de su entorno.

Quienes somos capaces y nos sentimos con vocación y preocupación de poder influir positivamente en las condiciones de las personas con discapacidad, o en los problemas de los incapaces, debemos evitar por todos los medios, creo yo, que los cuidados, las ayudas y las ventajas que les tratamos de procurar no tengan el inconveniente colateral de cosificarlas, de hacerlas objeto de un trato exquisito que les haga la vida cómoda e incluso agradable, en medio de sus padecimientos y limitaciones, pero de forma impuesta, de tal modo que anule o limite gravemente su libertad. Debemos tener presente que antaño, pero no hace mucho, a los no libres no se les consideraba personas; ahora afortuna-

damente lo son, pero no deben serlo tan solo sobre el papel, sino en la realidad cotidiana y social. Creo con convencimiento que la preservación plena de la libertad bien vale correr un cierto grado de riesgo, por supuesto calculado y con la previsión de establecer, en su caso, las oportunas correcciones.

4.3. LA DISCAPACIDAD CONTEMPLADA EN LA LEY 41/2003, DE 18 DE NOVIEMBRE

La finalidad de esta Ley 41/2003 no puede ser más clara y terminante, su función es favorecer que la respuesta a las necesidades económicas que se generen en la atención de los discapacitados, en la medida de lo posible, provenga de las economías privadas, básicamente de sus propias familias; o, lo que es lo mismo, que las previsiones grandilocuentes del artículo 49 de la Constitución (31) resulten lo menos gravosas para el erario público en alguna de sus innumerables cajas correspondientes a las distintas Administraciones.

El apartado 1 del artículo 1 de la referida norma establece que *el objeto de esta Ley es favorecer la aportación a título gratuito de bienes y derechos al patrimonio de las personas con discapacidad y establecer mecanismos para garantizar la afección de tales bienes y derechos, así como los frutos, productos y rendimientos de éstos, a la satisfacción de las necesidades de sus titulares*. Tal vez, entendiendo el legislador que podía no haber quedado claro el mensaje, añade un segundo párrafo así de inútil: *Tales bienes y derechos constituirán el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad*. Además para demostrar cuál es el objetivo propio y único del legislador se establece en el número 2 de este mismo artículo que: *el patrimonio protegido de las personas con discapacidad se regirá por lo establecido en esta Ley y en sus disposiciones de desarrollo, cuya aplicación tendrá carácter preferente sobre lo dispuesto para regular los efectos de la incapacitación en los títulos IX y X del libro I del Código Civil*. Es decir, en caso de necesidad para la gestión económica, con esta finalidad se prescinde sin más y sin distinguos de todos los impedimentos de un formalismo jurídico garantista cuando se cruce en el camino del propósito clarísimo de «tocar pasta».

Es evidente que los mecanismos de la incapacitación y de la guarda de menores e incapacitados, a eso se refieren los títulos referidos, eran perfectibles, sobre todo, en materia de desconfianzas económicas sobre las personas que tienen encomendada la penosa misión de guarda y en complejidades judiciales,

(31) Uno de esos muchos artículos vacíos de la Constitución que solo sirven para crear infundadas expectativas en las personas y familias que tienen alguno de los problemas o carencias a las que en ellos se hace referencia o para crear agencias, organismos autónomos y hasta ministerios sin competencias reales ni medios financieros con los que hacer frente real al problema. Una pena, muy al estilo de la Administración moderna, nacional e internacional: una fábrica de gastos para enunciar un problema.

pero su imperfección puede y debe conducir a su reforma, de ningún modo a la subordinación de una ley sustantiva y garantista de los derechos de las personas a otra que de esta capital materia pasa sin quererse enterar del fondo real de la cuestión, le interesa lo adjetivo y circunstancial pero con valor crematístico no solo para los beneficiarios, sino también para los administradores.

Por si esto fuera poco, hay que dejar constancia que es evidente también que la Ley de 2003 no tiene en cuenta de forma general los problemas económicos ligados con la discapacidad, ni siquiera la posición económica del discapaz, en general, sino de forma enteramente particular. Le interesa el discapaz con posibles y para ello le resulta indiferente quién y cómo se constituye el mentado patrimonio. La lectura a distancia y en frío del artículo 3 de la ley facilita la constitución al propio discapaz, a sus padres y parientes, a tutores, curadores y guardadores, a los meros guardadores de hecho y a cualquier persona con interés legítimo, lo que supone que se dan aquí todas las habilitaciones posibles casi sin límite, con lo que se puede constituir un patrimonio de estos con más facilidad que para ingresar en la legión extranjera en tiempos de paz. Todo un contraste con los controles que pesan sobre los padres y guardadores de menores e incapacitados. Con lo que queda demostrado que pasamos de un sistema demasiado rígido a otro excesivamente laxo sin transición y solo interesa para graduar las medidas quién sea el promotor y los interesados en el contenido real de la norma y sin que casi nadie se escandalice.

Para esta ley la condición de persona discapaz resulta puramente matemática o, más exactamente, porcentual, pero sin que se determine en qué consiste la referencia a la plenitud de la que el resultado medido es la parte (32). La norma parece desconocer que la discapacidad sea una cuestión de hecho con base y consecuencias jurídicas, sino el resultado de un puro dictamen médico con un gigantesco poder discrecional. Desde luego la cordura y honestidad de los técnicos y de las comisiones de valoración se dan por descontado y sin abrigar, al respecto, la menor duda; lo que se discute aquí no es la confianza o la desconfianza en los dictaminadores, la cuestión gira en torno a la raíz de la objetividad, sus procedimientos y sus consecuencias. En materia de personas y su capacidad, lo jurídico tiene que ocupar el primer lugar, pues lo que está en juego es la libertad y igualdad de las personas directamente afectadas, las que prestan auxilios de todas clases son importantes y hasta cruciales, como ocurre con la economía, pero debe quedar siempre claro que se trata de circunstancias, excepcionalmente importantes e influyentes, pero circunstancias al fin y al cabo.

(32) El texto del artículo 2.2 afirma que: *a los efectos de esta Ley, únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100. b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100.* Sin referencia alguna al modelo que se toma como medida normal de la capacidad.

Entiendo que para el propósito expresado por la ley hubiera sido preferible una legislación que incorporara a nuestro ordenamiento las instituciones de los *trust* y *charity funds*, propios del Derecho anglosajón de ambos lados del Atlántico, copiando lo mejor de ellos, que es mucho, y soslayando sus defectos y las dificultades de conexión entre tan distintos sistemas, en vez de generar este *totum revolutum* en el que no se resuelve ni de cerca la cuestión, pero no se deja títere con cabeza: Se desconoce a qué oscura finalidad obedece transferir a la Fiscalía el control de la gestión de estos patrimonios, cuando el Ministerio Fiscal es casi igual de rígido que la judicatura y, además, para muchas cuestiones requiere la venia judicial, cuando no la directa intervención de los jueces; prescindir de la pública subasta en los casos de necesidad de enajenar bienes de estos «fondos», recuérdese que éstos se han diseñado como patrimonio un conjunto de bienes y derechos afectados, una institución a mitad de camino entre las soluciones tan criticadas por medievales y las juzgadas muy severamente de rígidas, como son las titularidades administrativas; alterar las moralistas reglas de desheredación y legítimas, haciéndolas más complicadas e inútiles de lo que ya lo son de por sí; y otras modificaciones en las que el legislador, ora recuerda la existencia de Derechos forales y especiales con plena competencia en la materia, ora los ignora olímpicamente quedando restringida su vocación reformista al pobre Código Civil (que parece molestarles sobremanera). No obstante, el examen de estas materias, con ser importante, no atañe al propósito final del presente estudio, por lo que me limito a dejarlas críticamente apuntadas.

De todas formas de esta Ley sí se pueden extraer dos conclusiones útiles y clarificadoras de la cuestión:

La primera, que la discapacidad constituye una situación fáctica que no influye en la disciplina propia y específica de la incapacidad y sus consecuencias jurídicas, por lo que los discapaces son, en principio, plenamente capaces de obrar, si bien su personal situación fáctica debe dar lugar a que los que la padecen sean considerados beneficiarios directos de determinadas ayudas sociales y económicas, amén de objeto de especial protección en los negocios jurídicos de naturaleza personal o patrimonial de los que sean parte.

La segunda, que la Ley deja muy claro que los sometidos a tutela o curatela en razón de su particular grado de limitación o incapacidad para ejercer por sí sus derechos subjetivos, sí son discapaces y por lo mismo beneficiarios de las ayudas que puedan corresponderles conforme a las disposiciones legales y reglamentarias y personas con derechos a ser protegidas por las Administraciones públicas.

En resumen: se puede afirmar con todo rigor que no todos los discapacitados carecen o ven limitada su capacidad de obrar o deben ver alteradas por su condición personal su libertad e igualdad reconocidas constitucionalmente

y también se puede afirmar que todas las personas sometidas legalmente a tutela o curatela son discapaces acreedores de las ayudas y protecciones acordadas para ellos.

4.4. LA CONVENCIÓN DE 13 DE DICIEMBRE DE 2006. RATIFICADA POR ESPAÑA EL 23 DE NOVIEMBRE DE 2007 (BOE DE 21 DE ABRIL DE 2008)

4.4.1. *El propósito de la Convención*

En el Preámbulo de la Convención, pese a un lenguaje rebotante de lugares comunes muy propio de las Naciones Unidas y su redacción a partir de los convencionales gerundios, se hace hincapié en que la función de la misma no es otro que el de combatir la discriminación que las personas aquejadas de discapacidad sufren o pueden sufrir, calificando a esta práctica como vulneración de la dignidad y el valor del ser humano.

Se encamina también a valorar las contribuciones que realizan o pueden llevar a cabo las personas discapacitadas e insiste, conforme a la moda del momento, en que las mujeres y las niñas discapacitadas sufren más que el resto, aunque sin argumentar ni dar razón de esta permanente conclusión.

Y, cosa rara, elogia la función que la familia suele realizar en la protección directa de las personas discapacitadas y afirma que *la familia es la unidad colectiva natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a recibir protección de ésta y del Estado*, así como que *las personas con discapacidad deben recibir la protección y asistencia necesarias*, señalando en varios pasajes las atenciones que deberían recibir y la especial atención al respecto que deberían presidir el ejercicio de estas actividades.

La Convención, como suele suceder con estos textos destinados a la humanidad, entidad excesivamente difusa para la formulación del Derecho, no deja claro en ningún momento qué entienden las Naciones Unidas por *discapacidad*, y, por supuesto, el término *incapacidad* no existe para el texto. No obstante, en el artículo 1.º, párrafo segundo, se intenta una descripción en los siguientes términos: *Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*, pero en el Preámbulo, apartado n), sí se explicita que para la Convención interesa especialmente *la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones*; precisamente las dos notas esenciales y la circunstancia respectivamente que no pueden realizar por sí mismos los incapaces, con lo que no pueden valerse por sí mismos y por ello es preciso que

previamente a su caída en incapacidad hayan tomado sus medidas en orden a la generación de poderes preventivos designando su representante voluntario o que el aparato judicial del Estado provea a tal fin designando un tutor que ejerza la representación legal de la persona incapacitada.

De todo el contexto de la Convención se deduce que ésta queda referida a personas que requieren de ciertos complementos de capacidad o de favorables actuaciones administrativas encaminados todos ellos a la remoción de «barreras», término que, en este texto, presenta un amplísimo significado de «impedimentos removibles» y que contrasta abiertamente con las «necesidades vitales no removibles» que requieren los incapaces por su falta de autonomía. Creo que por ello puede afirmarse con cierta rotundidad que esta Convención de las Naciones Unidas de 2006, que, pese a ser un texto legal internacional ratificado por el Reino de España, en modo alguno obliga a una revisión de fondo del tratamiento esencial de los cimientos materiales de la *incapacidad* (33).

Ahora bien, con todo fundamento puede afirmarse que, en primer lugar, los requisitos esenciales propios de la invalidez deben interpretarse muy restrictivamente; esta posición siempre fue la propia de nuestra legislación y de la mejor doctrina española.

En segundo lugar, que es necesaria una interpretación amplia de las situaciones de curatela y que en ellas la autonomía e independencia que resta a la persona discapaz resultan ser determinantes de su particular situación, si bien ésta no da lugar a la aparición de un verdadero estado civil tuitivo de la personalidad.

En tercer lugar, que los beneficios, facilidades y ventajas económicos y sociales que se otorguen y acuerden por las Administraciones Públicas en favor de las personas con discapacidad resultan, por su misma finalidad protectora, de aplicación directa para las personas que no pueden gobernarse por sí mismas, pues como ya apunté más arriba, todo discapacitado no tiene por qué necesariamente ser un incapaz, en la medida en que puede gobernarse por sí mismo, de alguna forma y por limitada que ésta sea; pero todo incapaz sí es, a su vez, un discapaz, con la circunstancia añadida de no poder tener ni independencia ni autonomía personales.

Esta línea de pensamiento, en cuanto a su alcance, queda explicitada y ratificada en los artículos 24 (relativo a la «educación»), 27 (trabajo y empleo), 29 (participación en la vida política y pública), y 30 (participación en

(33) El CNY trata de la discapacidad que para nosotros se mantiene como una categoría distinta de la incapacidad en el grado en el que se requiere prorrogar la patria potestad u organizar la tutela. En todo caso, el problema se plantea en torno a los supuestos de curatela, en los que el curador completa la voluntad del sometido a la misma y que en la línea del convenio presupone admitir por hipótesis que quien quiere y actúa es el sujeto sometido a la misma.

la vida cultural, actividades recreativas, esparcimiento y deporte), ya que casi todas estas manifestaciones de la actividad plenamente humanas quedan fuera del alcance real para los incapaces, incapacitados o no.

4.4.2. *Definiciones y su relación con los fines de la norma*

Con el término *definiciones*, la Convención proporciona a los países signatarios discretas posibilidades para restringir la amplitud de sus teóricas aspiraciones y parece limitarse a ser una norma más de buenas intenciones en la más constante actitud que ha venido siendo característica de esta institución internacional con vocación literaria de universalidad y práctica de consagración del imperante *status quo* que la creó en 1945.

En este artículo 2, dedicado a las definiciones, se devalúan los fines del texto en la misma medida en que así lo requiera cada país signatario; así, en el párrafo cuarto del mismo y bajo la idea de *ajustes razonables* (34) se proporciona a la medida de cada cumplidor la excusa necesaria en términos de proporcionalidad quedando exonerado de «toda carga desproporcionada», así todo el tercer mundo y las denominadas potencias emergentes, pero también los países del primer mundo pueden apuntarse al club de las buenas intenciones y no tener que cumplir exactamente lo pactado, bien sea por la magnitud de los problemas con que tienen que enfrentarse, bien sea por la ingente población afectada por las limitaciones que se tratan de salvar, bien sea por ambas razones y por respeto religioso o moral respecto de una determinada sociedad para con las penalidades que los dioses o la fortuna someten al ser humano a sufrir en sus carnes o en su espíritu (por qué no liberadoras limitaciones individuales y, en tanto que tales, dignas de respeto). Esta, se dice, es la posición personal de la mayor parte de los ciudadanos de la Unión India.

Bajo la rúbrica *diseño universal* se nos presenta una potencial carrera en la competencia industrial para presentar artículos para los distintos tipos de discapacidad y sus variantes. Una cuestión razonable, pero en la que se muestra el tenor economicista de la burocracia de las Naciones Unidas.

Aunque no figure en el elenco de las definiciones que convierten en circunstanciales los fines y objetivos de la Convención de 2006, habrá que convenir que a la vista del texto del artículo 34, no será preciso esperar para que en el seno de las Naciones Unidas se proceda a la creación del

(34) Texto convencional: *Por «ajustes razonables» se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales».*

Comité conformado por doce expertos y su imprescindible burocracia internacional (35).

4.4.3. *Contenido material de la Convención*

La Convención no distingue entre *capacidad jurídica* y *capacidad de obrar*. En el planteamiento literario y también del CNY resultan determinantes la terminología y el Derecho propios de los anglosajones, aunque también resulta evidente que, en nuestro caso y pese a la ratificación de la misma, no nos obliga, entiendo que de forma absoluta, a prescindir de tan útil y eficaz distinción a la hora de examinar qué posición corresponde a una determinada persona física, en la sociedad y en su manifestación concreta de sus relaciones en el tráfico jurídico y con el ejercicio directo o indirecto de los derechos que le asisten y le pertenecen, a la luz de las reales y personales circunstancias de salud y capacidad física y mental. Distinción que también sirve para calificar, en su caso, el grado de dependencia respecto de los apoyos que el ordenamiento jurídico y la sociedad puedan poner a disposición de la misma.

Así entiendo que la distinción entre las dos capacidades contempladas en nuestro sistema debe ser mantenida e invariada en cuanto a su función y naturaleza, no así en cuanto a la interpretación propiamente dicha de las situaciones que contempla, ni a la teleología de las instituciones arbitradas para completar capacidades, que deberían adaptarse a la vista de las nuevas corrientes a las que nos hemos adherido (36). En el ejercicio de la tutela de las personas con discapacidad e incapacidad prima todavía excesivamente la dimensión del interés de la familia, que en algunos casos llega a sobrepasar el interés personal del sometido a calificación y protección que, a veces, se convierte en el único elemento relevante en la decisión del caso.

(35) Con ello los altos ejecutivos de las Organizaciones No Gubernamentales más cercanas a la Secretaría General o a las potencias efectivas estarán como siempre de enhorabuena, ya que no les faltarán los invisibles beneficiarios de su imprescindible actividad y desvelos. Venga o no a cuento, siempre habrá lugar y dinero para ampliar las superestructuras de ese gigante internacional en constante crecimiento, aunque no por ello mejore en un ápice su eficacia, me temo.

(36) Creo yo que la adhesión y ratificación de la Convención, que aquí se examina, daño evidente no hace, pero no era ni conveniente ni necesaria. Nuestro sistema de apoyo y suplencia de la capacidad de obrar, desaparecidas las limitaciones absurdas debidas al sexo, al estado civil y a la condición social de las personas, se puede calificar de adecuado, suficiente y de sumamente respetuoso para con los derechos humanos y sus garantías, así como con los derechos constitucionales de las personas y sus libertades públicas. Otra cosa bien distinta es la necesidad de ajuste de la interpretación de las instituciones y su vivencia, ya que éstas resultan ser más sociales y familiares que personales. Y es la dimensión personal la que viene primando en los nuevos textos, pero también se puede decir que esta es la dirección a la que apunta nuestra Constitución.

El contenido central ideológico y normativo de la Convención se encuentra en su artículo 12; de él los números 1, 2, 3 y 5 (37) no requieren para el caso de España cambio legislativo alguno, en tanto que el apartado 4, en cuanto reza: *Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que las medidas afecten a los derechos e intereses de las personas*, entiendo que sí da lugar a acordar algunos cambios menores en la disciplina del Código Civil.

En primer lugar y en línea de concepto, me parece que habría que acordar que la incapacidad, como estado civil, solo podrá acordarse para los casos de enfermedades, deficiencias psíquicas u otras situaciones con manifestación en la psique que impidan a quienes las padezcan entender y querer sobre el contenido mínimo de sus derechos y, en su consecuencia, con relación directa de causa efecto, les impidan gobernarse por sí mismos incluso recibiendo el oportuno apoyo y asesoramiento. Por tanto se debería prescindir en el artículo 200 del Código Civil de la referencia a las *deficiencias persistentes de carácter físico* (38) como causa de incapacitación. Para casi todos los actuales casos de incapacidad debería acudir a la curatela que, inevitablemente, vería muy ampliada su aplicación.

(37) Artículo 12. 1. *Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.*

2. *Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.*

3. *Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.*

5. *Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán porque las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.*

(38) El término *deficiencias* se suele emplear con relación a estados exclusivamente clínicos cuando lo que nos importan deberían ser las repercusiones de éstas en la vida personal y social, por lo que se deberían incluir los supuestos de coma previsiblemente irreversible, las parálisis mentales y otras enfermedades que sin estar calificadas de mentales operan para quienes las padecen de idéntica forma.

En segundo lugar, entiendo que, dada la potencial ampliación de la carga tuitiva que debería recaer sobre las Administraciones Públicas en materia de discapacidad, procedería limitar las actuaciones judiciales a los estrictos supuestos de incapacidad que requiera recurrir a la patria potestad prorrogada o a la tutela (39); es decir, reservarse la declaración jurisdiccional para aquellos casos que requieran de una permanente representación legal por imposibilidad de formular por el propio incapaz un criterio libre e informado, en sentido estricto, sobre el ejercicio de sus personales derechos y el poder llevar su propia vida con un mínimo de independencia intelectual de la realidad.

En tercer lugar, tal vez sea todavía necesario recalcar que en todos estos casos, sobre todo en los de incapacidad declarada y conforme la opinión del profesor DE CASTRO, prácticamente compartida por la totalidad de la doctrina civilista española, que el único interés que debe prevalecer es el del incapaz, ateniéndose a cada caso. Todos los demás intereses o son vicarios del de éste o carecen de relevancia.

En cuarto lugar, se debería distinguir radicalmente entre los supuestos de tutela por enfermedad psíquica de los que den lugar a la generación de otras limitaciones o necesidades de representación o ayudas para el ejercicio de la capacidad de obrar, incluidos los menores no sometidos a la patria potestad y mayores de cierta edad en la que sea posible tener un entendimiento y voluntad reales de las cosas (los catorce años Aragón, una vez más, puede servir de ejemplo) (40).

Desde luego, por la misma razón y autonomía de los discapacitados por causa física sin repercusión en las facultades intelectivas del entender y querer, jamás se debería acordar la curatela de estas personas, así como ningún otro tipo de guarda que no sea demandada y acordada por el propio discapacitado.

En quinto lugar, se debería descargar considerablemente de controles judiciales a los tutores, curadores o guardadores de hecho y no someterlos a un grado de desconfianza poco digno y desproporcionado respecto de la bondad, que es propia de la función que la sociedad y el Estado esperan que desempeñen.

En sexto lugar, convendría fomentar la existencia de *trusts*, asociaciones y fundaciones que tengan por finalidad la creación y gestión de fondos de

(39) No estaría de más repensarse la conveniencia de recrear los órganos de la desaparecida Justicia Municipal y favorecer la cercanía de ésta a los ciudadanos y sus problemas diarios. Creo que su supresión por una interesada interpretación constitucional constituyó un error que debería ser corregido.

(40) Resultaría conveniente al respecto unificar los criterios de edad para los jóvenes en todos los asuntos jurídicos. No me parece sensato que para unas cosas se sea partidario de adelantar la edad de decidir (ejercicio de derechos fundamentales) y de otra retrasarla lo más posible (incriminación penal plena), aunque esta contradicción se vista con ropajes progresistas.

apoyo económico, la formación de cuidadores y especialistas en discapacidad e incapacidad e indicar la conveniencia de someterse a la supervisión de su actividad y gestión por órganos distintos de los judiciales. Reservando la actuación de éstos a la resolución de conflictos jurídicos entre guardadores y guardados.

En séptimo lugar, aunque existan opiniones fundadas sobre la irreversibilidad de la enfermedad psíquica padecida y sobre sus efectos, deben acordarse y llevarse a cabo revisiones clínicas periódicas e independientes, pues se trata de una garantía adicional que pudiera dar lugar a diferencias atendibles de enfoque o de tratamiento, naturalmente una y otra supervisadas por la autoridad o institución que se señale y esté en posesión de una acreditación suficiente.

Por último y en octavo lugar, habida cuenta de la importancia que en estos casos reviste el ejercicio de la independencia del discapacitado físico o psíquico que puede todavía gobernarse por sí mismo y del presunto incapaz, habrá que reconocerse y dar una preferencia absoluta a los poderes preventivos otorgados por estas personas bajo fe notarial y abstenerse de nombrar tutores distintos por mucho que se apele a la unidad y el interés de la familia, al conocimiento íntimo del discapacitado y a la familiaridad que se tiene con él. En esta materia me parece que el texto de este artículo 12.4 de la Convención de Nueva York resulta decisivo y determinante de las posiciones mejor razonadas de la doctrina española (41).

5. LA VEJEZ

5.1. CONFUSIONES EN TORNO A SU REALIDAD

En una sociedad como la nuestra y en este preciso momento, en la que el éxito personal lo es casi todo y la belleza corporal una cuestión de hecho muy próxima a la sensación de beatitud religiosa, resulta poco menos que imposible explicar con sentida y vivida convicción que la vejez no es una deficiencia, ni una insuficiencia corporal y ni mucho menos una desgracia personal y familiar.

(41) La doctrina española ha estado bastante atenta a esta solución de los poderes preventivos y a anteponer la voluntad de los afectados por discapacidades e incapacidades sobrevenidas a las soluciones estándares de la ley. Entre los muchos trabajos sobre la materia destacan por su claridad los de ARROYO i AMAYUELAS, Esther, «Del mandato “ordinario” al mandato de “protección”», en *RJN*, núm. 49, pág. 9 y sigs., 2004; por su enjundia, densidad del análisis y toma de posición, la monografía de DE AMUNÁTEGUI RODRIGUEZ, Cristina, *Incapacitación y mandato*, pág. 196 y sigs. La Ley, Madrid, 2008; y el recapitulativo de GARRIDO DE PALMA, Víctor, «La protección de los discapaces y el poder preventivo de protección», en *AAMN*, curso 2008/09, págs. 63 a 86, Madrid, 2010.

Esto es así, aunque el realismo obligue a admitir abiertamente que el envejecimiento de los seres humanos presupone, por definición, una mengua del vigor y una ralentización de los reflejos que son propios de la madurez, y, también por definición, hay que admitir que los recursos cerebrales de respuesta a cualquier reto intelectual o vivencial son distintos y claramente menores de los que son propios de la infancia, adolescencia, juventud y madurez. Hecho que los ancianos suplen, en la medida de lo posible, recurriendo a la experiencia.

En mi opinión y como cuestión a estudiar, la vejez está mal tratada y peor comprendida porque muchísimos autodenominados expertos están empeñados en confundir la *vejez* con la *senilidad*, situaciones que, por fortuna, no son lo mismo, ni mucho menos. La primera constituye un estadio natural en la evolución personal, y la segunda se refiere a una enfermedad neuronal de naturaleza degenerativa. Ambas solo tienen en común que se dan con una edad avanzada.

Qué duda cabe que el mero transcurso del tiempo produce un apreciable desgaste en todo organismo vivo, el cual favorece la aparición de insuficiencias orgánicas que dan lugar en muchos casos a discapacidades y a incapacidades, e indudablemente conducen a su muerte, que nuestra cultura, con un trasfondo religioso, considera un enemigo que acabará por ser vencido cuando se llegue a la plenitud de los tiempos.

La vejez o la senilidad no coinciden necesariamente con el hecho de alcanzar una edad determinada más allá de una estadística de previsiones nada parecida a la que se puede construir para la infancia y la adolescencia, en las que las excepciones en el *iter* de maduración y en el alcance de la capacidad resultan ser mucho más escasas (42).

En la vejez las limitaciones sobrevenidas con ella (o simplemente favorecidas) para mantener o perder la capacidad funcional que se disfruta, deberían medirse con relación a las necesidades funcionales, por supuesto y de ordinario bastante inferiores a las que son propias de la madurez. Otra cosa bien distinta son los desarreglos que desembocan en la senilidad o los casos de presencia de enfermedades degenerativas que sí dan lugar a abundantes situaciones personales de verdadera incapacidad, aunque ésta no se suela declarar por mor de que las incapacidades no están siendo observadas en nuestra sociedad como lo que son: una situación de imposibilidad de autogobierno de una persona referida a sí misma y solo por derivación sobre su patrimonio, y, por el contrario, sí casi exclusivamente manifestadas y solicitadas en la medida en que la disminución de las facultades físicas y psíquicas puede afectar a la defensa del patrimonio que, con una lógica egoísta ajena

(42) Naturalmente me refiero a las edades biológicas, no al añiñamiento que los padres imponemos a nuestros hijos en España, tanto en materia de trabajo como en lo relativo a la responsabilidad. Una actitud digna también de ser estudiada y valorada.

al derecho, los legitimarios o presuntos herederos quieren preservar por la vía de ejercer su control sobre el mismo.

Se trata de una visión decididamente materialista y muy empobrecedora de las nociones legales de capacidad e incapacidad de las personas. Esta visión se concentra en la necesidad, o no, de una autorización judicial para gobernar el patrimonio, no nos equivoquemos, para, en caso de incapacidad del titular, gestionar dicho patrimonio en interés del propio gestor y, acaso, en el de los coherederos.

La frase hecha «los mayores se vuelven como niños», no resulta nada real; más bien responde a la composición de lugar que quieren (o necesitan) construirse quienes se encargan *de facto* del cuidado de la persona (muchas veces, las más, muy meritoriamente) y bienes de los viejos que, además, resultan ser incapaces.

No quisiera que de las afirmaciones precedentes se dedujese una crítica arbitraria y desmesurada para con los hijos y parientes que cuidan a los ancianos y, en especial, a las víctimas de la demencia senil y a los afectados en grado avanzado por la enfermedad de *Alzheimer*; muy al contrario, la mayoría de ellos vienen ejerciendo la inmensa virtud de la caridad para con el prójimo y, con excesiva frecuencia, son objeto de la desconfianza crítica de quienes deberían sentirse obligados a compartir con ellos tales tareas y muy frecuentemente ganándose la enemistad de las personas cuidadas, porque se ven impedidas de llevar a cabo sus personales caprichos.

La crítica, que la hay, para algunos casos, está dirigida a las Administraciones que no solo no colaboran al nivel que debieran, sino que además, y en la realidad, han abandonado a las familias a su suerte, después de hacer grandes y fantasiosas promesas.

A las Administraciones Públicas no se les da bien todo aquello que no se puede generalizar de forma estándar, y aquí ni se puede ni se debe generalizar de ningún modo, pues si bien sí se ha hecho y de forma absoluta para fijar el inicio de la mayoría de edad, pues se trata de un reconocimiento presuntivo de la capacidad, en los casos de su pérdida, sencillamente por tratarse de una pérdida, es preciso de forma indispensable actuar caso por caso, aunque tal vez sí se podrían reducir y simplificar las exigencias en el campo de las formalidades que ahora se requieren, precisamente las que nos llevan a un tratamiento de muchos ancianos como si fuesen incapaces, sin serlo.

La inclinación generalizada a incumplir las normas sobre incapacitación de mayores que han perdido sus facultades mentales, en la que incurre la inmensa mayoría de nuestra sociedad, se ha venido vistiendo con una suerte de ropaje moralista en razón de la alarma o inquietud psíquica que con el procedimiento de incapacitación se puede llegar a crear en la vida de los presuntos incapaces, ya de por sí precaria; y, a la postre, se afirma que su declaración sirve para bien poco a los efectos prácticos (léase: crematísticos).

O sea: si de la declaración de incapacidad se siguieren bonificaciones económicas, desgravaciones fiscales o incrementos en las pensiones de los ancianos estaríamos en presencia de notorias aglomeraciones ante los juzgados y con agrias quejas sobre la dilación injustificada de la Administración de Justicia, porque de todos los demás aspectos ya se vendría ocupando la familia beneficiaria directa o indirecta de las ayudas.

Este aspecto, y no otros, se nos presenta como meollo central en una buena parte de los estudios jurídicos sobre la vejez, en el fondo también los de las restantes áreas del saber cuando se dedican a la vejez (coste de las residencias, destino de las pensiones, costes de personal, gasto en farmacia, etc.). Esto es así hasta el punto de que, en mi opinión, no resultan interesantes, porque no aportan casi nada a una hipotética teoría de la incapacidad o a la versión más moderna de la discapacidad o de la vejez y sus secuelas.

Creo que el Derecho, además de coadyuvar, cómo no, a que no sean insoportables las cargas materiales a añadir a las económicas derivadas del cuidado familiar a quienes no pueden autogobernarse o requieren de ayuda para que el hecho natural de autogobernarse sea o siga siendo posible, debe intervenir en la solución de cada caso haciendo efectivo ese mínimo bienestar que se reconoce, al menos en teoría, como consustancial con una existencia digna, sin inútiles prédicas ni demagogias. El ideal constitucional y la moral de igualdad deben servir, como vías eficaces, a la defensa directa de la libertad, impidiendo de forma principal que la incapacitación se entienda de forma extensiva y no restrictiva, que es como procede.

Los ancianos lúcidos y también los no impedidos, que son los más, pese al pensamiento dominante en la materia, tienen un derecho fundamental, así lo entiendo, a no ser tratados como niños por sus propios hijos o familiares; sobre todo, tienen derecho a ser respetados, aunque por los cambios operados en su vida no entiendan, por ejemplo, como funcionan algunos sofisticados electrodomésticos; tienen también derecho a la movilidad (no me refiero al derecho fundamental de libertad de desplazamiento, sino a algo más práctico y doméstico) para que puedan relacionarse con otras personas ajenas a su estrecho entorno familiar.

Me parece que la defensa de la libertad pasa por el fomento de la confianza en ellos mismos y esta confianza depende en gran medida de la autonomía e independencia de movimientos y en el uso de los cauces, por escasos que sean, de relación con terceros (43).

(43) Los clubes de ancianos, los hogares de jubilados y pensionistas y los centros de mayores son instituciones acreedoras de un mejor y más solícito trato del que ahora reciben y de una efectiva actividad de fomento. Véase, si se quiere, de una manera harto egoísta, pues con su implantación y generalización se ahorraría muchísimo dinero a las familias y a las Administraciones sociales.

Siento afirmar con decisión que la tranquilidad que logran los hijos con padres de avanzada edad manteniéndolos encerrados en sus propias casas, metidos entre algodones y sometidos a dietas que tal vez alarguen su vida unos días, meses o años, en el mejor de los casos, pero que sí les acorta la ilusión de seguir viviendo, no se debería tratar como una cuestión menor, como una simple ocurrencia digna de tenerse en cuenta. No se trata de un interés digno de protección, afirmo que no hay tal interés, sino de supuestos calificables de interferencias graves en la libertad de las personas. En muchos casos la calificación resulta ser de claro abuso; pero, en los menos, puede llegar a presentar perfiles delictivos: verdaderas privaciones ilegítimas de libertad.

Por lo que hace a los internamientos en residencias de ancianos, hay de todo, pero sí es constatable que la preocupación de las Administraciones Públicas (Comunidades Autónomas y Municipios) se limita exclusivamente a una especie de verificación de la adecuación de las instalaciones y que el Ministerio Fiscal, siempre competente en la defensa de las libertades y de los derechos constitucionales, se suele mostrar ajeno a esta realidad incómoda y espera en esa posición verdaderamente envidiable del que sabe que si llega a ocurrir algo improcedente o ilícito, ya se lo denunciarán. Habrá que recordar a esta centenaria y benemérita institución, así como a las autoridades del Ministerio de Justicia, que las Administraciones territoriales citadas carecen de competencias para la defensa de oficio de la libertad y su papel se limita a colaborar.

Desgraciadamente, en algunas residencias de ancianos se dan bien intencionadas privaciones ilegales de libertad, tan graves o más que la prisión preventiva excedida en el tiempo, que con toda justicia preocupa a los jueces de vigilancia penitenciaria, y respecto de la que ella sí es competente: la preservación de la libertad de las personas, incluso la de los ancianos ligeramente despistados ante un mundo agresivo que les rodea, no requiere de denuncias ni de querellas. Además, los fiscales pueden salir de su despacho, enterarse de lo que ocurre en nuestro mundo y ejercer como tales en la calle; no es cómodo ni barato, pero sería muy estimulante para muchos, especialmente en una sociedad que cuando trata de incapacitados y discapaces físicos o síquicos solo se sabe hablar de dinero (pensiones, ayudas y costes).

5.2. ¿QUÉ PUEDE SER LA VEJEZ?

Esta es una pregunta que casi nunca se les hace muy pocas veces a quienes conocen a fondo esta etapa de la evolución de los hombres como seres vivos. Desconozco las razones de esta actitud, aunque es evidente que éstas existen y tienen consistencia social, esa misma razón empuja a no dar a la *geriatria* el reconocimiento tanto como especialidad médica, como sico-

lógica que merece, sobre todo si tenemos en cuenta que en nuestra sociedad el número de viejos resulta importantísimo (44).

La vejez no se manifiesta como ocurre con la madurez física de los hombres. Uno no se suele sentir viejo cuando empieza a serlo y tampoco los especialistas en geriatría encuentran una constatación objetiva de la entrada en esta etapa vital. Por cuanto se refiere a la experiencia personal, uno mismo de repente cae en la cuenta de que se ha convertido en un viejo, adquiere conciencia de que lo es desde hace un tiempo, pero sin llegar a saberlo. Y por cuanto se refiere a la opinión diagnóstica de los especialistas, encuentran a un ser humano viejo cuando aparecen los efectos externos de la ralentización en la renovación celular o se hace patente la mengua lógica de capacidades vitales. La disminución cuantificada de importante o su pérdida caracteriza la senilidad.

El diccionario de la RAE tampoco constituye una excepción a esta tendencia de ignorar un fenómeno tan común y acusado en nuestros días; además de los sentidos coloquial y vulgar del término, nos dice que *vejez* es la cualidad de viejo. Y en la segunda acepción confunde vejez con senilidad. Tampoco es más claro cuando encara el sustantivo *viejo*, pues afirma: «Dícese de la persona de edad. Comúnmente puede entenderse que es vieja la que cumplió setenta años». Llama la atención la escasísima precisión formal y material, tanto por la indeterminación conceptual cuanto por confundir una cualidad personal con la edad de jubilación de los funcionarios anterior a las reformas del primer gobierno socialista de la nueva etapa constitucional. La mayoría de los académicos de la española son funcionarios jubilados.

La excepción a la regla de ordinaria precisión que la Real Academia Española manifiesta en este caso, puede deberse a que se trata de una institución, que desconoce, por fortuna para sus miembros y también para nuestra lengua, la baja por jubilación de los académicos y también a que, a pesar de tratarse de un institución formada por personas de avanzada edad, está integrada por muy pocos viejos, según el criterio vulgar de apreciación.

La vejez que aquí nos interesa, no es en absoluto un estado subjetivo de ánimo. Un buen número de ancianos se sienten bastante jóvenes por dentro y por fuera, en tanto que también y, por el contrario, hay gentes maduras que se sienten viejas. Tampoco resulta cifrable a partir de una concreta edad, como hemos acordado para la mayoría de edad: todos conocemos a viejos de cincuenta años y a maduros no envejecidos de setenta y tantos u ochenta años. Se manifiesta a diferentes edades; ahora bien la moda estadística en

(44) Me parece claro que esta deficiencia es una muestra bien patente y demostrativa del poco interés de los grupos dominantes de nuestra sociedad sobre el problema, que lo es, además, importante, no reciba no solo el tratamiento que requeriría, sino que ni siquiera sea considerado como tal, salvo para que el fisco se alarme por la «excesiva» duración de las pensiones.

España se sitúa alrededor de los ochenta por el momento, pues sigue retrasándose en cuanto a su aparición.

A la vejez la entiendo, como un hecho en el que se conjugan un cierto grado de decaimiento del vigor físico combinado con una ausencia de proyectos. En la producción de este estado de hecho, que es la vejez, influye más lo segundo que lo primero, aunque sea la aparición de ciertas limitaciones físicas las que lo desencadenan la manifestación de la *melancolía*, una actitud bien conocida por la literatura y las artes plásticas clásicas.

La melancolía tampoco es una enfermedad, o mejor no lo es todavía, pero constituye el anuncio de un cambio en el funcionamiento normal del cerebro. Se considera un estado de ánimo caracterizado por el retraimiento en las relaciones interpersonales, cierto pesimismo en la contemplación de los acontecimientos del entorno próximo con desentendimiento respecto de los lejanos; insistencia en la rememoración del pasado remoto, soslayando el presente y eludiendo cualquier previsión de futuro; y, sobre todo, ser proclives a la exaltación o el enfado sin motivos de suficiente peso y dejándose llevar por repentinos accesos de mal humor. Es, parece ser, inevitable. Los estados melancólicos o atrabiliarios producen situaciones de ansiedad acompañados de una exagerada necesidad de agradar a los que rodean al sujeto afectado; miedo al silencio y a la soledad; y propensión a alarmarse por cualquier causa.

Estos síntomas son los que hacen de los ancianos víctimas de intimidaciones impropias a partir de comentarios, aseveraciones o consejos que no tratan, en principio, de arrancar de ellos conductas no queridas o vencer resistencias, pero al producir temores infundados pero tan vívidos de pérdida de afecto, abandono o simple alejamiento que, a juicio de los psicólogos, pueden dar lugar a actuaciones sin consentimiento o a vicios graves del mismo. Tal vez con exclusión del error.

Me parece que hay que tener claro que no seremos los juristas quienes vayamos a resolver el problema esencial del enfoque vivencial de esta novísima realidad y a la vista de los puntos de vista actuales. ni siquiera contribuiremos a racionalizar el hecho. Este enfoque, si se alcanza, pues tengo mis dudas, nos vendrá de la mano de la fisiología, tras describir la razón de ser del comportamiento melancólico o atrabiliario, o, en román paladino, los clásicos *humores negros*. Pues ésta es la traducción literal de los términos griego y latino, respectivamente, para describir los comportamientos de los mayores cuando resultaban incomprensibles para los miembros mas jóvenes de su familia.

No pueden calificarse como síntomas de vejez ciertas reacciones depresivas que se manifiestan con ocasión de jubilaciones, sobre todo las anticipadas, ni a las crisis de ansiedad que siguen a la jubilación forzosa o la pérdida del trabajo. Las pretendidas ventajas de la jubilación, o incluso las ciertas en algunos ámbitos, no suelen compensar la sensación de sentirse inútil, en unos

casos, o preterido, en otros. Esto último no suele ser una mera sensación subjetiva, sino que tiene visos de ser una penosa realidad.

El pesimismo que se exterioriza en signos de introspección suele guardar una estrecha relación con la educación recibida en la que se mitifican los valores ligados a la jerarquía social y laboral, se trata de una verdadera ansia de mandar sobre otros (45). El sistema desjerarquizado permite que las buenas relaciones políticas, sociales o económicas, se valoren como mérito para ascender o para ocupar puestos y su ausencia para todo lo contrario. En España esto se manifiesta de forma notable.

La vejez se percibe por la vista y, tal vez, se huele (a los perros y a los niños, seres básicamente olfativos no les gusta), pero de ningún modo puede considerarse como una causa de incapacidad, ni siquiera de discapacidad, si bien supone una predisposición natural para que ambas se produzcan.

Ahora bien, los viejos, en una inmensa mayoría de casos, se autogobernan con diligencia y gestionan sus intereses con solvencia, si bien no favorecen al mantenimiento de esta grata realidad la deprimente manía de todas las Administraciones Públicas y empresas de gestión de servicios a dedicar gran parte de su tiempo a modificar constantemente los abundantes e innecesarios impresos y procedimientos en vez de dedicar el intelecto, si bien no precisamente escaso de sus funcionarios y empleados en resolver los problemas de tales clientes a los que ven con evidente desagrado (46), sin que los políticos responsables sean conscientes de que llegarán a ser mayoría y, además, mayoría decisiva, así como para un número creciente de empresas para las cuales los ancianos resultan ser sus más numerosos, importantes y fieles clientes, a veces, su única clientela.

Se puede concluir que si bien la ancianidad, como ya se ha apuntado, no constituye por sí misma causa de incapacidad, sí son bastantes de las enfermedades que, a menudo, se ceban sobre los cuerpos envejecidos y las mentes menos vivaces. Tampoco da lugar de forma necesaria a situaciones de discapacidad, puesto que los porcentajes de disminución de la *habilidad* física y psíquica a que hacen referencia las normas de discapacidad, de forma harto exotérica, deberían ser corregidos en su interpretación en función de criterios de normalidad propios de la estadística correspondiente a cada edad y, sobre todo, en relación con las funciones que el individuo esté llamado a desempe-

(45) Recuérdese que hasta los años sesenta del siglo pasado las escalas de las carreras administrativas de los Cuerpos Superiores estaban divididas en compartimentos equivalentes a los grados de las carreras militares: lo mismo ocurría, con menor rigidez, en las ordenanzas laborales, es más, no se trataba de una manía española propia del régimen político; en Francia, Alemania y en el Reino Unido ocurría lo mismo. En este último los esquemas jerárquicos se siguen manteniendo en el *Civil Service*, creo que con ventaja sobre los esquemas falsamente igualitarios de las administraciones continentales.

(46) Los viejos les parecen unos pesados por la insistencia en sus muchas preguntas fundadas. Lo que más les molesta es que su actitud está bien fundada.

ñar. De otro modo las normas darían lugar a una interpretación extensiva y por tanto ruinoso para todas las economías conocidas; es cierto que hay un relativo fomento del ámbito de discapacidad con la finalidad de favorecer a los promotores de las organizaciones de desarrollo social y de las personas que las sirven (47).

Se trata de una tendencia comprensible por la novedad de las más de las profesiones sociales, pero que debe observarse con nuevos criterios decididamente restrictivos. Es preciso recordar de forma constante, hasta la pesadez si es preciso, que los ancianos son personas, que no se trata de cosas, ni de animalitos de compañía, ni su atención se puede servir con simples aficiones inocuas e incluso meritorias, se requiere de la prestación de servicios profesionales en los que se emplean conocimientos específicos, no son suficientes las actitudes favorables ni las actitudes desprendidas.

La capacidad y la normalidad se presumen, pero no son ampliables sin correr el gravísimo riesgo de atropellar valores con categoría universal de Derechos humanos (48).

Nuestros ancianos son objeto de asechanzas, por desgracia no siempre imaginarias. En algunas oficinas bancarias —tengo pruebas al respecto— se les trata de dirigir en sus transacciones y movimientos de sus depósitos en interés exclusivo de los empleados y, a veces, de la propia entidad crediticia en la proposición de rentas vitalicias de un alea muy discutible, sin que el Banco de España, como supervisor de la «moralidad» de las prácticas bancarias y de la lícita competencia, parezca que tenga nada que decir. En otros casos aparecen familiares dispuestos a impedir que sean otros los que aligeren la bolsa y con tal loable excusa serán ellos quienes se dispongan a efectuar la correspondiente sisa. ¡Ay si los ancianos son varones viudos y conservan en su poder las alhajas de su difunta esposa! Por último, están aquellos que por mor de la compañía y el cuidado se instalan en la vivienda de los ancianos, los cuales poco después son desplazados hacia los «moritorios», así pueden calificarse las más de las residencias improvisadas de ancianos servidas por imaginarios especialistas; mientras hijos, nietos o sobrinos, sin excluir sirvientes o simples acompañantes gozan de una casa-habitación independiente y gratuita o poco menos, aunque solo visitan después a sus forzados benefactores de Pascuas a Ramos: les da mucha pena verlos allí rodeados de pobres gentes desvalidas, por lo que restringen las visitas para no perturbar su delicada conciencia o impresionar a los niños que les acompañan.

(47) Lo cual no es una idea descabellada si se orienta correctamente y si se considera exclusivamente como una función social que requiere ser fomentada.

(48) La moda de ver a todo el mundo capaz resulta social y jurídicamente tan peligrosa como su contraria de entender que las gentes mayores están de sobra en las actividades económicas, ambas opiniones son infundadas y socialmente muy peligrosas. Son el fruto directo de los distintos autoritarismos y elitismos del siglo pasado que tanto daño nos han ocasionado.

Nuestros ancianos no son valorados por la actual sociedad, creo que no lo han sido por ninguna, salvo aquellos que reunían poder y riqueza y, además, mantenían gran parte de su vigor, sobre todo el intelectual. Las cantadas senectud o ancianidad eran las de los patriarcas y jefes de clan o tribu a quienes se trataba de adular para recibir de ellos beneficios sociales, políticos o económicos (49).

Esta situación tiene variadas causas:

De una parte, se nos presentan como una población pasiva que por su desmesurada longevidad pone en peligro la estabilidad de las cuentas públicas, como si ellos fuesen los responsables de tales cuentas y de los gastos más que discutibles que amparan y soportan.

Además, con la constante y necesaria revalorización de las pensiones se pone en peligro la estabilidad, cuando han sido los políticos y sus inspiradores los más interesados y, a veces, los responsables de la jubilación de millares de personas para favorecer lo que se denomina relevo generacional en todos los ámbitos. Al parecer las pensiones de los políticos (50) y de los financieros nunca tienen carácter inflacionario y siempre están justificadas. Este, por desgracia, no es un mal exclusivamente nacional; los órganos de la Unión Europea nos marcan decididamente y con gran entusiasmo esa reprochable pauta.

Y de otra, los ancianos se saben incomprendidos, porque quienes les siguen generacionalmente, entre otros y con frecuencia sus propios hijos, los quisieran ver sumidos en una quietud indescriptible, parecida a la ataraxia predicada por los griegos, esperando anhelantes la muerte, con o sin más allá. Se sienten acechados por sus sucesores para que, ¡de una vez!, dejen vacantes los bienes y se opere ese milagro que es la sucesión en la mente de algunos. Se perciben asediados para que se convenzan de que sus últimas voluntades deben expresarse de otra forma, por supuesto siempre a favor del asediador, muy frecuentemente hasta la intimidación disfrazada de interés solícito, pero preñada de amenazas de abandono evidentes. Y se saben esclavizados y presos de ciertas compañías y comodidades aparentes respecto de los que los tienen rodeados para impedir que se sientan libres, unas veces se trata de los potingues farmacológicos que nadie sabe bien por qué hay que tomarlos para sobrevivirse unos minutos más, acaso, a la edad que se alcanzaría prescindiendo de ellos, otras se trata del terror a dejarlos solos ¡no sea que les pase algo! o, tal vez, se acerquen al notario para hacer testamento o, lo que es bastante peor, para modificar el ya dictado (51).

(49) Recuérdese que eran, para los parámetros actuales, bastante jóvenes y vigorosos.

(50) Incluso cuando se conceden, como en España, con plazos de carencia mínimos y privilegiados en su cuantía respecto del común de los ciudadanos.

(51) Me parece que estos graves males son difíciles de superar en una sociedad que invierte más recursos familiares en mantener la línea, la buena forma y el atractivo físico que en la instrucción de sus propios hijos —dejada en manos del Estado, en lo académico

Ahora bien, la ancianidad, aún la de aquellos que mantienen su plena capacidad, en razón de su entorno personal, más si viene acompañada de algún grado de discapacidad, puede requerir de apoyos técnicos para que los actos y contratos en los que participan como sujetos activos quienes han llegado a ella puedan ser calificados de válidos y eficaces, porque han sido efectuados libre y voluntariamente y el sujeto anciano era conocedor consciente de todos los efectos que se derivaban de la suscripción y aceptación de tales actos y contratos.

5.3. VÍAS DE POSIBLE PROTECCIÓN A LA ANCIANIDAD EN MATERIA CIVIL

Como he dicho anteriormente, de la vejez se sabe muy poco, pues constituye, como fenómeno generalizado, una realidad bastante nueva. Por ello casi siempre que se habla de ella o bien se suele hacer referencia a los primeros síntomas de la *senilidad*, o bien, por el contrario, se contempla como el triunfo de verse proclamado jefe de un clan familiar patriarcal, donde la edad constituye una referencia puramente estadística y literaria: se trata del mayor, aunque por comparación histórica hoy resultaría ser bastante joven.

He aquí los dos modelos clásicos: el greco-romano de la *melancolía*, ya explicado, o el de la bien conocida bendición israelita del *patriarcado*: verse rodeado de hijos, nietos y bisnietos sobre los que se ejerce una más o menos amable autoridad.

La literatura romántica utilizó una variante distinta de la significación de melancolía, referida al extravío que padecen los enamorados y también el de su equivalente latino relativo al comportamiento atrabiliario (proceder que prescinde del orden racional) y desde el siglo diecinueve ha resultado siempre comprometido emplear tales términos técnicos en un contexto serio.

Por sí misma y como ya he apuntado repetidamente, la vejez no modifica a la baja la capacidad ordinaria de saber y entender, ni las limitaciones propias del aparato locomotor envejecido (reuma, artritis, artrosis, descalcificación, etc.) sirven a tal efecto; todas estas circunstancias, por la gravedad que pueden revestir o por la acumulación de varias, pueden llegar al nivel de poderse calificar de discapacidad, pero no afectan a la capacidad de gobernarse por sí mismo: clave real de la capacidad de obrar.

No obstante, no puede afirmarse del que padece un simple envejecimiento sensorial y locomotor, la inmensa mayoría, que no requieran ayudas y protec-

y financiero y a la buena de Dios en todo lo demás, por lo general—. Si lo que importa es aparentar ser joven, cuando ya no se es, cómo se va a comprender la vejez y menos cómo se va admitir el propio envejecimiento. Sin embargo, cada día los viejos son más y en algún momento será preciso tomar plena conciencia de la importancia objetiva y subjetiva que tiene la vejez como hecho insoslayable e inaplazable.

ciones a fin de conservar la consideración de persona intacta, es decir, aquella que viene ornada de todos los derechos humanos, valores y libertades constitucionales así como de los derechos y deberes públicos y privados propios del hombre y del ciudadano que participa en el tráfico y vida jurídicos: los elementos determinantes de la personalidad según los juristas-humanistas del siglo XVI, como ya vimos más arriba.

Debe tenerse en cuenta que los viejos pueden estar predispuestos a una mengua de las defensas sobre el consentimiento libre, proclives a ser objeto de inducción dolosa al error, al engaño puro y simple o a la captación de la voluntad, y pueden acabar siendo, también, víctimas de terribles insidias que pueden dar lugar a auténticas intimidaciones, para contrarrestarlas el Ordenamiento concibe meras armas defensivas en el orden patrimonial que dan lugar a la mera anulabilidad de actos y contratos y rara vez al nacimiento de una responsabilidad contractual, con exclusión del reconocimiento de los daños morales, en estos casos de grave error técnico.

Tengo algunas dudas sobre si tales remedios fueron los adecuados en tiempos de la codificación, pero si es fácil evidenciar que, ahora, no lo son, y sería muy conveniente proceder a su revisión y modificación.

La protección que ahora debe vindicarse para los ancianos capaces o, mejor, no incapacitables puede ser básicamente la misma, pero convirtiendo hogaño las armas jurídicas defensivas de antaño en recursos ofensivos, orientando los efectos de la contravención hacia la nulidad y el abuso de posición dominante que deben conducir a la más plena restitución, con fijación de responsabilidades que incluyan amplios daños morales, pues el engaño y el abuso de confianza quiebra seriamente el equilibrio anímico de los ancianos y deja secuelas para con la autoestima de muy difícil reparación. No excluiría la introducción de daños punitivos a fin de desterrar las incalificables campañas de captación de la voluntad de los ancianos con el empleo de mensajes aparentemente inocuos pero preparados para alarmarles con la repetición de su urgencia o gravedad por medio de mensajes telefónicos e impresos introducidos en sus buzones de correo.

Téngase en cuenta que la intimidación, conforme a la letra del artículo 1267.2 del Código Civil procede de lo fundado y racional que sea el temor que se inspira, pues de lo contrario no habría diferencia teórica con la violencia, pero basta con inspirar temor para que el mecanismo de la volición consciente y libre quede afectada. Tal vez se pueda pensar que me estoy moviendo en el terreno de una argumentación excesivamente sutil y muy precavida, no lo descarto. Ahora bien, lo que sí resulta sutil en exceso es el propio texto de este párrafo segundo del artículo 1267, como lo es el de la totalidad del precepto.

La función del artículo 1267 del Código Civil consiste en apuntar supuestos vicios del consentimiento, pero sobre todo lo que se quiere, y de ordinario se logra, es mantener la seguridad del tráfico.

En el contexto del Código, lo que está en juego es la libertad negocial y la sutileza del texto viene a cuento de que cuando se emplea la violencia no hay evidentemente volición en tanto que en los supuestos de intimidación podría haberla y ser coincidente con la expresa o aproximarse mucho a ésta.

Buena prueba de ello es que el ámbito más frecuente de intimidación lo encontramos en los negocios familiares o en los surgidos en el ámbito familiar o en el de las relaciones amistosas entre familias y que afecten no a la esencia misma del negocio, cuya finalidad suele ser querida, hasta cierto punto, por el anciano intimidado. La intimidación se sitúa entre los elementos temporales, los modales o en los modos y plazos de satisfacción en los negocios onerosos, en elementos que no siempre resultan ser reconducibles a la de elementos accidentales del mismo; tanto es así que muchas veces estas «modalidades» constituyen el núcleo central de bastantes negocios familiares. Tales como la renta vitalicia, la donación con reserva de usufructo, el contrato de alimentos, la venta de la vivienda con reserva del derecho de habitación y muchos de los contratos agrarios y de industria con perfiles asociativos.

El párrafo tercero del artículo 1267 del Código Civil aclara, aunque no suficientemente, que para la calificación de la intimidación se deberá que tener en cuenta la edad y la condición personal del intimidado. El temor a la soledad y a desagradar a los familiares resulta bastante más frecuente entre los ancianos varones que entre las ancianas, por lo cual habrá que tener muy en cuenta las circunstancias del entorno personal de los contratantes ancianos y atender al sexo del anciano, pese a la reforma del Código Civil de 1990, pensada en términos de puro maquillaje de igualdad formal y lenguaje políticamente correcto.

No excluyo, dentro del ámbito de la intimidación impropia sobre determinados actos jurídicos, la no revocación de poderes generales y, por supuesto, su otorgamiento. Estos pueden suponer un instrumento terrorífico de manipulación y extorsión, amén de abrir posibilidades que no es preciso señalar aquí con detalle en los casos en los que la vejez raya o ha desembocado ya en un cierto grado de incapacidad por cualquiera de las enfermedades que se incluyen dentro del concepto laxo de senilidad.

Siempre he creído que los *documentos públicos*, exigidos como requisito de validez de ciertos negocios *ad solemnitatem* constituyen una verdadera garantía para quienes emiten un consentimiento unilateral o contractual. Sin necesidad de cantar las excelencias profesionales del notariado, coincido con mi admirado paisano Joaquín COSTA que las notarías evitan pleitos, incluso cuando actúan siguiendo una minuta, aunque éste no sea el parecer de algunos jueces y últimamente de bastantes políticos.

Igualmente he creído que los llamamientos a la «espiritualidad» de la forma han tenido que ver con la larga mano de los prestamistas profesionales siempre partidarios de los documentos privados y de los tribunales especia-

les que acaban por favorecer al gremio, aunque se vistan con el término de especializados que acaban de volver a aparecer en escena. Al ser ellos la parte potencialmente contendiente mejor informada, incluso la única enterada del alcance de lo convenido, ya ocurrió con los tribunales de comercio, en su día y hoy puede volver a producirse (52).

Es posible que para evitar intimidaciones y otras actuaciones dolosas no sea suficiente exigir de forma general la presencia notarial y la forma documental pública en los actos y contratos con trascendencia patrimonial en que intervengan ancianos y afecte al patrimonio de éstos, pues el ingenio a la hora de lograr ventajas suele ampliarse, pero con ello sí se evitarían bastantes desastres harto frecuentes, aunque no veo la posibilidad de que entre nosotros se respetase tal medida de apoyo tras más de un siglo de ver lo ocurrido con la letra y el espíritu terminante y claramente imperativo del artículo 1280 del Código Civil u otros preceptos dictados con idéntica finalidad y técnica jurídica. Entre nosotros las frases e ideas garantistas siempre tienen menos fuerza que los deseos corporativos de preeminencia.

Ni siquiera pensando mal se me alcanza el motivo de tanto amor por los documentos privados efectivamente demostrado, incluso considerando excesivo el impuesto de transmisiones patrimoniales o el que grava a los simples actos jurídicos documentados, ejemplo claro de doble imposición (53).

No puedo recomendar, ni siquiera apuntar, qué cambios deberían estudiarse en defensa de la protección de la ancianidad en los campos de los Derechos Penal, Tributario, Administrativo (función pública) y Mercantil —tal vez sea éste el sector del Ordenamiento en donde la forma de despojar a los ancianos de sus derechos se muestre más eficaz y rápida, sin que se dé una clara conciencia social de la presencia históricamente confirmada de tal peligro—, por lo que me abstengo de todo comentario. Cumpló con advertir que aquí hay evidentes y graves problemas sin resolver y no atisbo ninguna voluntad de intentarlo.

Está claro que los sesenta y cinco años de edad no sirven como referencia general para la jubilación de los trabajadores por cuenta ajena o propia, menos lo son las políticas de jubilación anticipada que se practica en ciertos sectores laborales para reducir personal como consecuencia de concentraciones empresariales de dudosa eficiencia económica o peor aún de rejuvenecer la plantilla, como si uno fuese a un banco o a una empresa de servicios a contemplar

(52) Así me sucede con la repetida afirmación: «nuestros precios o nuestros impuestos son más bajos que la media de la Unión Europea», callando que nuestros sueldos no son más bajos, sino muchísimo más bajos que los que resultan de aplicar dicha referencia, dígame lo mismo de las pensiones, pero por lo general no de los que tratan de anestesiarnos con esas referencias u otras por el estilo.

(53) Especialmente un país con impuesto sobre la renta de las personas físicas, éste con tarifas abultadas hasta para los países «socialmente más avanzados», y sobre sociedades.

la belleza y lozanía del personal destinado a la atención del público. Tampoco parece que la referencia de los setenta, salvo para el relevo generacional en la detentación de poderes que se patrimonializan indebidamente, constituya un límite para la actividad intelectual de capas cada vez más amplias de la sociedad ocupada en trabajos productivos, pues los expertos recomiendan ampliar la actividad laboral como primer remedio contra la senilidad, plaga atroz que, con la política laboral y práctica sanitaria, no dejará de aumentar a un ritmo ya no geométrico probablemente, pero sí aritmético, en los próximos años sin que tan inquietante problema parezca preocupar a los dirigentes políticos de nuestra sociedad, por lo que no deja de ser curioso que sí inquiete a bastantes juristas.

Nada se resolverá de forma preventiva, pues supondría admitir que en este campo, como en otros muchos, se procede sin estudio real alguno de las consecuencias o se hace con informes deliberadamente maquillados a petición de quienes debieran ser los primeros interesados en conocer y difundir su problema sin que se sepa a ciencia cierta si los dirigentes del momento querrán buscar soluciones o si sabrán encontrarlas.

6. LA INCAPACIDAD

6.1. EN LA CODIFICACIÓN

La incapacidad fue pensada por los juristas de la codificación francesa, así como por la totalidad de los Códigos europeos y americanos que la siguieron, con un alcance muy limitado y orientada, casi en exclusiva, hacia el ejercicio personal y directo de los derechos, tanto en el aspecto activo y como el pasivo, en especial para contratar y obligarse (capacidad de obrar), todo ello en el seno de una economía conformada por intereses familiares. En abierto y poco explicable contraste con el casuismo que fue propio de los Derechos antiguos que tendieron a examinar las funciones, de una en una, que debería desempeñar cada sujeto y para cada situación concreta, y como consecuencia de este análisis iniciar el raciocinio que conduciría a la declaración de ser el sujeto capaz o incapaz.

Desde la perspectiva de la codificación, entiendo que la idea de predicar la capacidad como regla general y la incapacidad como excepción y declarada caso por caso, fue posible en aquellas sociedades a partir de la experiencia de que la mayor parte de los nacidos con deficiencias que les imposibilitan para llevar una vida autónoma e independiente, fallecían antes de alcanzar la mayoría de edad.

Fueron los profundos cambios de las circunstancias económicas y personales y más acusadamente los grandes logros en el campo de la salud

experimentados a lo largo del siglo pasado los que nos pusieron en presencia del dato incontrovertible de la viabilidad, muy prolongada en el tiempo, de casi todos los incapacitados y de los presuntos incapaces y los que dan lugar a la necesidad de emprender una profunda reflexión sobre la significación que debería acordarse en el plano teórico y en el plano estrictamente individual sobre la significación y función de la incapacidad. Sin embargo, la capacidad, como concepto general y su incondicionada aceptación positiva por presunción siguió abandonada en esa suerte de limbo jurídico en el que permanece.

Ante este planteamiento quiebran, como veremos, los dos discursos teóricos básicos que le sirvieron de explicación: de una parte, el reconfortante postulado moral de KANT, para quien la idea misma de persona se corresponde con la de responsabilidad individual por los actos propios; y, de otra, la que lleva a afirmar como conclusión derivada de esa responsabilidad, que el planteamiento organizativo del Derecho Privado nacido de la codificación da lugar a una sociedad excesivamente individualista en todos los ámbitos.

Más bien cabría decir *a contrario* que la cuestión de la incapacidad se ha venido viviendo y tratando como un problema de extensión y contenido exclusivamente familiar, en el que la familia, como comunidad fáctica, ocupa y acapara el primer plano y deja en un segundo plano, más o menos discreto, al individuo incapaz y también al problema que se vive y se pretende resolver también en familia.

Como consecuencia de lo anterior, la solución de tales supuestos no giran en torno al interés preferente y mucho menos exclusivo del presunto incapaz, del que se sirve el legislador para crear el paradigma: el hombre aquejado por enfermedades mentales (54) no se ve tratado en función de su particular problema y principal interés, sino que lo hacía centrándose en torno a la idea del *interés de la familia*.

La familia es contemplada a este respecto, pese a que en la realidad diaria ya mostraba la presencia de algunas claras fisuras, conformando una piña en torno al cabeza de la misma que arrojaba al incapaz, que personificaba más una desgracia familiar que puramente personal. Exactamente como se venía afirmando que acontecía en la Roma clásica.

Entre nosotros ha sido el interés real de la familia, no el de cada uno de sus componentes, el que se mantuvo incólume hasta la reforma de 1983. La protección del enfermo que requiere de la incapacitación se situó en un discreto segundo plano pese a que el artículo 199 del Código Civil afirmaba que «el objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes, ..., de los que, no estando bajo la patria potestad, son incapaces de gobernarse por sí mismos», y se destacó la posición de la familia porque se entendía que, a fin de cuentas,

(54) Dada la época oficialmente incurables y con un fundamento teórico basado en concepciones misteriosas.

y en la práctica eran las estructuras familiares las que proporcionaban a los incapaces la atención y cuidados dignos de este nombre (55).

Resulta tan protagonista la familia en esta materia que, junto a la enfermedad de los hombres-personas que padecen graves trastornos mentales para gobernarse por sí mismos como individuos, se extiende la incapacidad, con igual valor, a la presencia de deficiencias para comunicarse con los demás (sordomudez acompañada de analfabetismo) y, además, los textos normativos de la Codificación construyen una serie de incapacidades relativas que afectan a los menores no precisamente niños; se mantuvieron como tal incapacidad en tanto no se alcanzan los veinticinco años de edad en relación con la gestión y el goce de su propio patrimonio (declarando el derecho de usufructo en favor del titular de la patria potestad sobre el patrimonio del menor). También se impidió la salida del hogar familiar, salvo para tomar estado, a las mujeres solteras menores de veinticinco años, limitación —más bien despropósito— que en algunos Códigos, como el nuestro, se mantuvo cuando la edad de la mayoría se rebajó a los veintiuno.

Por parecidas y sorprendentes razones, se declaran incapaces a quienes no se muestran hábiles en la llevanza de sus negocios (los concursados y quebrados) o para aquellos que malbaratan sus bienes, de forma tal que podrían llegar a perjudicar la transmisión de los bienes familiares a los legítimos (la prodigalidad). Aquí, entre nosotros, y con toda exageración se llegó a declarar pródigo a quien pudiera arruinarse por efectuar negocios arriesgados o por poner en juego no solo los bienes familiares heredados de los que podría decirse reciben un efecto reflejo de los viejos y añorados mayorazgos, pero es que se llegó a declarar la incapacidad para quienes tenían la osadía de dilapidar aquellos otros bienes que el propio «aventurero» ganó con su trabajo o con su ingenio, incluso con la práctica del juego o en ocupaciones que la estricta moral burguesa declararía, sin más, indignas.

Todo esto resulta bastante incomprensible para cualquier mente racional actual y a partir de una verdadera moral individual. Lo que todavía ocurre, bien es verdad que cada vez menos, es que aquellas inmoralidades cuya práctica acaban por resultar rentables no se veían tales, casi nunca, salvo, tal vez y no siempre, cuando aquellas guardaban relación con la explotación económica del sexo; por el contrario, sí se tildan de inmorales y perversas cuando su práctica conduce a la pérdida de todo o buena parte del capital acumulado: lo que resulta indiferente es la obtención, sobre todo si, logrado el capital, el sujeto actor «acaba por sentar la cabeza». Éstas, como mínimo,

(55) Sin menospreciar a personas e instituciones sin cuyo concurso la vida de los incapaces hubiera constituido una tragedia mucho mayor, resulta evidente que para el siglo XIX y primera mitad del XX, estas cuestiones carecían de relieve y tan solo interesaban en los supuestos de ausencia de familia o en los casos de abandono absoluto del incapaz.

irregulares actividades solo se calificarán de perversas en el caso de riesgo de pérdida.

A las gentes de nuestro tiempo nos resulta muy difícil justificar las incapacidades que pesaron sobre las mujeres casadas y que se manifiestan más desagradables, si cabe, por la miseria moral y la inanidad de los argumentos que se emplearon para introducir y defender tales posiciones que resultaban claramente regresivas respecto del pensamiento y la moral vividas con anterioridad al siglo diecinueve (56).

A muy pocos parecía sorprender la desconcertante paradoja de que las mujeres pudieran ser capaces hoy por dejar de ser hijas de familia (mayores de veinticinco años, solteras para la época) sin ninguna restricción civil por razón del sexo, y al día siguiente ser tratadas legalmente como incapaces para obrar por sí mismas por el mero hecho de haber contraído matrimonio.

La invalidez de este tipo absurdo y, a mi juicio, profundamente inmoral, abarcaba desde la libertad para el ejercicio de la profesión personal, sometida a licencia marital, con la añadida posibilidad de revocación de las licencias concedidas y sin necesidad de motivación alguna, llegando hasta la privación de la administración y goce de los frutos generados por los bienes propios (parafernales) y pasando por la denegación de cualquier asomo remoto de codirección en la administración de los bienes comunes ganados constante el matrimonio, incluso con su eficiente concurso o con su exclusivo trabajo.

Naturalmente no se trataba de contemplar una suerte de invalidez debida a una de esas desviaciones respecto del pensamiento utilitarista y finalista que tantos disgustos racionales siguen dándonos. En este caso, la excusa está basada en una torticera razón estadística: las mujeres están destinadas a conducir el hogar y a educar hijos. El primero es un argumento falso que esconde una tendencia contraria a la igualdad y muy favorecida por el paternalismo de cuño romano que se vivió bajo el neoclasicismo ilustrado que se generaliza a fines del siglo dieciocho. El segundo es un pensamiento débil, pues siempre pudo tener una respuesta empírica: las mujeres cultas, instruidas y con perspectivas que van más allá de las cuatro paredes del hogar educan mejor y más eficientemente que la simple y derrotada sierva del marido. Se trata, como puede verse, de una aspiración infundada y bastante egoísta. Lo que importaba era alcanzar una invalidación de los derechos fundamentales que aquella misma sociedad reclamaba para los hombres en abstracto, para distinguir cuidadosamente, primero entre varones y mujeres, después entre casados y solteros y, por último, entre hijos e hijas.

(56) Un tiempo para esta concreta materia sumamente retrógrado y totalmente inaplicable por el contraste que supone para el entendimiento del matrimonio como consorcio y de la familia que se ve, en teoría, como el núcleo conformador de individuos y ciudadanos libres.

El modelo oficial de la burguesía emergente respecto de las mujeres no era otro que el de emular el estilo teórico de vida de la postergada aristocracia. Algo muy lejano a la experiencia social anterior, coetánea o posterior de las familias ordinarias de cualquier clase social, incluida, entre nosotros, la aristocracia y la escasa burguesía.

El dislate fue de tal calibre que la llamada *potestad doméstica* se llegó a presentar doctrinalmente, como si se tratase de una ventaja excepcional a favor de la mujer casada, puesto que al gestionar y gobernar las molestias diarias del hogar no contraía por ello deudas personales (57). No se trataba de una atenuación de su reducción a un estado civil de dependencia, sino de la constatación terminante de hallarse en tal situación de dependencia impuesta por la propia ley.

Las mujeres casadas no contraían deudas por un mecanismo de protección, sino por la sencillísima razón de que éstas, con la estructura dada a los regímenes matrimoniales «legales», no tenían con qué responder ante sus potenciales acreedores y, además, los gastos que se les permitía efectuar y los actos que podían celebrar caían todos ellos dentro de las finalidades denominadas cargas familiares. Algo para lo que no se da elección alguna entre efectuar o abstenerse; se trata de gastos necesarios. La única potencial elección versa sobre el con qué o a lo más en el cómo cubrirlos. Además, efectivamente pagaban la mitad, ya que las cargas familiares se solventaban, ley en mano, con recursos gananciales; si bien, se presentaba como el cumplimiento de un deber por parte del marido: sostener a su familia. Otra falsedad aparential que acaba por formar cuerpo en el sistema.

Nuestro aparato judicial agravó la situación, con sus interpretaciones de estas normas, al manifestar, reiteradamente y contra el texto de la ley, que la titularidad sobre los bienes gananciales quedaba deferida, para la mujer, hasta la disolución por muerte del consorcio y en tanto, constante matrimonio, se predicaba la plena y exclusiva titularidad del marido sobre toda la masa común. Esta exageración comúnmente admitida y hasta animada por nuestra doctrina científica de finales del diecinueve y primera mitad del veinte poco o nada sensible a la posición de la mujer, con contadísimas excepciones, se explicaba porque sin el trabajo y la administración del marido el patrimonio familiar, de hecho, no se podía incrementar (se trata de una opinión muy infundada y corrientemente desmentida por la experiencia de mujeres viudas sumamente competentes en tales menesteres) y porque, según los mismos epígonos del predominio varonil, el régimen de comunidad ganancial repre-

(57) Este planteamiento se mantiene entre las familias islámicas que viven junto a nosotros y hasta tienen la nacionalidad española, mientras perdemos el tiempo especulando sobre el significado del velo y otras cuestiones simbólicas que esconden una discriminación jurídica, social y también religiosa de las mujeres.

sentaba la presencia en el matrimonio de la esencia misma de los valores cristianos (58).

No se trataba de las consecuencias de la consagración en la vida corriente de un discurso legal y judicial incongruentes, sino de algo mucho más sencillo y terrible: no se toman en consideración las justificaciones racionales cuando de lo que se trata es de una situación fáctica que se quiere perpetuar contra cualesquiera otros argumentos; se aplica la vieja regla social de lo que molesta no existe.

Para muestra de aquello que se pretende demostrar bastará con recordar que en el originario artículo 1.316 del Código Civil se prohibía bajo sanción de nulidad; «a los otorgantes estipular nada que fuere contrario a las leyes o las buenas costumbres, ni depresivo de la autoridad que respectivamente corresponda en la familia a los futuros cónyuges». Con esta declaración nadie se pronuncia sobre quién manda sobre la economía familiar, pero se incide y se refuerza la realidad de un desmedido predominio marital. Sobra añadir nuevos comentarios.

Casi todos los supuestos que conducían a la declaración legal o judicial de la incapacidad eran integrales; es decir, no se solía hacer uso, ni siquiera en hipótesis, de la posibilidad legal de efectuar una gradación de la capacidad, posición que comprendo, aunque no la comparto, tanto por las dificultades que tal gradación representaba para la psiquiatría de la época, cuanto por la inseguridad que la gradación de capacidades introduce en el tráfico jurídico ordinario.

Los grandes cambios del siglo pasado también han resultado determinantes para la revisión de la noción misma de incapacidad, que ha dejado de ser una cuestión centrada en la seguridad del tráfico jurídico para cimentarse en la realidad del hombre como sujeto activo del derecho y su posición en la sociedad originando la afinación de su instrumento institucional: la incapacitación.

Aunque pueda parecer insólito, de hecho lo es, fue la ciencia jurídica la que proporcionó el primer y decisivo paso. Es evidente que sin la obra del profesor DE CASTRO, el Derecho positivo sobre la incapacidad y la incapacitación hubieran cambiado de alguna manera, pues es claro que les había llegado el tiempo de hacerlo, pero sin sus enseñanzas lo hubieran hecho de otra forma, probablemente el cambio hubiera sido menos sensible con el problema mismo y se hubiera manifestado una mayor dependencia de las soluciones médicas y técnicas y con la mirada puesta más en la eficacia social

(58) Esta es una opinión tan peregrina que desconocía la existencia de países cristianos y católicos en cuyo Código Civil decimonónico se predicaba la separación de bienes, por ejemplo, en el de los Estados Pontificios hasta la Unificación italiana de 1870, en Italia tampoco hubo comunidad hasta hace bien poco, por no hablar de Cataluña y Baleares, así como de otros muchos lugares nada exóticos en lo social ni en lo jurídico.

mensurable en estadísticas y con menor apreciación del respeto debido a la persona, precisamente a la persona que padece una enfermedad psíquica grave que le imposibilita para ser libre: el mayor y mejor atributo que pueda gozar el hombre, en abstracto y como individuo en concreto.

El Profesor DE CASTRO dejó plasmados los requisitos necesarios para poder proceder a la incapacitación: la existencia de una enfermedad mental grave y permanente que imposibilita a quien la padece para gobernarse por sí mismo y el pronunciamiento judicial declarando la incapacitación y tomando las medidas oportunas de protección.

Sin duda, si don Federico DE CASTRO se pronunciara hoy sobre la materia en vez de haberlo hecho en 1952, no hablaría de que «la psiquiatría es una ciencia todavía en su infancia, con terminología cambiante y con poca seguridad en sus pronósticos», más bien reconocería paladinamente los avances que esta rama de la medicina ha experimentado y los que está preparada para ofrecer en un próximo futuro, pero si creo que insistiría en recordar con el mismo tesón y dejar en claro que, pese a que en este campo el valor de su dictamen sea decisivo e imprescindible, «la medicina no se ocupa de la situación social de la persona, de su posibilidad de vivir independientemente ni de la necesidad de que sea protegida» y que estos son los parámetros esenciales en una sentencia de incapacitación que tiene el valor de acto constitutivo y de título del cambio de estado civil que por su medio se origina; pues, «en nuestro Derecho, la incapacitación significa un cambio de estado ... con pérdida o restricción de la capacidad de obrar», y añade más adelante que: «nuestro Código Civil (en su redacción de 1889) ha seguido la idea, cuyo valor no puede desconocerse, de que la privación de independencia jurídica a una persona emancipada solo es posible cuando está en peligro su propia persona..., declarándose, en otro caso, *in favor libertatis*».

La opinión citada no puede ser más moderna y progresista, tampoco más contundente, cuando afirma: «la finalidad primaria de la incapacitación es la *protección* de la persona incapacitada y sus intereses morales y patrimoniales..., solo de forma indirecta y refleja puede la incapacitación resultar en beneficio de la familia, de los terceros o de la sociedad en general» (59).

O sea: tal y como recapitulara la totalidad de la doctrina civilista española, tras la enseñanza del profesor DE CASTRO, la locura, por sí, no supone una incapacidad en abstracto y sí lo es la imposibilidad de declarar con voluntad propia, cuando tal voluntad, por efecto directo del trastorno psíquico, no existe.

«La gravedad de la anomalía es decisiva», afirmó con toda razón DE CASTRO, pues no son suficientes las crisis mentales, ni la limitación de la inteligencia, ni las intermitencias, ni la bipolaridad, etc., sino que es preciso que la enfermedad, por sus efectos sobre la persona que la padece, impida a

(59) F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*. T. II. *Derecho de la Persona*, pág. 289 y sigs., Madrid, 1952.

ésta gobernarse, en el sentido jurídico del término, pero también en el vulgar. El que este dato de hecho sea determinante de la incapacidad y se deba sumar a éste la nota de «permanencia» no quiere decir que esté descartada la recuperación y que se puedan desechar, en base al dictamen médico, las revisiones periódicas con o sin diagnóstico, incluido el de curación.

Lo que sí deberá quedar sentado es que «el presunto incapaz es incapaz para gobernarse por sí mismo, para administrar sus bienes y ejercitar por sí sus derechos». También lo es que la incapacidad sea declarada judicialmente, tanto para ser internado por sus parientes como para ser tratado por ellos como incapaz, DE CASTRO, en una nota a pie de página (60), califica con contundencia de «deformación sentimental (no se alude a los manejos inconfesables que pueda encubrir) no justificada es la de temer las molestias de la incapacidad para el paciente, al que se le ha hecho sufrir la violencia del internamiento».

El maestro DE CASTRO se refería a los manicomios y clínicas psiquiátricas de su época, pero la calificación moral y jurídica sigue siendo válida para algunas prácticas actuales de internamiento en ciertas residencias. El valor que se pone en juego en la incapacidad y las medidas que de ella pueden seguirse en interés del incapaz, no es otro que el de la libertad. Valor del que no puede disponerse bajo ninguna razón, aunque se actúe desinteresadamente, por caridad, amor o piedad. No se nos ha trasferido por el ordenamiento ninguna habilitación para hacer uso de su restricción en favor de otro.

La huella del profesor DE CASTRO se hizo patente en la Reforma de 1983 y sigue viva en la doctrina científica española, además, su lectura sigue siendo estimulante.

El segundo cambio que permitió tener una visión totalmente distinta de las enfermedades mentales y sobre todo de sus efectos, fue el avance de la psiquiatría española desde los años cincuenta y sesenta del siglo pasado, competencia que se afirma en el presente y que ha propiciado un cambio de actitud de la sociedad española ante las enfermedades mentales, incluidas las que dan lugar a la incapacidad de los enfermos.

El ejercicio de la psiquiatría y de la psicología clínica ha dejado de ser un sistema de evaluación clasificatoria, tratamientos paliativos e internamiento de enfermos mentales, para pasar a ser un sistema de tratamiento integral que intenta favorecer la integración de los enfermos mentales en la familia y en la sociedad. Hay todavía bastantes obstáculos que vencer y bastantes prejuicios que desmontar y arrinconar, pero el avance está ahí y la enfermedad mental está dejando de ser un tabú que segrega y distancia y ya no presenta el perfil propio de los estigmas.

Desde luego las sentencias de incapacidad en cuanto a su bondad y adaptación a los hechos no están pendientes del albur de un diagnóstico más

(60) F. DE CASTRO Y BRAVO, *op. et loc.*, pág. 299.

o menos certero, sino que el diagnóstico y el pronóstico responderán la mayor parte de las veces a la situación real del enfermo. No es todavía una ciencia con bases pacíficas y generalmente aceptadas, pero sí ha abandonado la infancia, con referencia a la posición realista del profesor DE CASTRO, y probablemente también ha superado la etapa de la pubertad para encaminarse hacia una espléndida madurez.

Sin asomo de duda, el mayor cambio operado por la sociedad española se ha efectuado en la familia. Ésta se ha adaptado de forma casi camaleónica a todas las novedades y, en muchos aspectos, de ella ha partido el impulso vital que lo ha hecho posible. Así ocurrió con los cambios jurídicos operados, en buena hora, sobre las restricciones que venía padeciendo la mujer desde la codificación en el seno de la familia matrimonial y cualquiera que fuese el régimen económico-matrimonial, en los hogares españoles se había producido el cambio bastante antes de que llegasen las confirmaciones legislativas de la tendencia: los grandes cambios legislativos de 1981 no comportaron sorpresas, ni roces adicionales, ni rechazos, incluida la introducción del divorcio vincular para cualquier forma de celebración del matrimonio.

Las limitaciones y restricciones que pesaban sobre las mujeres han desaparecido sin dejar tras de sí rastro alguno digno de mención, por ello resulta difícil de explicar y más de comprender cuál sea la motivación real de la legislación neosexista en favor de las mujeres por el mero hecho de serlo y el discurso muy desequilibrado emprendido en nombre de la igualdad en abierta discrepancia con el texto constitucional y su amplísima aceptación. La mayor parte de las mujeres que me rodean (y son muchas) se sienten acreedoras de sus empleos y cargos por sus propios méritos y no gracias a cupos dispensados por otras congéneres que sí deben su posición gracias a ser mujeres. Las excepciones, que las hay, son muy pocas.

La vivencia de la igualdad entre hijos e hijas dentro de las familias se manifiesta en todos los campos y se hace palpable en todas las manifestaciones de la vida social; por ejemplo, las mujeres constituyen mayoría en la universidad española y también en el acceso a los más importantes cuerpos de funcionarios, incluidos la judicatura, las notarías y los registros.

Ha sido la familia igualitaria por dentro y por fuera la que, con visión positiva de la incapacidad y la incapacitación, ha facilitado y demostrado la eficacia de la patria potestad prorrogada y la que trata de allanar dificultades para que la discapacidad no impida la integración de los discapaces. Son estas mismas familias las que han llegado a entender que su función, pese a ser importantísima de cara al resultado final, no deja de ser secundaria, ya que la posición central no tiene por qué ser disputada al enfermo tanto en el caso de la discapacidad no incapacitante cuanto en aquellas en que la incapacidad precisa ser declarada en protección del enfermo cuya dolencia le impide el gobierno por sí mismo, incluso con asistencias eficaces.

Desde esta perspectiva no puede afirmarse, sin incurrir en ligereza, que la familia se encuentre en crisis, aunque hay que reconocer que nos hallamos con fuertes incertidumbres sobre el modelo arquetípico e incluso, más claramente, sobre la conveniencia misma de la existencia de un modelo auspiciado y propiciado por el propio ordenamiento jurídico.

El tradicional abandono a su suerte no forma parte de los planteamientos actuales y que son debidos a los discapaces e incapacitados. Ahora bien, las familias empiezan a tener conciencia de que por sí solas y aisladas del conjunto, salvo contadas excepciones, no pueden llegar a dar respuesta a la demanda de integración potencial de los discapaces que de ella dependen, ni al desarrollo de las restringidas capacidades que puedan conservar los enfermos, ni a facilitar el estímulo de los resortes de respuesta que el paciente pueda presentar y aquí creo que las medidas de ayuda y fomento son, por el momento, insuficientes, sobre todo cuando la enfermedad se declara irreversible y puede proceder la incapacitación. Por lo que el gasto con tal finalidad debería ser tan sagrado para las autoridades y organismos públicos responsables del mismo como lo pueda ser cualquiera otro destinado al mantenimiento y funcionamiento de los órganos que encarnan los poderes constitucionales o incluso un poco más (61).

6.2. LA REFORMA DE 1983

No existía duda en los años setenta del siglo pasado sobre la necesidad de emprender una revisión en profundidad del tratamiento legal de la incapacidad, así como de la incapacitación. También se constataba que el entramado institucional de guarda, representación y protección constituido por un tutor, un protutor y un consejo de familia era excesivo, caro e ineficaz, por lo que solo se incapacitaba a las personas que fuesen titulares de un patrimonio importante (DÍEZ-PICAZO).

Como apuntara SANCHEZ-REBULLIDA: «a las críticas al Código levantadas desde su promulgación se unieron, después, las sugeridas por su impotencia para hacer frente a uno de los problemas —la incapacitación y la representación legal— de los subnormales (62) que, sin otra asumibilidad en el Có-

(61) Mientras los ciudadanos con problemas de esta índole no sean para los gobiernos democráticos el objetivo primero y más importante de la acción política real, no la de discursos, éstos, nadie lo discute, ocuparán el poder por cauces democráticos impecables, pero seguirán sin ser democráticos. La democracia no empieza y termina en unas elecciones libres y ajustadas a la ley, sino que requiere de la aplicación permanente y no caprichosa de los principios democráticos. En este campo nuestras instituciones político-representativas todavía presentan perfiles insuficientemente democráticos, más si, además, se someten a las exigencias de la definición de nuestro Estado en el artículo 1.1 de nuestra Constitución, salvo, claro está, que esta definición sea una frase liberadora de un régimen no democrático cuyos efectos se dejan para cuando otros gobiernen.

(62) Hoy denominamos a estos enfermos discapacitados o incapacitados psíquicos.

digo que dentro del concepto de *locos* o *dementes*, ofrecen hoy una tipicidad y singularidad clínica evidente, a la par que ha aumentado su número, proporción y, sobre todo, la sensibilidad social en cuanto a los problemas que les atañen» (63).

La Fundación General Mediterránea y el Servicio de Recuperación y Rehabilitación de Minusválidos (SEREM) encomendaron a un equipo de civilistas de la Universidad Autónoma de Madrid (64) la realización de un estudio jurídico que, presentado en forma de texto articulado, vio la luz en 1977. En este estudio se inspiró directamente el Proyecto de ley que se publicó en el BOCG, Congreso de los Diputados, de 24 de junio de 1981, iniciativa que se frustró por la disolución de las Cortes de 1982. El citado estudio se volvió a inspirar en el Proyecto de ley que se publicó en el BOCG del Congreso de los Diputados, el 27 de enero de 1983 y que tras su tramitación parlamentaria se promulgó como Ley el 24 de octubre de 1983.

Son muchos los aciertos de estos iniciativa, estudio y labor legislativa que se materializaron en lo básico en una reforma de la incapacitación (arts. 199 a 214 CC sobre los que incidirá la LEC de 2000), con clara inspiración en la obra del profesor DE CASTRO, que da lugar al robustecimiento de la figura del tutor, con supresión de las figuras del protutor y del Consejo de familia, más una reforzada actuación de la autoridad judicial; la recuperación de la institución de la curatela para aquellos casos en que resulta preciso apoyar y completar la capacidad de obrar que conserva el enfermo incapacitado que puede gobernarse por sí mismo; a la aparición de las figuras del defensor judicial y la guarda de hecho; y, asimismo, modifica y perfecciona la figura de la patria potestad prorrogada, que el inicial estudio referido contempló y que se incorporó al ordenamiento con la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981.

El artículo 200 del Código Civil contempla desde 1983 como causa de incapacitación *las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma*, y el artículo 201 prevé que también pueden ser incapacitados los menores de edad por las mismas causas del artículo anterior y *se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad*. En el artículo 210 del Código Civil se decía: *La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y límites de la misma, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado* (65).

(63) LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, IV, *Derecho de Familia*, LACRUZ-SANCHO, Ed. Bosch, pág. 775, Barcelona, 1984.

(64) El formado por los profesores Díez-PICAZO, R. BERCOVITZ, ROGEL, CAFARENA y CABANILLAS.

(65) Irrazonablemente este precepto se ha dejado sin contenido en el Código Civil, por entender los legisladores técnicos y políticos del Derecho Procesal que por estar de-

El aspecto único de diferenciación gira en torno a la idea matriz de la posibilidad o, su contrario, la imposibilidad de la persona de *gobernarse por sí misma* y esta cuestión es, en mi opinión, la única que separa la función de las dos instituciones que contempla tras la incapacitación el Código Civil —la tutela y la curatela—, para el supuesto de anomalías persistentes en la capacidad de obrar del enfermo. La patria potestad prorrogada no deja de ser una forma muy sensible y positiva de posponer indefinidamente la entrada del incapaz en el régimen de tutela o curatela.

No voy a efectuar crítica alguna a la reforma de 1983 y mucho menos al estudio doctrinal que le sirvió de base, me limito a afirmar que reviste una gran calidad técnica y una no menor sensibilidad, pero sí entiendo que a la vista de las inquietudes sociales y la legislación que les siguieron resultaría muy conveniente efectuar una revisión a fondo de la misma, tanto por lo que se refiere a sus elementos esenciales, que siguen siendo atinentes e imprescindibles, como a la diferenciación y articulación institucional de las figuras de la tutela y la curatela, en especial, como consecuencia de los cambios institucionales que, en principio, exige la ratificación de la Convención de Nueva York.

Estoy convencido de que el control judicial no ha favorecido tanto como se esperaba la situación de los incapaces para actuar por sí mismos, ni a los discapaces que sí requieren de ayuda y asistencia para saber, conocer y analizar en las cuestiones que, tras recibir la ayuda precisa, deberán decidir por sí mismos.

Me parece que esa es la conclusión de la que parten las iniciativas legislativas posteriores sobre los aledaños al núcleo material de la cuestión sin incidir directamente en ella, pues en nuestra sociedad no se valora de forma suficiente la libertad del personas (creo que tampoco la igualdad), pero sí las necesidades económicas para atender con cierto decoro a discapaces e incapacitados que, pese a la dirección indudable de la reforma de 1983, se sigue viendo como una cuestión interna de la familia.

Por cuanto se refiere a la materia medular de la cuestión, entiendo que no parece prudente mantener que se pueda precisar en un porcentaje objetivo el grado de incapacitación cuando de forma indubitada se resuelve que el enfermo no puede gobernarse por sí mismo y solo en este caso y con valoración sumamente restrictiva y sin ánimo de actuar con criterios caritativos, sino con convicción, se podrá incapacitar a una persona y, así, instituir la tutela con todas sus consecuencias.

dicado a la sentencia de incapacitación era cuestión exclusiva de procesalistas, confundiendo, como casi siempre, la estructura y el contenido de las normas con la distribución del Derecho por materias, como acontece con los estudios superiores del mismo y ha sido mal reproducido por el artículo 760,1 LEC de 2000, que con redacción acumulativa ordena: *«La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y límites de la misma, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, y se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 763»*.

En todos los restantes casos en que, admitida la hipótesis de que es posible el autogobierno por parte del enfermo, sí se podrá y deberá graduar y señalar sobre qué actos, en qué grado y con cuáles consecuencias deberá actuar el curador del enfermo mental o del enfermo físico al que la enfermedad pueda afectar al entendimiento de la realidad o a la volición negocial relacionada con el conocimiento de las cosas y los negocios que el enfermo deba celebrar en las condiciones de igualdad que para él prevé y contempla de forma reiterada y machacona, al estilo anglosajón, el Convenio de Nueva York de 13 de diciembre de 2006. El problema que obvia esta Convención es, nada menos, el de las responsabilidades en que pueden incurrir los curadores, cuando refrendan la voluntad del discapacitado no incapaz y del negocio llevado a cabo se siguen pérdidas de bienes o de derechos. Creo que si la legislación española llega a modificarse en esta línea, que sigo pensando resulta contraria al sentido jurídico establecido y no discutido por nuestras mejores y últimas reformas, debería fijarse con la mayor precisión posible la responsabilidad en que puede incurrir el curador y cuales sean las posibilidades de exoneración por manifestar, en su caso y con la precisión y forma debidas, los riesgos potenciales que la operación puede entrañar.

A la vista de esta norma incorporada a nuestro ordenamiento jurídico habrá que convenir, conforme a las mejores ideas de nuestra propia tradición jurídica, que la incapacidad declarada presupone un cambio esencial en la personalidad jurídica del enfermo y que este cambio afecta a su libertad, que la incapacitación total solo procederá en los casos en que por la gravedad de la enfermedad, medida en razón de sus consecuencias y efectos que produce en el enfermo, imposibilita a éste para gobernarse (es decir, tomar decisiones vitales sobre sí mismo y sobre el ejercicio directo de sus derechos) y, en su consecuencia, se le somete a tutela. Desde ese momento, el tutor suplirá su voluntad, no la completará, aunque en el ejercicio subrogado de tal volición se deberán tener en cuenta todos los intereses del enfermo incapaz e incapacitado, siendo adjetivos y secundarios los intereses de los terceros, incluidos en esta situación de terceros los propios miembros de su familia con todos sus intereses. La familia puede y debe ser tenida en cuenta pero de forma indirecta y vicaria, tampoco se puede presumir qué hubiera querido el enfermo de estar sano y ejecutarlo, sino lo que ha venido queriendo y afirmando cuando podía autogobernarse y lo hacía.

Como afirmara SANCHEZ REBULLIDA: «entre los órganos de guarda, la tutela es el que más genérica y ampliamente cumple la función de suplir la patria potestad» (66). Opinión que sirve para centrar cuál fuera la línea de inspiración tradicional, incluso para la Ley de 1983. Ahora bien, creo que el paradigma arquetípico solo subsiste para los casos de incapacidad total ma-

(66) LACRUZ-SANCHEZ, *op. et loc. cit. ante*, pág. 787.

nifestada en el sujeto objeto de protección y representación cuya enfermedad incapacitante se manifiesta desde la infancia o la pubertad, no así y en la actualidad para las incapacidades totales que se manifiestan tras la mayoría de edad, en la madurez o en la vejez, sobre todo cuando aquéllas se manifiestan como efecto de enfermedades degenerativas de las que el sujeto paciente es o ha sido consciente de sus consecuencias.

El tratamiento legal y dual (tutela y curatela) de los problemas de ausencia o limitación respectivamente del criterio personal para tener conocimiento propio y en la valoración de éste para la conformación de la voluntad para ejercer los propios derechos, para obligarse, así como para responder civilmente, introduce en el ordenamiento español un criterio clarísimo en favor de restringir la tutela graduable para los supuestos en los que resulta imprescindible la representación legal (querer por otro y en interés exclusivo de éste por falta de independencia en el autogobierno del representado) y para los demás casos de limitación (o sea: en los que sí es posible querer por sí mismo siempre y que en las cuestiones señaladas en la incapacitación relativa, se cuente con la ayuda y asistencia estrictamente necesarias) se institucionaliza la curatela con carácter y contenido sumamente elásticos, acomodables a las necesidades efectivas de quien padece una enfermedad que afecta a la percepción y valoración de la realidad.

Ahora bien, vista la tendencia legislativa consistente en mantener e incluso ampliar, hasta su último límite de viabilidad, tanto la independencia de vida, cuanto la capacidad de obrar, habrá que convenir que los supuestos de tutela deberán constituir la excepción y, por tanto, sus notas caracterizadoras someterse a una interpretación estricta y muy restrictiva. En su consecuencia y a contrario, la curatela se deberá convertir en la institución de regla para la guarda de personas con limitaciones intelectivas y volitivas, precisamente por su formulación acomodaticia a las circunstancias, tanto de la persona paciente como a la naturaleza e importancia económica de los negocios jurídicos a realizar y el ejercicio de los derechos en los que se deba aconsejar y conformar la voluntad del interesado, sujeto activo de los mismos y titular de la posición activa o pasiva de los derechos que se ejerciten, creen o extingan.

Con todo, el problema seguirá siendo una cuestión que exige de una apreciable finura y exquisitez jurídicas en la dilucidación de los supuestos límites; es decir, tener el cuidado que se precise para distinguir entre capacidad de querer relevante en derecho e incapacidad personal, actividad que constituye una cuestión de llevar el arte, la ciencia y la ponderación equitativa al juicio sobre capacidad real del enfermo que se examina en un proceso de incapacitación y la dificultad existente para llegar a entender y querer.

Me parece bastante evidente que, aunque el impulso inicial de la acción legislativa que culmina con la promulgación de la Ley de 24 octubre 1983, trae causa de la solicitud de la Fundación General Mediterránea y el SEREM,

entes sociales interesados en el tratamiento de las más amplias situaciones de discapacidad solo relativamente susceptible de acarrear una incapacidad (territorios propios de la simple ayuda de adaptación y rehabilitación o de la curatela), la cuestión de fondo seguía siendo el hecho casi irreductible de la incapacidad total y el problema concreto de fijar el límite inferior de tan grave situación personal. Entiendo que esta cuestión seguirá siendo insalvable, tanto para el Derecho como para la Psiquiatría y la Psicología, porque entre las muchas variables seguirá abriéndose camino la subjetividad e incluso el egoísmo de quienes deben propiciar la actuación de los organismos técnicos y de los jurisdiccionales, y ambos tampoco podrán borrar de sus planteamientos, sin duda desinteresados y honestos, ni la subjetividad propia o ajena, ni las presentaciones también subjetivas, a su vez, de los hechos y de las conductas de las que se deducirán la incapacidad y su grado y la limitación de la libertad integrante de la capacidad de obrar que en cada caso resulte procedente. Cuestiones clave para dilucidar si ha de instituir la tutela o la curatela y el grado de esta última.

Ahora bien, si la tendencia más en boga, también aquí hay modas, una veces justificadas y otras no, consiste a fin de cuentas en fomentar la voluntad nacional e internacional en favor de la curatela y constreñir al mínimo inevitable la adopción de la guarda por la vía de la tutela, tanto por llevar al límite el *favor libertatis*, cuestión muy entendible, cuanto por aplicar una línea de lectura de la igualdad que, con toda evidencia, no estaba en la mente de los legisladores de 1983, habrá que concluir que, aunque las normas codificadas como consecuencia de la reforma de 1983 siguen en vigor, sin la menor duda, al menos por lo que a mi interpretación de las mismas respecta, tales normas deberán ser reinterpretadas ahora y aplicadas al caso a la luz de la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006, ratificada por el Reino de España el 23 de noviembre de 2007 (BOE de 21 de abril de 2008) y, por lo tanto, plenamente incorporada a nuestro ordenamiento jurídico. Aunque es evidente que es una norma que no se puede aplicar directamente, su función es la de proporcionar nuevos criterios interpretativos de las normas vigentes e impulsar reformas obligadas de las mismas: sí es posible que deba derogarse directamente algún precepto concreto por ser incompatible con ella.

6.3. LA SENTENCIA DE PLENO DE LA SALA 1.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO 282/2009, DE 29 DE ABRIL

La sentencia enjuicia unos hechos corrientes y poco edificantes: Estamos en presencia de una señora anciana, con una vejez relativamente decrepita y unos hijos que se disputan el control de un patrimonio, al parecer importante

o no, y la madre viene a ser la excusa de su disputa, sin su presencia conforme a la Convención de Nueva York de 2006, analizada y citada con alguna reiteración, el caso no tendría relieve propio y pasaría sin pena ni gloria por la Jurisprudencia de la Sala 1.^a del TSJ, pero por sus circunstancias e incidencia sobre la interpretación de las normas sobre capacidad de las personas, merece que la analicemos con algún detalle.

Doña V. fue incapacitada por sentencia de 9 de julio de 2000, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número... que, tras el examen personal del juez, el dictamen forense y la práctica de las pruebas testificales y documentales, concluyó que «no puede gobernarse por sí misma, y en su consecuencia y por tanto *en su beneficio y el de sus hijos*, procede declararla incapaz total y absolutamente y nombrarle tutor», con apoyo en los artículos 210, 215 y 222.2 del Código Civil y el artículo 760 LEC.

El razonamiento de base se orienta a que la capacidad, pese reconocerse como un atributo de la personalidad, resulta ser vicaria de la seguridad del tráfico y, cuando no se teoriza y se entra en el terreno de la verdad, está vinculada al interés de la familia. Solo así cabe entender el siguiente argumento del Juez de 1.^a Instancia: «solo cabe limitarla en los supuestos como el que nos ocupa porque doña V., por sí sola, le es imposible participar libremente en los distintos aspectos de la vida, personales (vestir, pasear, etc.), familiares (llevar la casa, comprar, etc.), o sociales (visitas, relaciones, etc.) —no puede estar presente en estas actuaciones— e incluso aquellas otras que vienen impuestas por la administración del patrimonio que posee (ha conferido poder general), por lo que necesita protección, vigilancia o representación de otras personas, que sustituyan o complementen aquella cualidad o estado de la que carece...». Está claro que no comparto en absoluto esta visión, ni del papel femenino que se describe, ni del social, ni el de la autonomía de la voluntad; no es de recibo entender que el otorgamiento de un poder general presuponga el reconocimiento de una incapacidad y menos con un patrimonio importante.

La Audiencia Provincial de ..., por su sentencia de 20 de marzo de 2006 (con un retraso notable para cualquier materia, pero sobre todo en materia de la importancia de una incapacitación) desestimó el recurso y confirmó la sentencia apelada.

La Sala 1.^a del Tribunal Supremo por la sentencia de pleno 282/2009, de 29 de abril (67) desestimó igualmente el recurso, confirmó la sentencia recurrida y condenó en costas a la parte recurrente.

De la tramitación procesal en su conjunto y de la sentencia de pleno llaman mi atención, para el análisis sucinto que aquí procede, los siguientes aspectos:

(67) Es Ponente de esta sentencia de pleno la magistrada doña Encarna ROCA I TRÍAS, Catedrática de Derecho Civil y excelente jurista.

Primero.—En el Fundamento de Derecho Primero, dedicado a resumir los hechos probados, se puede entresacar del dictamen del médico forense actuante en primera instancia, tras una descripción bastante rigurosa del estado general y mental de la declarada incapaz total, la para mí importantísima afirmación de que: «aunque los diagnósticos de las enfermedades que padece no son incapacitantes por sí mismos.... ante la complejidad de sus bienes, y ante la situación socio-familiar, podría llevarle a sufrir engaños por terceras personas...». Más adelante por la inspección personal practicada por el juez se afirma que: «se trata de una persona de avanzada edad, afectada por una enfermedad visible de Parkinson, que se orienta bien en el tiempo y en el espacio, conoce sus circunstancias personales, a su familia y a su entorno, pudiendo afirmar que puede realizar actos simples de la vida cotidiana, no así complejos como sería la administración de sus bienes».

De estas conclusiones puede deducirse, a mi entender, que en la incapacidad total y en el sometimiento de la anciana a tutela pesaron bastante más las circunstancias externas al sujeto «el beneficio de sus hijos» (*sic* en la argumentación de la sentencia de 1.^a instancia) y el interés de la administración de su patrimonio, que el supuestamente capital interés de la propia persona cuya incapacidad se insta. No queda nada claro que se dé una real limitación grave de la capacidad de querer y entender relativa al ejercicio de sus derechos de toda índole y la imposibilidad contrastada de no poderse gobernar por sí misma no parece satisfactoriamente probada. En mi personal opinión, llevar la casa o comprar no son, a contrario de como argumenta el juez, incumbencias familiares que deban efectuarse personalmente cuando se dispone de un patrimonio al parecer importante y complejo; pasear o vestirse por sí misma no son limitaciones de las capacidades jurídicas de una persona y el hecho de no recibir visitas no dan la medida de la sociabilidad de una persona en grado de patología verdaderamente susceptible de dar lugar a la incapacidad.

De la simple lectura de los resúmenes efectuados por la sentencia que aquí se comenta se saca la impresión de que el caso era el apropiado para un supuesto de curatela, pero no para acordar la tutela; y dada la situación de las relaciones familiares resultaba aconsejable, probablemente, prescindir de los hijos para proveer los cargos de curador de la persona y curador de los bienes; pero entiendo pesaron los intereses de determinados hijos, una cuestión muy humana pero reñida entiendo con la disciplina normativa y la doctrina científica relativas a la incapacidad y sometimiento a tutela del incapacitado.

Segundo.—La sentencia hace una referencia también pormenorizada del informe del Ministerio Fiscal (68). La pieza original es muy interesante y,

(68) A la vista de la importancia que podía revestir este documento, procuré y logré tener acceso al informe original, obra del Fiscal de Sala del TS don Félix HERRERO ABAD, excelente jurista muy interesado por la defensa de los derechos fundamentales de las personas.

además, está muy bien construida. En la argumentación de la fiscalía sobre la Convención neoyorquina de 13 de diciembre de 2006 (en adelante CNY) se valora a ésta como «herramienta clave para la interpretación de las normas relativas a la capacidad jurídica y de obrar de la demandada que son cualidades que afectan a la dignidad como persona (art. 10,1 CE) y al derecho a la igualdad con los demás (art. 14 CE)» para incidir a continuación en que «La Convención obliga a los Estados partes a reconocer *que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna obligándoles a prohibir toda discriminación por motivos de discapacidad y a garantizar a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo* (art. 5.1 y 2 CNY). Asimismo, se establece como principio general *el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas* (art. 3.a CNY). Para asegurar que estos dos derechos no se infrinjan y puedan ser ejercitados por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás, la Convención obliga a los Estados miembros a llevar a cabo los que se denominan ajustes razonables (art. 5.3 CNY), ya que sin éstos, aún reconociendo su capacidad como principio programático, la igualdad sería inviable para los discapaces y supondría, indirectamente, una forma de discriminación en cuanto que imposibilitaría a las personas con discapacidad ejercitar sus derechos y opciones, por imposibilidad física o psíquica, en igualdad de condiciones que las personas capaces, discriminación proscrita tanto en la *Convención* como en nuestra Constitución (art. 5 CNY y 14 CE). Es decir, *la igualdad y dignidad que se proclama no es retórica sino efectiva en todas las facetas de la vida, incluidas las referidas a la toma de decisiones que les afecten y a su independencia*» (69).

Esta argumentación se cierra con la transcripción íntegra del artículo 12 CNY, que, por mi parte, omito y a la que remito al amable lector. Para concluir, en primer lugar, que la Convención unifica la capacidad jurídica, lo que, a mi juicio, resulta inexacto, aunque reconozco que ésta es la tendencia general, más bien entiendo que la aspiración máxima de la Convención se encuentra en la idea de reducir el ámbito habitual de aplicación de la incapacidad plena, aquella que requiere inexcusablemente de la representación legal del incapaz, bien a través de la patria potestad o bien por medio de la tutela.

En segundo lugar, se afirma por la Fiscalía, que en la Convención «*se pasa del modelo de sustitución al modelo de apoyo o asistencia*». Esto no me parece completamente exacto; más bien la Convención, a mi personal juicio, no contempla en ningún momento la incapacidad total, por esta razón se

(69) Cito literalmente el informe fiscal y los subrayados son también del mismo.

mueve siempre en el territorio propio de la discapacidad no incapacitante ni plenamente dependiente. Sí modifica, a mi entender, la función de la curatela, pase a ser un órgano estable con función de asistencia y consejo y no vendría a ejercer en ningún momento la función de representación, ni la de suplencia, ni la de sustitución del discapaz, salvo otorgamiento de poder *ad hoc*. El llamado a actuar, a prestar consentimiento negocial, a otorgar testamento o a litigar es el propio discapaz con un grado tal que requiere de la asistencia y consejo del curador. La función real de la curatela es la de completar la capacidad, según adelantó y nos enseñó, en su día, SANCHO REBULLIDA (70).

Y, en tercer lugar, se entiende en este informe, que «se ha de desterrar la incapacitación que priva al declarado incapaz de ejercer todos o parte de sus derechos y obrar conforme a sus preferencias y le relega a no ser consultado, sustituyendo su voluntad por la del tutor en todos o en la mayor parte de los aspectos de su vida. La figura sustitutiva y vigente más acorde en el derecho español sería la del curador, en cuanto que se configura como graduable y abierta al apoyo para actos determinados en función de las necesidades del caso y de las circunstancias concretas, siempre que su actuación cuente con la voluntad de la persona incapaz, con sus preferencias para actos concretos y su apoyo a los actos que se le marquen sea revisable por los tribunales. Pero tampoco se puede configurar como figura definitiva».

Entiendo, por mi parte, que esta afirmación solo constituye una razonada orientación.

La figura del tutor sigue y seguirá siendo necesaria, pero debería quedar reservada para cuando no sea viable la gradación de la capacidad (de forma permanente o en los momentos de crisis) (71) que le puede restar al incapacitado, o no existe o es tan exigua que resulta necesario y, además, imprescindible la sustitución del incapacitado en el entender y el querer propios de la autonomía de la voluntad.

Tercero.—En el Fundamento de Derecho Quinto de la sentencia se encuentra la doctrina jurisprudencial de la sentencia. Al contestar básicamente al informe del Ministerio Fiscal e interpretar el artículo 12 del Convenio de Nueva York, así en el apartado 1.º se afirma que: *«cuál deba ser la forma de identificar la situación jurídica de estas personas no pertenece a este Tribunal decidirlo; será el poder legislativo quien va a tener que fijar las normas para su nominación, porque esta Sala no tiene la competencia para juzgar sobre los términos más adecuados para identificar las instituciones de protección. Y el caso es que la Disposición Final primera de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, establece que el Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán*

(70) LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pág. 828.

(71) Situación cada vez más frecuente y típica de los trastornos psíquicos intermitentes.

a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención...».

Me resulta difícil de entender la posición de la ponente, pues parece evidente que sí es función de la Sala juzgar sobre los términos más adecuados, naturalmente limitados al caso concreto, sobre el que se pronuncia la sentencia; además, entiendo, a partir de las explicaciones de don Federico DE CASTRO, que la incapacitación misma y la elección de los medios para completar la capacidad de obrar o la de sustituirla corresponden al juzgador y no a los medios que aporte la ciencia médica o estructure el derecho procesal, ambos no pueden pasar de ser instrumentos útiles, necesarios e imprescindibles para el proceso, pero no son máquinas de fallar.

En el caso queda explícitamente recogido que a la incapacitación total de doña V. (párrafos primero y segundo del Fundamento de Derecho segundo de la sentencia) se llega en beneficio de ésta y de sus hijos y en razón de que no puede gobernar su patrimonio, aunque sus múltiples dolencias la limitan pero no la enajenan, ni la impiden saber ni entender, solo la convierten en una persona influenciable.

O sea: según la doctrina científica tradicional y más respetada y acreditada, más la tradición jurídica española, estaríamos ante un caso de curatela y no de tutela y en una repetición de posiciones juzgadas y reprobadas muy severamente por la civilística española.

En el apartado 2.º de este Fundamento se hace referencia al ámbito estricto de protección de la Convención de Nueva York, afirmando que *«en consecuencia, la actual regulación de las medidas de protección se basa en tres soluciones, a su vez adaptables a cada situación: a) la incapacitación; b) la curatela; y c) las medidas a tomar en caso de discapacitados no incapacitables respecto a los aspectos patrimoniales, reguladas en la reforma del Código Civil efectuada por la Ley 41/2003»*, posición de la ponente que resulta sumamente correcta y coincidente con las doctrinas científica y jurisprudencial, que comparo plenamente, si bien a partir de ella no se puede deducir que se deba mantener, además de las figuras tuitivas, la permanencia del ámbito de las mismas. Esto sí ha cambiado o nos hemos comprometido a cambiar.

La ponente no añade, con entera lógica y respeto a la *sui generis* división de poderes de nuestra Constitución, pero sí lo hago yo, que no era necesario ni conveniente ratificar la Convención de Nueva York, porque nuestras soluciones legislativas y nuestra tradición jurídica es muy superior técnicamente al pensamiento expresado por ésta y porque supone un acto de seguidismo más a los que ya nos tiene acostumbrados nuestros sucesivos poderes ejecutivos con referencia a algunos tratados internacionales. La Convención de Nueva York sigue una moda de típica solidaridad verbal propia de la inanidad política y social de las Naciones Unidas y, por si fuera poco, no aporta nada a los países signatarios de la Convención Europea de Derechos Humanos y

a la que nos obligan las sentencias dictadas en la materia por el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo.

También coincido con la ponente en el contenido del apartado 3.º de este mismo párrafo del Fundamento de Derecho quinto, cuando, con relación a la aplicabilidad del artículo 10 CE, con o sin Convención por medio, se afirma: *«Para que funcionen los sistemas de protección se requiere que concurran algunos requisitos: la situación de falta de capacidad, entendida ésta en sentido jurídico, debe tener un carácter permanente, es decir, que exista una estabilidad que influya sobre la idoneidad para la relación de una serie de actos, actividades y, sobre todo, para desarrollar de forma adecuada y libre, la personalidad. Esto comporta que puedan producirse: a) una variedad de posibles hipótesis, caracterizadas por su origen y la diversidad de su graduación y calidad de la insuficiencia psíquica, y b) la mayor o menor reversibilidad de la insuficiencia. Por ello hay que afirmar rotundamente que la incapacitación al igual que la minoría de edad no cambian para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí determina su forma de ejercicio. De aquí que deba evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación del discapacitado»*.

El mismo juicio de plena coincidencia me merece el apartado 4.º de este párrafo de este Fundamento de Derecho. Parece evidente que la incapacitación y el procedimiento que se siga no constituye ni la más mínima violación ni al principio de igualdad ni a ningún otro derecho fundamental o libertad pública; no es vejatorio en sí mismo, aunque si resulta contradictorio con los buenismos sociales al uso que después ven como actos de caridad actuaciones de allegados y familiares para con los discapacitados de su propia familia cuando éstos constituyen verdaderos abusos en una autoridad que nadie les ha conferido.

La incapacitación de quienes sufren una enfermedad psíquica grave y su puesta bajo la patria potestad de sus padres si los tienen o bajo tutela, discernida con sumo cuidado y con respeto pleno a las leyes y a la dignidad debida a las personas y más para aquellas que no pueden defenderse por sí mismas, tiene y debe tener el valor propio de un acto de defensa del incapaz, un procedimiento de preservación de la libertad, en la medida que no resulte contraria a su dignidad y seguridad, de la igualdad allí donde pueda y deba mantenerse, y, en último término, una vía de mantenimiento de la dignidad que le es debida a todo ser humano, proposición primera del artículo 10.1 CE, del que parece nos olvidamos a menudo.

La sentencia, pese a mis discrepancias de opinión, constituye una pieza jurídica digna de ser estudiada, analizada y valorada en profundidad y desapasionadamente. Conocida la recia personalidad de la Magistrada Ponente era de esperar alguna mayor contundencia conceptual, pero debo reconocer que también la medida puede favorecer el entendimiento de la cuestión de fondo,

harto espinosa, y en la que suelen confundirse no solo intereses defendibles, en unos casos, e indefendibles en otros muchos, relativos a asuntos materiales terribles, de primer orden y de subsistencia, atinentes no a personas abstractas, sino a individuos concretos, dolientes, sufrientes y poco o nada considerados, cuyas necesidades se ven mezcladas con importantes cuestiones secundarias de medición y atención clínicas, evaluación de necesidades económicas, ponderación de carencias debidas a las circunstancias del entorno en sus dimensiones geográfica (distancia respecto de los centros médicos y de los especialistas), sociales (preparación de los familiares para atender a sus familiares discapacitados o incapaces), culturales de cada caso. Aquí pueden ser relevantes hasta las infraestructuras viarias, el espacio útil en las viviendas, las barreras físicas, sin olvidar las psíquicas, emocionales y otras de carácter moral, y las posibilidades de prestaciones sustitutivas, centros de día o posibilidad de acompañamiento.

Cuestiones en las que, una vez más, el Estado providencia o las Naciones Unidas dictan normas atrayentes, cuajadas de buenos propósitos y reconfortantes de la esperanza de sufrientes ciudadanos, pero vacías las más de las veces, utópicas, ucrónicas para sus hipotéticos contenidos materiales, sin quererse enterar estos legisladores de las estadísticas concretas que además existen y pueden emplearse sobre personas abandonadas y dejadas a su suerte; sin preguntar ni escuchar sobre el costo y disposiciones reales de numerario para elegir entre las distintas opciones, porque se dice que se quiere lo mejor para los ciudadanos desfavorecidos, pero se sabe de antemano que las cifras de coste serán aterradoras y de imposible cumplimiento; y ello sin medir los costos de la desilusión y la frustración que tales grandilocuencias bienintencionadas ocasionan.

La Convención de Nueva York está destinada muy especialmente a pueblos repletos de hipotéticos ciudadanos que no lo son, o mejor, que no acaban de serlo, porque sus dirigentes lo imposibilitan, la mayor parte de las veces por pura inconsciencia, en otras con consciencia y malignidad; pueblos que no conocen el verdadero significado de lo que es libertad, ni siquiera por aproximación, ni de la igualdad, pues ésta es hija legítima de la libertad; y menos aún la fuerza transformadora ínsita en la dignidad humana. Lo que no impide que se encuentre llena de buenos augurios. Buena voluntad a sus proposiciones más realistas no les falta, aunque en otras más vale no reincidir.

7. RECAPITULACIÓN

Desde la fijación de los presupuestos básicos sobre la condición de persona para todos los humanos hasta su consecución sin excepciones transcurrieron dos siglos: desde los años noventa del siglo dieciocho hasta finales

de los sesenta y setenta del veinte. Un camino lleno de incertidumbres y obstáculos camuflados en el entendimiento de la existencia de una superioridad moral para cubrir las necesidades de la familia de tal dimensión que primaba sobre la libertad, igualdad y dignidad de los individuos que la componían. Una concepción arraigada que permitió y permite a los ordenamientos jurídicos amparar corruptelas y hasta ciertos abusos perpetrados en nombre del bien común y de conformidad con hipotéticas instancias superiores. En el tema de la persona misma, sus derechos fundamentales y los de la personalidad, esta tendencia, aunque subsiste soterrada, ha enmudecido y, en gran medida, cambiado muy positivamente.

El camino de la aceptación social de las deficiencias humanas que se emprendió inmediatamente después pareció más fácil y llevadero, aunque aún permanece inconcluso. A este resultado de la voluntad social y política coadyuvaron, entre otros muchos factores, la ayuda prestada por la mejor y más avanzada tecnología al campo de prótesis con aplicación funcional de los inválidos, la esperanzadora mejora de los tratamientos clínicos y farmacológicos de las enfermedades neurológicas; la introducción de terapias ocupacionales y el adiestramiento de inválidos y discapaces para tareas adecuadas a sus aptitudes; la constante mejora de la enseñanza y de la formación profesional de deficientes con vistas al refuerzo y mejora de sus potenciales habilidades; y, por último, la apreciable mejora de los recursos jurídicos, económicos y sociales dirigidos a la consecución de la incorporación plena de un buen número de estas personas a la vida social y productiva.

La combinación y acumulación de todas estas medidas han hecho posible que sea razonable mantener una confianza esperanzadora para muchísimos niños, adolescentes y jóvenes discapacitados físicos y psíquicos; abrir una expectativa razonable de mejora de la calidad de vida y comprensión de su propio problema para los mayores con iguales males pero de dudosa recuperación e incluso para los enfermos tenidos por incurables; también para los ancianos con demencia senil y otras muchas enfermedades degenerativas de las funciones físicas y, de forma predominante, psíquica.

El camino emprendido por casi todas las sociedades es digno de alabanza, respeto y decidido apoyo, con la confianza en que los avatares de las evoluciones sociales y las crisis económicas no vendrán a dificultar estas complejas y costosas tareas, ni a favorecer el desánimo y la vuelta al conformismo que suelen aparecer tras etapas de avances excesivamente sostenidos en el voluntarismo.

No obstante la presencia de los éxitos y la extensión más que considerable de la solidaridad para con los desfavorecidos, es preciso seguir teniendo presente que esta es una tarea en la que el objetivo no se podrá dar nunca por cumplido y que las constantes y considerables victorias no hacen pensable la reducción de estas situaciones a un número insignificante y manejable de casos.

Es evidente, al menos, lo es para mí, que el número de los viejos se incrementará, seremos muchos más, y las instancias políticas y algunas de las productivas seguirán empecinadas en aparcarse a los «no tan viejos y capaces» y separarlos por la fuerza de la vida productiva, sin más motivo que la permanencia entre nosotros de una estética de obscuro origen elitista, que por los años treinta del siglo pasado antepuso su admiración por el vigor físico a la inteligencia y, sobre todo, a la experiencia, valores que siguen en déficit para quienes ostentan en estos tiempos algo revueltos el liderazgo político, el social y el económico (72).

Los ancianos con problemas también seguirán creciendo en número y en necesidades de atención. Además no decrecerán los infantes que nazcan con deficiencias congénitas y síndromes que llevan aparejada la discapacidad física o psíquica e incluso la incapacidad, pero a casi nadie parece interesarle que la edad de alumbramiento de niños se atrase hasta lo inverosímil de parte de los más «conscientes» y para los tenidos por «inconscientes» se adelante infantilizándose la maternidad, se trata de dos problemas que se dejan correr a su suerte; se lamentan, pero no se intenta corregir su presencia, a lo más se trata de paliar las consecuencias que llevan aparejadas.

Aún así, el mundo en sus grandes números y, en especial, la sociedad occidental han mejorado para quienes nacen o viven con problemas de integración plena en sociedad conforme a los arquetipos de capacidad y aptitud para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento satisfactorio de sus deberes. También se ha humanizado de forma considerable la penosa suerte de los incapaces, aunque aquí se puede y se debe insistir en la mejora.

De todas formas deberíamos saber bien y aceptar de plano que, para el derecho objetivo y para la adecuada puesta en práctica del mismo, el asunto capital de la determinación de quiénes tienen problemas de capacidad y dentro de éstos en qué grado debe discernirse una discapacidad o una incapacidad relativa o una incapacidad casi plena o plena, se presentará siempre de forma problemática con sus certezas y sus incertidumbres a las que deberán hacer frente los órganos de calificación que establezcan en cada caso las normas, sobre todo en aquellos en que es preciso fijar el grado de incapacidad y proveer a la constitución de los órganos de volición y representación, con sus naturales rigideces procedimentales, ya que se trata de una cuestión en la que entra en juego la libertad y la autonomía personales (73) y en las que no tienen por qué entrar las cuestiones ceremoniales y de protocolo.

(72) En nuestro país esto es escandalosamente cierto. Basta, para comprobarlo, abrir cualquier periódico, conectar cualquier cadena de televisión o asistir a cualquier debate de nuestros numerosos parlamentos.

(73) A muchos profesionales les espantan las comprobaciones médicas y jurisdiccionales que para cada caso y grado resultan necesarias. Como ya apunté más arriba, una vez salvadas las cuestiones de garantía, los ritos procesales pueden suavizarse tanto como sea

Parece evidente que resulta imposible preestablecer criterios de valoración fiables al ciento por ciento, ni siquiera cuando los indicios son claros y las pruebas bastante terminantes; así, la función de los titulares de los órganos encargados de establecer las incapacidades y su grado, así como discernir si procede la tutela o la curatela, deben contemplar su función como si se tratase de una cuestión en la que no cabe el arbitrio judicial y cuya solución es en el fondo reglada, sometida a dictámenes periciales detallados y emitidos con toda suerte de garantías, de tal forma que en los casos de duda en el grado se opte siempre por la solución más conforme con la libertad del enfermo sometido a calificación; es decir, en caso de duda entre tutela y curatela procede instituir la segunda y para los casos de duda sobre los periodos y la posibilidad de remisión, se deberá ordenar más frecuentes revisiones y evaluaciones del enfermo.

Creo que debe desterrarse de la práctica de la incapacitación toda justificación que se apoye en el interés de la familia, como ocurría en los tiempos de prevalencia jurídica de la familia y sus intereses sobre el individuo mismo y sus propios intereses. Aquella posición e intereses, absolutamente respetables, solo pueden valorarse y tomarse en consideración, como ya apuntara el profesor DE CASTRO, como elementos colaterales y en función de la situación y conveniencia del incapacitado, sin incidir de ningún modo en la evaluación de la incapacidad, ni en la determinación de la oportunidad de suplir o completar las capacidades de representación de la realidad, de las funciones volitivas y las representativas. Si el enfermo puede representarse la realidad y puede querer, aunque sea con marcados grados de deficiencia, no ha lugar a constituir la tutela en razón de cualesquiera intereses, sino la curatela, aunque con esta solución se dificulte la labor y función del curador. Encargo, la mayor parte de las veces, poco grato y difícil.

Sé bien que cuando proceda la prórroga de la patria potestad se relajarán las exigencias previstas, pero esta comprensible inclinación no debería atenuar el respeto para con la libertad e igualdad de los hijos sometidos a la misma, ni la posibilidad de averiguar cuáles sean la voluntad y el querer del hijo en un acto, negocio o ejercicio de su derecho. Entre nosotros no hay lugar para la impertinente pregunta de ¿libertad para qué? Es, a mi juicio, completamente insatisfactorio recurrir al lugar común, convertido abusivamente en presunción *iuris tantum* de que «los padres quieren siempre lo mejor para sus hijos», pues, además de tratarse de un criterio deducido de la frecuencia estadística ordinaria y no medida, los valores y derechos constitucionales no pueden someterse a esta práctica tanto en su negación, atenuación o modalización. No cabe olvidarse de que los casos de ocultación de graves

preciso. Esta no es la cuestión, sino la parte externa de la misma. La incomodidad y los agobios siempre serán menores que algunas soluciones caseras que pasan por las retenciones ilegales y los engaños sistemáticos.

incapacidades no resultan extraños en la vida de las familias. Pocas, por fortuna, pero sí lo suficiente numerosas como para mantener la guardia levantada. Los jueces y, en especial, los fiscales deben ser taxativamente exigentes en estos casos y en las evaluaciones de los hijos con vistas a las prórrogas de tal situación. Las revisiones no pueden quedar en cuanto a su realización al arbitrio de los padres. La patria potestad sobre los hijos incapaces no debe ser entendida como equivalente a la de los infantes, como mínimo deberá seguir los pasos y contenidos propios de la de los adolescentes.

A mi parecer, el derecho objetivo de carácter material en esta materia resulta poco mejorable, tal vez, sí cabe la posibilidad de aclararlo. También, como he apuntado, se pueden mejorar los procedimientos a seguir, ampliar las funciones que debiera desempeñar el ministerio fiscal y reducir el protagonismo judicial, actualmente excesivo, como ocurre en la totalidad del Derecho de familia.

No me parece que con nuestro sistema, los jueces ordinarios (74) no están llamados a convertirse en los *alter ego* de los *paterfamilias* romanos, este es uno de los errores recurrentes de todas las reformas del Derecho de familia de los últimos cuarenta años, no tienen la preparación adecuada para servir esa especie de función social que en el pasado se autoatribuyeron los clérigos y ahora les reconoce la legislación ordinaria, con conculcación del espíritu constitucional de la división de poderes.

Los jueces que contempla la Constitución, entiendo, solo deberían intervenir a instancia de parte o del ministerio fiscal y por medio de un juicio declarativo y para dirimir una cuestión de derecho, y no para fijar criterios basados en su apreciación de la realidad social, la economía o la enfermedad. De esto último no suelen saber y si saben no está en el bagaje de las competencias propias de un cargo constitucional. Los jueces árbitros y manejadores más o menos hábiles de la jurisdicción voluntaria responden a criterios contrarios a la concepción de una judicatura como poder del Estado y último recurso para la aplicación de la ley a un asunto controvertido bajo los criterios propios del pleito, no del sentido común, de las buenas maneras u otras artes necesarias para una apacible y saludable convivencia.

(74) Los actuales jueces ordinarios resultan en su función, nombramiento, cometidos y aspiraciones muy difícilmente comparables a los jueces británicos, en cuyas funciones se han inspirado los legisladores. Esta equiparación hubiera sido posible si se hubieran mantenido los órganos de la desaparecida «justicia municipal», la inspirada en la justicia edilicia romana, que se barrió con ocasión de la elaboración de la Constitución con fines interesados que no son del caso.

RESUMEN

PERSONALIDAD
CAPACIDAD

El presente trabajo tiene la finalidad de profundizar en los elementos conceptuales y estructurales de la idea actual de persona que ocupa la posición central en el actual sistema jurídico. Para ello se efectúa un sucinto repaso a la evolución histórica del pensamiento jurídico en la materia con incidencia en sus evidentes cambios de criterio e incluso contradicciones hasta centrarse en el tratamiento de la capacidad y la incapacidad. Dentro de esta última y por su especial relevancia se estudian sus diferentes grados y condiciones, así como los apoyos y remedios alumbrados por el ordenamiento jurídico, con especial incidencia en el análisis del momento actual. En éste se evidencian los esfuerzos intelectuales para hacer posible el mantenimiento de los valores y derechos constitucionales de libertad e igualdad, en los supuestos de disfunciones o enfermedad que por sus efectos de limitación de la capacidad abocan a las personas a estar en situación de dependencia. Todo ello centrado en su repercusión en el actual y vigente ordenamiento jurídico español y la repercusión sobre el mismo de la ratificación de la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006.

Por ello se estudian separadamente las situaciones personales de discapacidad, vejez e incapacidad, así como las medidas jurídicas de protección, auxilio y representación que se requieren en cada caso.

ABSTRACT

PERSONALITY
CAPACITY

This paper attempts to explore the conceptual and structural elements of the idea of person who occupies the central position in the current legal system. For this purpose, I make a brief overview of the historical evolution of legal thought with special interest in its obvious contradictions changes of concept to focus on the treatment of ability and disability. Referring to disability I study the different grades and conditions as well as remedies and solutions prepared by the legal system, with special emphasis on the present moment. Our legal system shows the intellectual efforts to make possible the maintenance of constitutional rights and values of freedom and equality in cases of dysfunction or illness that put people in a position of dependency. This focused on its impact on Spanish Legal System in force and the effects on it of the ratification of the Convention in New York December 13, 2006.

Therefore, I study separately the personal situations of disability, age and handicapped, as well as legal measures of protection, assistance and representation required in each case.

(Trabajo recibido el 30-9-2010 y aceptado para su publicación el 19-11-2010)

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Consideraciones sobre la hipoteca flotante: el nuevo artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria

por

JOSÉ IGNACIO CANLE FERNÁNDEZ
Abogado

SUMARIO

- I. LA SITUACIÓN PRECEDENTE A LA LEY 41/2007.
- II. LA REFORMA HIPOTECARIA POR LA LEY 41/2007. EL NUEVO ARTÍCULO 153 BIS LH Y LA ADMISIBILIDAD DE LA HIPOTECA GLOBAL:
 1. EL ALCANCE DE LA REFORMA EN LA LEY HIPOTECARIA.
 2. EL NUEVO RÉGIMEN NORMATIVO. LA HIPOTECA GLOBAL O FLOTANTE Y EL ARTÍCULO 153 BIS LH:
 - 2.1. *El nomen iuris empleado: ¿Hipoteca de máximo?*
 - 2.2. *Aspectos subjetivos:*
 - 2.2.1. El acreedor hipotecario.
 - 2.2.2. El deudor hipotecario.
 - 2.3. *Aspectos objetivos.*
 - 2.4. *Aspectos formales.*
 3. SITUACIONES DE PLURALIDAD SUBJETIVA EN LA POSICIÓN ACTIVA DE LA HIPOTECA FLOTANTE.
 4. LA CESIÓN Y LA SUBROGACIÓN CONVENCIONAL DE CRÉDITOS GARANTIZADOS POR HIPOTECA FLOTANTE:
 - 4.1. *La cesión y subrogación convencional de créditos futuros e ilíquidos. Cesión y subrogación convencional total y parcial.*
 - 4.2. *Posibilidad de cesión de la hipoteca flotante con independencia de los créditos nacidos.*
 5. LA SUBROGACIÓN LEGAL EN LOS CRÉDITOS GARANTIZADOS POR HIPOTECA FLOTANTE.

6. LA EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA FLOTANTE:

- 6.1. *Proceso judicial sumario: Presupuestos de la acción ejecutiva.*
- 6.2. *Admisibilidad de ejecución judicial sumaria de la hipoteca flotante.*
- 6.3. *¿Admisibilidad de ejecución notarial de la hipoteca flotante?*
- 6.4. *La ejecución parcial:*
 - 6.4.1. *Ejecución parcial por existencia de pluralidad de acreedores.*
 - 6.4.2. *Ejecución parcial por existencia de obligaciones no vencidas. Pactos de vencimiento anticipado cruzado (cross default agreement).*

7. LA EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA FLOTANTE:

- 7.1. *La extinción de la hipoteca flotante por extinción de la obligación garantizada.*
- 7.2. *La extinción de la hipoteca flotante por causas independientes de la extinción de las obligaciones garantizadas.*
- 7.3. *La extinción por prescripción de la hipoteca flotante.*
- 7.4. *La extinción por caducidad de la hipoteca flotante.*

8. LA CANCELACIÓN DE LA HIPOTECA FLOTANTE:

- 8.1. *Cancelación de la hipoteca flotante por extinción de las obligaciones garantizadas:*
 - 8.1.1. *Cancelación instada por el deudor.*
 - 8.1.2. *Cancelación instada por el tercer poseedor o por el hipotecante no deudor.*
- 8.2. *La cancelación de la hipoteca flotante por causas independientes de la extinción de las obligaciones garantizadas.*

III. CONCLUSIONES.

I. LA SITUACIÓN PRECEDENTE A LA LEY 41/2007

El gran calado de la reforma introducida en nuestro sistema jurídico-hipotecario mediante la incorporación a nuestro ordenamiento del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, fruto de la aprobación de la *Ley estatal 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria* (a la que, en adelante, nos referiremos como «la Ley 41/2007») únicamente puede ser cabalmente aprehendido si se toma en consideración la situación jurídica preexistente, tanto en lo referente a las normas vigentes hasta la reforma, cuanto a la propia doctrina de la DGRN, resolviendo sobre la adecuación a nuestro Derecho de negocios jurídicos denominados doctrinalmente *hipotecas globales, flotantes o de máximo*; hipotecas que ya antes de la reforma operada

por la Ley 41/2007 se caracterizaban, a grandes rasgos, por la reunión de las siguientes notas definitorias:

- i) En primer lugar, por contraposición a la tradicional regla *una obligación, una hipoteca*, se trataba de derechos reales susceptibles de otorgar cobertura a una multiplicidad indiferenciada de obligaciones cuya existencia y/o características no venían exactamente determinadas en el título constitutivo de la garantía, pero cuya individualización se preveía que se realizase *a posteriori* conforme a lo contractualmente pactado en el título constitutivo, siguiendo una serie de reglas de integración de la cobertura, contenidas en la llamada *cláusula de globalización* (1).
- ii) En segundo lugar, se caracterizaban por la existencia de una pluralidad de obligaciones garantizadas que, sin embargo, no determinaba la existencia de múltiples hipotecas. La garantía era única, si bien las obligaciones garantizadas constituían una multiplicidad, asegurando al mismo tiempo tanto obligaciones perfectamente determinadas en el momento de constitución de la garantía, cuanto obligaciones que, sin reunir todas las circunstancias definitorias de las mismas en dicho momento inicial, eran susceptibles de determinación posterior de acuerdo a las reglas de integración de la cobertura convenidas por las partes en la escritura pública de constitución de la garantía.
- iii) En tercer lugar, y como consecuencia del aseguramiento con estas hipotecas de diversas obligaciones no determinadas inicialmente en su existencia y/o en su cuantía, se caracterizaban por establecer, como elemento esencial del contrato de hipoteca, un límite máximo a la responsabilidad hipotecaria (2).

(1) En función de las mismas, distingue CORDERO LOBATO (CARRASCO PERERA, M.; CORDERO LOBATO, E., y MARÍN LÓPEZ, M. J., *Tratado de los derechos de garantía*, Aranzadi, 2002, pág. 566) tres técnicas de globalización de la cobertura en garantía: *a)* aquella por la que se incluye en la cobertura un número indeterminado de obligaciones que tengan su fuente en una relación jurídica material existente o futura que resulta especificada en el título; *b)* aquella por la que se incluye en la cobertura hipotecaria un número ilimitado de obligaciones que puedan surgir de uno o varios tipos materiales que resultan identificados en el título (por ejemplo, la hipoteca en garantía de todas las operaciones de descuento cambiario, o la que asegure todos los pagos por avales prestados al deudor); y *c)* aquella por la que se incluyen en la cobertura hipotecaria todas las obligaciones que el deudor tenga contraídas y/o que pueda contraer en el futuro en el ámbito de la concreta actividad negocial a la que se dedique el acreedor hipotecario (por ejemplo, la hipoteca que garantice las «operaciones regulares del negocio bancario»).

(2) Es por ello que, como veremos, la reforma de la legislación hipotecaria operada en España a través de la Ley 41/2007, de 8 de diciembre, al introducir la regulación de la hipoteca flotante en el artículo 153 bis, la identifica con la hipoteca de máximo, al resaltar una de sus características: el establecimiento de una responsabilidad máxima des-

- iv) En cuarto y último lugar, como consecuencia de la relativa indeterminación inicial de las obligaciones garantizadas, se hacía necesaria la determinación por medios extra hipotecarios de aquéllas obligaciones que finalmente habrían de resultar garantizadas. En efecto, el hecho de que en la escritura de constitución y en la inscripción registral de la hipoteca flotante constasen únicamente las reglas de integración de la cobertura hipotecaria impedía al acreedor que pretendiese proceder a la ejecución de la garantía apoyarse única y exclusivamente para el ejercicio de la acción hipotecaria en el contenido del título o de los asientos registrales, debiendo determinar por medios ajenos al Registro la existencia, cuantía y vencimiento de los créditos garantizados. Es por ello que en esta modalidad hipotecaria solía facultarse al acreedor para emitir una certificación del saldo debido susceptible de reclamación judicial, procediendo de este modo a la integración extrarregistral del título a efectos ejecutivos.

En efecto, tal y como indicábamos en las líneas introductorias precedentes, la doctrina registral, tras unas primeras resoluciones inicialmente favorables a la admisibilidad de esta suerte de *hipotecas de seguridad*, fue con posterioridad particularmente intransigente con dicha figura (3), aduciendo en síntesis, y sobre la base del ordenamiento vigente hasta la reforma introducida por la Ley 41/2007, que esta clase de negocios de garantía no eran jurídicamente admisibles, por las siguientes razones:

- a) Vulneración del principio registral de especialidad o de determinación de la obligación garantizada (también conocido respecto del

vinculada de concretas obligaciones garantizadas. No obstante, esta equiparación no es jurídicamente correcta en términos absolutos, pues si bien toda hipoteca flotante es de máximo (incluso las hipotecas de tráfico lo son), no toda hipoteca de máximo puede ser calificada como flotante (vid. SÁENZ DE JUBERA, B., «Hipoteca de máximo e hipoteca flotante: su regulación en la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario», en *RCDI*, núm. 707, 2008, pág. 1247).

(3) La doctrina inicialmente seguida por la DGRN, en diversas resoluciones dictadas durante el primer tercio del siglo XX [vid. RRDGRN de 5 de marzo de 1929 (*EDD* 1929/73), 28 de febrero de 1933 (*EDD* 1933/8) ó 16 de junio de 1936 (*EDD* 1936/14)] emprendió un proceso de radical transformación a raíz de la RDGRN de 4 de julio de 1984, confirmada posteriormente por las RDGRN de 23 de diciembre de 1987 y 26 de noviembre de 1990, a las que siguieron en aluvión multitud de resoluciones posteriores negando validez jurídica a la hipoteca flotante, con las de 3 de octubre de 1991, (*EDD* 1991/9281), 17 de agosto de 1993 (*EDD* 1993/7772), 17 de marzo de 1994 (*EDD* 1994/6502), 11 de enero de 1995 (*EDD* 1995/197), 22 de junio de 1995 (*EDD* 1995/4172), 17 de septiembre de 1996 (*EDD* 1996/5531), 6 de junio de 1998 (*EDD* 1998/7491), 7 de junio de 1999 (*EDD* 1999/26341), 10 de julio de 2001 (*EDD* 2001/33485), 17 de enero y 30 de abril de 2002 (*EDD* 2002/3256 y 23444); y, finalmente, idéntico parecer muestra la más reciente RDGRN de 24 de abril del 2005 (*EDD* 2005/83435).

derecho de hipoteca como principio de determinación) (4), al pretender otorgar cobertura por medio de un derecho de garantía único a diversas obligaciones, nacidas y/o futuras, entre las cuales no existe una causa común (relación jurídica básica existente al tiempo de la constitución de la hipoteca), negando:

- i) La posibilidad de asegurar hipotecariamente el saldo resultante de una cuenta corriente de crédito en la que se anoten las diversas obligaciones indicadas, si dicha anotación no supone el nacimiento de una única y nueva obligación como resultado de la novación extintiva de las precedentes (5).
 - ii) La licitud de la facultad atribuida por las partes al acreedor hipotecario para que unilateralmente pueda proceder a la determinación de las concretas obligaciones que, finalmente, serán objeto de garantía hipotecaria, con infracción tanto de lo dispuesto en el artículo 1256 del Código Civil cuanto del principio de la *pars conditio creditorum* (6).
- b) Vulneración del principio de accesoriedad hipoteca-obligación garantizada, estableciendo la necesidad de que la hipoteca garantice una concreta obligación, sobre la base de lo dispuesto en los artículos 1857.1.º CC y 104 LH, determinando ello la imposibilidad de que en una hipoteca garantice diversas obligaciones indistintamente, de suerte que las obligaciones extinguidas sean sustituidas por otras también susceptibles de aseguramiento mediante la hipoteca originaria. Es por ello que, hasta la reforma introducida por la Ley 41/2007, la DGRN ha venido exigiendo, para el aseguramiento de distintas obligaciones, la constitución de tantas hipotecas como obligaciones pretendan garantizarse (7).

(4) Según nos indica, GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA [«la determinación del crédito en la garantía hipotecaria (hipotecas globales o flotantes en garantía de varias obligaciones indeterminadas)», en *RCDI*, núm. 681, 2004, pág. 249], la denominación referida se debe a BERGES, habiendo sido posteriormente asumida por la generalidad de la doctrina hipotecaria.

(5) Son muestra de dicho parecer las RRDGRN de 23 de diciembre de 1987 (*EDD* 1987/9962), 3 de octubre de 1991 (*EDD* 1991/9281), 6 de junio de 1998 (*EDD* 1998/7491), 27 de septiembre del 2000 (*EDD* 2000/36393) y 12 de marzo del 2003 (*EDD* 2003/5846).

(6) En tal sentido, vid. RRDGRN de 26 de noviembre de 1990 (*EDD* 1990/10707), 17 de enero de 1994 (*EDD* 1994/6491), 12 de septiembre de 2003 (*EDD* 2003/89458), 11 de octubre del 2004 (*EDD* 2004/173778) y 25 de abril del 2005 (*EDD* 2005/83435).

(7) Así sucedía, por ejemplo, en las RRDGRN de 23 de diciembre de 1987 (*EDD* 1987/9962), 3 de octubre de 1991 (*EDD* 1991/9281) y 28 de julio de 1998 (*EDD* 1998/30619), influenciadas quizá, como indica GARCÍA ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA, C. (*Patología*

- c) Vulneración de las normas jurídico-imperativas sobre prelación de créditos cuando se pretenda el aseguramiento de obligaciones puramente futuras (8), de suerte tal que los acreedores del deudor garantizando titulares de créditos (9) posteriores en el tiempo a la constitución de la garantía pero anteriores al nacimiento de la obligación futura garantizada sean pospuestos por vía contractual a un acreedor, el hipotecario, cuyo crédito puramente futuro no ha nacido aun (10).
- d) La inmovilización jurídica de los bienes del deudor hipotecario, de un lado porque, al soportar un gravamen que garantiza eventuales operaciones futuras, supone un encadenamiento del deudor al acreedor hipotecario, quien no está obligado, sin embargo, a concederle crédito; y de otro, porque la cancelación de esta modalidad hipotecaria exigiría al deudor la prueba de hechos negativos (inexistencia de futuras obligaciones garantizadas), lo que supondría perpetuar registralmente una hipoteca que podría no garantizar obligación alguna.

Ante el criterio de la DGRN expuesto, negando la admisibilidad en nuestro Ordenamiento Jurídico de la hipoteca global o flotante, un sector de la doctrina mostró su desacuerdo destacando en los últimos tiempos, por la profundidad de su estudio, CARRASCO PERERA (11), CORDERO LOBA-

actual de la hipoteca de máximo, *Hipotecas y seguridad jurídica*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 191, pág. 231) por una interpretación histórica de nuestro Derecho, vinculada a la consideración de la hipoteca en el Derecho Romano, en el que, cuando una hipoteca se extinguía porque la obligación garantizada se extinguía (o no llegaba a nacer, en el caso de las obligaciones futuras o sujetas a condición suspensiva), lo procedente era la cancelación del asiento registral, sin que el rango quedase a favor del acreedor hipotecario, de modo tal que los principales beneficiarios eran los restantes acreedores del deudor hipotecario, que venían desaparecer una carga preferente a su derecho.

(8) Con la expresión *obligaciones puramente futuras* hacemos referencia a aquellas obligaciones futuras que no tienen conexión con una relación jurídica existente al tiempo de constitución registral de la garantía.

(9) Entendemos que la pretendida vulneración legal argumentada por la DGRN hace referencia exclusivamente a la situación jurídica de los acreedores intermedios que no son acreedores preferentes por ministerio de la ley, como los contemplados en los artículos 32.1 y 2 ET, o en el artículo 9.1.e) LPH; y que tampoco han anotado registralmente su derecho. En consecuencia, entendemos que la crítica se centra en la tutela de la posición jurídica de aquellos acreedores que, careciendo de preferencia legal, han anotado o inscrito su derecho con posterioridad a la inscripción de la escritura de constitución del gravamen, pero con anterioridad a la fecha de nacimiento de la obligación asegurada por dicha hipoteca.

(10) Este argumento fue manejado también por la sentencia de la AP de Alicante, de 21 de febrero de 2007, Sección 6.ª, núm. 81/2007 (*JUR* 265461), FJ 1.º

(11) Vid. CARRASCO PERERA, M.; CORDERO LOBATO, E., y MARÍN LÓPEZ, M. J., *Tratado de los derechos de garantía*, Aranzadi, 2002; CARRASCO PERERA, M., y CORDERO LOBATO, E., «El doble filo de la hipoteca global: *caveat creditori*», en *Diario La Ley*, núm. 6988, julio 2008 (36908/2008).

TO (12) y GÓMEZ GÁLLIGO (13), autores todos ellos que han formulado una razonada crítica jurídica respecto a los argumentos empleados por el Centro Directivo, abogando al tiempo por una interpretación más amplia de la normativa existente antes de la reforma, y de cuya ardua tarea, al menos en parte, trae causa el nuevo artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria. Asimismo, otros autores, entre los que destaca el maestro REY PORTOLÉS (14), desde una perspectiva eminentemente práctica, propusieron modelos de hipotecas *semi-flo-*

(12) Vid. CORDERO LOBATO, *La hipoteca global: la determinabilidad del crédito garantizado*, Centro de Estudios Registrales, 1997; «Sentencia de 31 de julio de 2002: hipoteca de máximo en garantía de la restitución de descubiertos en cuenta corriente que el acreedor se obliga a aceptar: distinciones con la hipoteca en garantía de obligaciones futuras y con la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 62, 2003, págs. 437 a 450; «Proyectadas novedades en materia hipotecaria», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 732, 12 de julio de 2007.

(13) Vid. GÓMEZ GÁLLIGO, J., «La reforma hipotecaria desde la perspectiva del Ministerio de Justicia?», en *RDCI*, núm. 702, 2007, pág. 1675.

(14) Vid. REY PORTOLÉS, J. M., «Hipoteca con cláusula de “endowment”. Hipoteca flotante», en *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1995, págs. 314-315. También es de gran interés su artículo «Bombazo contra la hipoteca sumidero», publicado en *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1995, págs. 273-275; o, finalmente, su «Comentario a la RDGRN de 23 de diciembre de 1987», publicado en la *RCDI*, núm. 590, 1989, págs. 156-157.

Este autor, siendo consciente sobre todo del problema que la exigencia de novación inicial (en el momento de anotación en la cuenta corriente) suponía para el acreedor hipotecario (fundamentalmente, pérdida de la exigibilidad aislada de cada obligación y de las garantías originariamente constituidas en aseguramiento de la misma), efectuó un planteamiento genérico de un modelo de hipoteca flotante configurada, no al amparo de la hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito (*ex art. 153 LH*) de acuerdo al modelo admitido por la DGRN, sino bajo el paraguas jurídico de los artículos 142 y 143 LH (y concordantes del RH), y cumpliendo, a su entender, las exigencias de las resoluciones antes citadas; se trataría, en suma, de una hipoteca caracterizada por las siguientes notas:

- a) Una hipoteca en garantía de una única obligación futura, en la que una vez cumplido el plazo pactado, se agruparían las diversas obligaciones heterogéneas subsumibles en las reglas de integración de la cobertura convenidas en el título constitutivo de la garantía.
- b) Una hipoteca en la que el acreedor sería libre de incorporar o no como elementos garantizados otras obligaciones nacidas antes del vencimiento del plazo pactado, y subsumibles en la garantía según las reglas de integración de la cobertura pactadas en la constitución del gravamen hipotecario, del mismo modo que el deudor podría oponerse a tal inclusión con el mero hecho de pagar con carácter preferente aquella obligación cuya no inclusión en la garantía hipotecaria pretenda.
- c) Una hipoteca en garantía de una obligación futura constituida por el resultado de la novación de un conjunto de obligaciones determinadas conforme a las reglas de integración previstas en el título constitutivo; novación que se produciría, por pacto *inter partes*, no en el momento de anotación de la remesa en la cuenta corriente, sino en el momento de cierre final de la cuenta, conservando las obligaciones hasta ese momento su independencia e individualidad jurídicas y, en consecuencia, la posibilidad de reclamación separada y las garantías originarias asociadas a las mismas.

tantes, susceptibles de cumplir con las exigencias expresadas por la DGRN a través de sus resoluciones.

Es en este estado jurídico en el que debemos enmarcar y entender el trascendente *giro copernicano* que se ha operado respecto de la admisibilidad de la hipoteca flotante en nuestro Derecho, como consecuencia de la reforma operada por la Ley 41/2007, al añadir el nuevo artículo 153 bis a la Ley Hipotecaria, cuyo contenido, consecuencias y eventuales problemas de aplicación práctica centran las reflexiones contenidas en el presente trabajo.

II. LA REFORMA HIPOTECARIA POR LA LEY 41/2007. EL NUEVO ARTÍCULO 153 BIS LH Y LA ADMISIBILIDAD DE LA HIPOTECA GLOBAL

1. EL ALCANCE DE LA REFORMA EN LA LEY HIPOTECARIA

Como hemos indicado, ante la reticencia de la DGRN a admitir las nuevas figuras hipotecarias que la práctica mercantil (15) venía demandando insistentemente, la promulgación de la Ley 41/2007, ha venido a dar carta de naturaleza en nuestro Derecho positivo a la hipoteca global o flotante, bajo la denominación de *hipoteca de máximo*. En tal sentido, es particularmente explícita la propia Exposición de Motivos de la Ley cuando, en su apartado VII, dispone lo siguiente:

«En el Capítulo VI se flexibiliza el mercado hipotecario regulando las hipotecas de máximo, también llamadas doctrinalmente “flotantes”. La accesoriidad y determinación que rige en las hipotecas ordinarias excluye de nuestro actual ordenamiento jurídico como hipotecas ordinarias o de tráfico a aquellas hipotecas en las que son diversas las obligaciones garantizadas o en las que se mezclan obligaciones presentes y futuras. Eso determina necesariamente que deban constituirse tantas hipotecas como obligaciones se pretenden garantizar lo que, además de encarecer la operación, no es competitivo en la práctica bancaria.

Lo que se pretende mediante esta reforma es generalizar la posibilidad de garantizar con hipoteca de máximo otras muy diversas relaciones jurídicas, si bien se ha considerado conveniente limitarlo a las entidades de cré-

(15) La existencia de dicho sentir en el conjunto de los operadores jurídicos tuvo su reflejo en sede legislativa a través de una proposición no de ley para la reforma del mercado hipotecario formulada por el Grupo Parlamentario Socialista, publicada en el *BOCG*. Congreso de los Diputados, Serie D, núm. 154, de 15 de febrero del 2005, aprobada con ligeras modificaciones por la Comisión de Economía y Hacienda el 9 de marzo de 2005 (*BOCG*. Congreso de los Diputados. Serie D, núm. 174, de 21 de marzo del 2005, pág. 6).

dito y no a cualquier acreedor, dada la especial normativa de supervisión a la que están sometidas aquéllas. La hipoteca de máximo permitirá admitir nuevos productos hipotecarios hasta ahora rechazados».

En efecto, el artículo 11 de la citada Ley, con la simple modificación de un precepto (el art. 12 LH) y la introducción de otro *ex novo* (el art. 153 bis LH), ha supuesto definitivamente la inaplicación, o aplicación notablemente atenuada, de los principios registrales de determinación y accesoriedad, tal y como habían sido interpretados hasta ese momento por la DGRN con respecto a la *hipoteca de máximo*, consagrando su definitiva admisión en nuestro ordenamiento jurídico, y dotándola de un régimen jurídico básico (quizá, como se indicará, demasiado básico) susceptible de desarrollo al amparo de la autonomía de la voluntad.

Veamos a continuación con detalle los dos preceptos citados (arts. 12 y 153 bis LH):

- a) En primer lugar, el artículo 11.1 de la Ley 41/2007 modifica el artículo 12 de la Ley Hipotecaria, cuya redacción, por lo que aquí interesa (primer párrafo), pasa a ser la siguiente: *«En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración»*. Conforme a la redacción anterior, inalterada desde la promulgación de la Ley Hipotecaria en 1946, disponía este precepto que: *«Las inscripciones de hipoteca expresarán el importe de la obligación asegurada y el de los intereses si se hubiesen estipulado»*. Répárese, en consecuencia, en la sustancial diferencia con la redacción tras la reforma legal, donde la referencia al *«importe de la obligación asegurada»* se mantiene, en clara referencia a las hipotecas ordinarias o de tráfico, en tanto que se introduce *ex novo* la expresión, *«importe máximo de responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas»*, que únicamente cobra sentido en relación con las hipotecas de seguridad, de las cuales la hipoteca global o flotante, también denominada hipoteca de máximo por el artículo 153 bis LH, constituye su principal exponente.
- b) En segundo lugar, el artículo 11.4 de la Ley 41/2007 introduce un nuevo artículo 153 bis en la Ley Hipotecaria, que dispone: *También podrá constituirse hipoteca de máximo:*
 - a) *a favor de las entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, en garantía de una o diversas obligacio-*

nes, de cualquier clase, presentes y/o futuras, sin necesidad de pacto novatorio de las mismas;

- b) a favor de las Administraciones Públicas titulares de créditos tributarios o de la Seguridad Social, sin necesidad de pacto novatorio de los mismos.*

Será suficiente que se especifiquen en la escritura de constitución de la hipoteca y se hagan constar en la inscripción de la misma: su denominación y, si fuera preciso, la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas; la cantidad máxima de que responde la finca; el plazo de duración de la hipoteca y la forma de cálculo del saldo final líquido garantizado. Podrá pactarse en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución sea la resultante de la liquidación efectuada por la entidad financiera acreedora en la forma convenida por las partes en la escritura.

Al vencimiento pactado por los otorgantes, o al de cualquiera de sus prórrogas, la acción hipotecaria podrá ser ejercitada de conformidad con lo previsto en los artículos 129 y 153 de esta Ley y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Centrando nuestra atención en este último precepto, nos parece interesante, con carácter previo a consideraciones ulteriores, exponer sucintamente los distintos avatares que su redacción ha sufrido en los diversos trámites parlamentarios hasta llegar a su publicación en el *BOE*. Así:

- a) Figuraba ya con una redacción sustancialmente similar a la final en el Anteproyecto de Ley (16), si bien se seguía requiriendo el pacto novatorio de las distintas obligaciones en la obligación final garantizada. Asimismo, no se contemplaba la actual hipoteca de máximo a favor de Administraciones Públicas.*
- b) En el Proyecto de Ley (17), remitido por el Gobierno a las Cortes, figuraba en el artículo 10.4, y en él se excluía expresamente la necesidad de pacto novatorio.*
- c) En el trámite ante el Congreso de los Diputados, retorna al texto la exigencia de pacto novatorio, al desaparecer de la reforma la adición a la Ley Hipotecaria del artículo 153 bis.*

(16) *Anteproyecto de Ley de modernización del mercado hipotecario, de regulación del régimen de las hipotecas inversas y del seguro de dependencia*, aprobado por el Ministerio de Justicia en fecha 27 de octubre del 2006 (accesible en la dirección web www.ahe.es/bocms/sites/ahe/pages/Home.jsp?mID=98).

(17) *BOCG*. Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 127-9, de 25 de octubre de 2000, págs. 115-116.

- d) Finalmente, en el trámite ante el Senado (18), con carácter previo a su definitiva aprobación, se retoma la exclusión expresa de la necesidad de pacto novatorio, introduciendo nuevamente el artículo 153.bis suprimido, posibilitando además el aseguramiento mediante esta modalidad hipotecaria de créditos tributarios y de Seguridad Social a favor de las Administraciones Públicas, figura no contemplada en los trámites parlamentarios precedentes.

En consecuencia, superada por la reforma legal la discusión sobre la admisibilidad en nuestro Derecho de la hipoteca global, flotante o de máximo, analizaremos en los apartados siguientes los distintos interrogantes que se nos plantean a raíz de su entrada en vigor, a la espera de una nueva doctrina de la DGRN que, respetando la voluntad del legislador, muestre el camino que en el futuro ha de seguir en nuestro Derecho la *hipoteca flotante*.

2. EL NUEVO RÉGIMEN NORMATIVO. LA HIPOTECA GLOBAL O FLOTANTE Y EL ARTÍCULO 153 BIS LH

2.1. *El nomen iuris empleado: ¿Hipoteca de máximo?*

En primer término resulta procedente plantearse hasta qué punto es jurídicamente riguroso el empleo por parte del legislador del término *hipoteca de máximo* para referirse a la modalidad hipotecaria que establece a través del artículo 153 bis LH; utilización quizá motivada por la generalización de dicha expresión en la práctica mercantil para referirse, no única y exclusivamente a esta figura hipotecaria, sino con carácter general a hipotecas en garantía de obligaciones indeterminadas *ab initio* e, incluso, a su uso por una parte de la doctrina (19). Tomando como referencia las notas características de la hipoteca flotante anteriormente expuestas, es posible colegir que el derecho real de garantía regulado por el artículo 153 bis LH es susceptible de ser catalogado como hipoteca flotante. Es más, la propia Exposición de Motivos de la Ley, en su apartado VII aboga por dicha conclusión al señalar que «*en el capítulo VI se regulan las hipotecas de máximo, llamadas doctrinalmente hipotecas flotantes*».

Sin embargo, ha de quedar clara desde un principio la imposibilidad de equiparar los términos *hipoteca de máximo* e *hipoteca flotante*, por cuanto

(18) La enmienda del Senado añadiendo el artículo 153 bis LH (art. 11.4) aparece publicadas en *BOCG*, Serie A, núm. 127-10, de 21 de noviembre del 2007, págs. 149-150, su aprobación consta en el Diario de Sesiones del Congreso, núm. 302, de 22 de noviembre de 2007, pág. 15072.

(19) Vid. ROCA SASTRE, R. M., *Derecho Hipotecario*, IV, 2.º, 6.ª ed., 1968, págs. 706-707.

que la primera constituye el género del cual la segunda es especie (20). Según nos indica GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA (21), quizá el motivo para esta equiparación surja ante la imposibilidad de determinar en el momento de constitución de la hipoteca, el importe, cuantía o incluso existencia de las obligaciones garantizadas, pues hasta el cierre de la cuenta en que se anotan las obligaciones garantizadas, y previa elección del acreedor hipotecario, son desconocidas las obligaciones concretas que van a quedar integradas en la garantía y, por lo tanto, ha de establecerse un máximo de responsabilidad hipotecaria que las garantice.

Así las cosas, hemos de entender, desde un punto de vista estrictamente conceptual, más acertada la denominación hipoteca global o flotante, pues su característica esencial no radica en el establecimiento de una cifra máxima de responsabilidad hipotecaria, circunstancia común a todo género de hipotecas (incluso a las ordinarias o de tráfico), sino en que se trata de un gravamen que no se acopla en origen a ninguna obligación determinada, garantizando globalmente (o *flotando*) sobre un conjunto de ellas (figurando en la escritura de constitución únicamente «*la descripción de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas*»), a todas las cuales cubre o protege en potencia, aun cuando al tiempo de la ejecución se ciña solo a las determinadas por el acreedor hipotecario (22).

Ahora bien, es obligado indicar, en segundo término, que la propia norma parece ser consciente de la falta de adecuación del concepto empleado pues,

(20) En efecto, en función del contenido, es posible distinguir entre hipotecas ordinarias y de seguridad, según se asegure una obligación existente e inicialmente determinada, de suerte que la fe pública que dispensa su inscripción en el Registro se extiende tanto al derecho de garantía como al crédito garantizado (hipoteca ordinaria o de tráfico) o, por el contrario, se garantice el cumplimiento de una obligación de cuantía o incluso existencia indeterminada inicialmente, de modo que la fe pública registral únicamente se extiende a la garantía hipotecaria, pero no al crédito o créditos asegurados, cuya existencia, cuantía y exigibilidad deberá acreditarse extra registralmente en el momento oportuno (hipoteca de seguridad). Así las cosas, en tanto que a través de la hipoteca flotante se pretende otorgar cobertura a una multiplicidad de obligaciones cuya existencia y/o características no vienen determinadas en el título constitutivo de la garantía, pero cuya individualización se efectuará conforme a lo contractualmente pactado en el mismo, siguiendo una serie de reglas de integración de la cobertura, ha de ser clasificada ésta dentro de las llamadas hipotecas de seguridad. A su vez, junto con la hipoteca flotante, constituyen especies dentro del género constituido por las hipotecas de seguridad, la hipoteca en garantía de títulos emitidos a la orden o al portador (art. 155 LH), la hipoteca en garantía de obligaciones futuras o sujetas a condición suspensiva (art. 142 LH), y la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito (art. 153 LH).

(21) Vid. GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «La determinación del crédito en la garantía hipotecaria (hipotecas globales o flotantes en garantía de varias obligaciones indeterminadas)», en *RCDI*, núm. 681, 2004, pág. 254.

(22) Vid. REY PORTOLÉS, J. M., «Hipoteca con cláusula de “endowment”. Hipoteca flotante», en *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1995, págs. 295-296.

aun de un modo indirecto, el propio artículo 153 bis LH, en sus líneas iniciales hace referencia a la existencia de otras *hipotecas de máximo*, en referencia, ha de entenderse, al precepto inmediatamente anterior en dicho texto legal; esto es, al artículo 153 LH, que regula la hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito, tradicionalmente considerada como el prototipo de las hipotecas de máximo (23). Se nos indica así de un modo claro que el legislador tiene conciencia de la existencia de otras modalidades hipotecarias, también merecedoras del calificativo *hipoteca de máximo*, viniendo a constituir la contemplada en el artículo 153 bis LH una especie dentro de dicho género, en los términos ya expuestos.

2.2. ASPECTOS SUBJETIVOS

2.2.1. *El acreedor hipotecario*

Conforme a la teoría general de la contratación, no pesan sobre el acreedor hipotecario mayores limitaciones legales para la constitución de una hipoteca, bastando con que dicha persona tenga capacidad jurídica y de obrar (24). Ahora bien, la posición acreedora en el contrato de hipoteca flotante contemplado en el artículo 153 bis LH, exige requisitos adicionales respecto a los anteriormente expuestos. En efecto, dispone el referido precepto que «*también podrá constituirse hipoteca de máximo*»:

- a) *A favor de las entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en garantía de una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras, sin necesidad de pacto novatorio de las mismas.*
- b) *A favor de las Administraciones Públicas titulares de créditos tributarios o de la Seguridad Social, sin necesidad de pacto novatorio de los mismos».*

(23) A título de ejemplo, vid. ROCA SASTRE, R. M., *Derecho Hipotecario*, IV, 2.º, 6.ª ed., 1968, pág. 717; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «La determinación del crédito en la garantía hipotecaria (hipotecas globales o flotantes en garantía de varias obligaciones indeterminadas)», en *RCDI*, núm. 681, 2004, pág. 254; PRETEL SERRANO, J. J., «La hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito (Examen actual de la figura desde la perspectiva de la Ley 1/2000)», en *RCDI*, núm. 661, 2000, págs. 2818-2819.

(24) Con carácter general respecto de las condiciones para ostentar capacidad jurídica, vid. artículos 29-34 del Código Civil respecto de personas físicas; y artículos 35-39 del Código Civil respecto de personas jurídicas. Respecto de la capacidad de obrar necesaria para ser acreedor hipotecario, vid. artículo 1263 del Código Civil; sobre esta materia, vid. CARRASCO PERERA, M.; CORDERO LOBATO, E., y MARÍN LÓPEZ, M. J., *Tratado de los derechos de garantía*, Aranzadi, 2002, págs. 465-466.

A la vista de dicha redacción, y en cuanto a la posición jurídica de acreedor hipotecario en la hipoteca flotante, entendemos posible extraer una doble conclusión:

- 1.º Que no cualquier sujeto de derecho puede ostentar dicha condición jurídica, sino exclusivamente ciertas entidades de crédito (bancos, cajas de ahorro, cooperativas de crédito y establecimientos financieros de crédito, así como las entidades oficiales de crédito autorizadas estatutariamente al efecto) y las Administraciones Públicas.
- 2.º Que en función de su titular, existen diferencias en cuanto a la extensión objetiva de la hipoteca flotante, en lo que a las obligaciones susceptibles de aseguramiento se refiere, pues mientras el primer grupo de sujetos (fundamentalmente, entidades de crédito) está facultado para ostentar la condición de acreedor hipotecario derivada de una hipoteca flotante en garantía «*de una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras*», las Administraciones Públicas ven objetivamente cercenada dicha posibilidad exclusivamente a la garantía de «*créditos tributarios o de la Seguridad Social*».

Centrando la cuestión en la hipoteca constituida a favor de entidades financieras, cumple indicar que las razones para el establecimiento de esta *discriminación positiva* las ofrece el propio preámbulo de la Ley donde se justifica la restricción de esta modalidad desde el punto de vista activo «*a las entidades de crédito y no a cualquier acreedor, dada la especial normativa de supervisión a que están sometidas aquéllas*». Sin embargo, ninguna referencia se contiene en la Exposición de Motivos respecto a las Administraciones Públicas como potenciales acreedores hipotecarios al amparo del artículo 153 bis LH, omisión quizá debida a que dicha posibilidad no fue contemplada en las sucesivas versiones de la norma habidas a lo largo de su gestación en sede parlamentaria, hasta que fue objeto de postrera introducción en el trámite ante el Senado (25).

Esta opción de política legislativa empleada por el legislador en punto a restringir el ámbito subjetivo expuesto, aun cuando ha sido objeto de crítica por parte de algún sector doctrinal (26), nos parece razonablemente acorde

(25) Vid. SÁENZ DE JUBERA, B., «Hipoteca de máximo e hipoteca flotante: su regulación en la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario», en *RCDI*, núm. 707, 2008, pág. 1271.

(26) Vid. AZOFRA, F., «Hipotecas flotantes», en *RCDI*, núm. 707, 2008, págs. 1203-1205. En tal sentido, este jurista pone de manifiesto que esta opción restrictiva podría ser contraria a las últimas tendencias en la Unión Europea, pues en el Libro Blanco sobre la Integración de los Mercados de Crédito Hipotecario en la Unión Europea, la Comisión reconoce estar «*en principio, a favor de autorizar que las entidades no bancarias desa-*

tanto con el predominio que las entidades de crédito tienen en la financiación de empresas y particulares (27), como con el plus de confianza que el sometimiento de dichas entidades a la supervisión del Banco de España debe generar en cuanto a la correcta utilización de esta nueva figura hipotecaria por dichos operadores jurídicos.

Ahora bien, el legislador no parece haber sido consciente de que la exigencia de requisitos subjetivos adicionales para ser titular en la relación jurídico-hipotecaria puede introducir dificultades en sede de transmisión de créditos garantizado con la hipoteca del artículo 153 bis LH, al ser perfectamente posible que, constituida la hipoteca flotante a favor de una de las entidades legalmente habilitadas, se pretenda por ésta con posterioridad la cesión, total o parcial, del crédito hipotecario a un tercer sujeto en el cual podrían no concurrir dichas condiciones subjetivas específicas, lo que obligaría a pronunciarse sobre la posibilidad de que dicha transmisión sea posible conforme a nuestro Derecho vigente. E idénticas consideraciones deberían efectuarse en el supuesto de que un acreedor no financiero se subrogue por la vía del artículo 1211 del Código Civil. Cuestiones problemáticas todas ellas que no han recibido atención normativa expresa por la reforma legislativa, y cuya solución definitiva estará pendiente de los pronunciamientos de la DGRN respecto de dichas cuestiones, cuando las mismas le sean planteadas.

2.2.2. El deudor hipotecario

En lo que a la posición del deudor hipotecario respecta, a diferencia de lo indicado en el apartado precedente respecto a las limitaciones introducidas en relación con la posición acreedora, hemos de indicar que la Ley 41/2007 no ha establecido particularidad alguna distinta de las exigidas, con carácter general, para la constitución de cualquier garantía hipotecaria en aseguramiento de obligaciones, propias o ajenas (28), debiendo dejar constancia, no obstante, de que, a lo largo de su tramitación legislativa, se ha planteado la posibilidad de limitar su empleo a pequeñas y medianas empresas, con exclusión expresa de las per-

rollen actividades de préstamo hipotecario», preocupada solo porque «ello no vaya en ningún caso en perjuicio de una actitud responsable en la concesión de los préstamos, ni en la estabilidad financiera y la eficacia de la supervisión».

(27) En este mismo sentido se manifiesta SÁENZ DE JUBERA, B., «Hipoteca de máximo e hipoteca flotante: su regulación en la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario», en *RCDI*, núm. 707, 2008, pág. 1271.

(28) Además de la capacidad jurídica y de obrar antes referida respecto de la posición acreedora, para poder ser deudor hipotecario (deudor *stricto sensu* o hipotecante no deudor) se requiere adicionalmente «*que la cosa hipotecada pertenezca en propiedad al que la hipoteca*» y «*que las personas que constituyan la hipoteca tengan la libre disposición de sus bienes o, en caso de no tenerla, se hallen legalmente autorizadas al efecto*» (art. 1857.2.º y 3.º CC).

sonas física no empresarias (esto es, de los consumidores), e incluso ha habido algún autor que ha llegado a afirmar que a tal conclusión conduce una interpretación conforme al espíritu de la norma, que atienda a la intención del legislador, puesta de manifiesto en las enmiendas verificadas al Proyecto durante el trámite parlamentario (29). En relación con esta cuestión, nos parece que la dicción de la Ley es clara en este punto y, en consecuencia, si nada nuevo se nos dice respecto del deudor, debemos entender que rigen las reglas generales antes referidas (ello en aplicación de la regla *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* y de los principios sobre la interpretación de las normas contemplados en el art. 3 del Código Civil). A mayor abundamiento cumple indicar que, si la *voluntas legislatoris* hubiese sido contraria a la dicción literal, tiene abierta la posibilidad de manifestarlo claramente a través de una reforma legislativa, habiendo transcurrido más de dos años desde la entrada en vigor de la norma sin que la misma se haya producido.

2.3. Aspectos objetivos

Con independencia de lo manifestado respecto de los sujetos intervinientes en el contrato de hipoteca flotante, es desde el punto de vista de las obligaciones garantizadas (30) donde se han verificado innovaciones de mayor calado, pues la reforma legislativa llevada a cabo, como ya hemos indicado, viene a dar carta expresa de naturaleza en nuestro Derecho a la figura de la hipoteca global o flotante, determinando su ámbito objetivo de modo diverso, tal y como hemos apuntado anteriormente, en función del sujeto que ocupe la posición de acreedor hipotecario:

- a) Si dicha posición es ocupada por las entidades descritas en el artículo 2 de la Ley 2/1981, la hipoteca podrá garantizar «una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras».
- b) Si la posición activa es ocupada por una Administración Pública, la hipoteca podrá garantizar «créditos tributarios o de la Seguridad Social» de los que dichas administraciones fuesen titulares.

En primer lugar, esta distinta extensión del objeto garantizado por la hipoteca flotante, otorgando mayor amplitud a la hipoteca flotante que pueda

(29) Vid. enmiendas de los Grupos Parlamentarios Popular (núm. 42 y 59) y de CIU (núm. 59 y 96), que fueron objeto de retirada en beneficio de la enmienda del Grupo Parlamentario Socialista (núm. 85) en la que, sin embargo, ya no se contemplaba limitación alguna respecto de los posibles hipotecantes al amparo de la figura objeto de estudio.

(30) Desde la perspectiva del otro objeto del contrato de hipoteca (la finca hipotecada), el régimen jurídico de la hipoteca global no presenta diferencias significativas respecto al régimen general de la hipoteca establecido en nuestro Ordenamiento Jurídico.

garantizar operaciones de entidades de crédito, y limitando la hipoteca flotante a favor de Administraciones Públicas a la garantía de los créditos tributarios y de Seguridad Social de que aquéllas sean titulares, nos hace afirmar que la Ley 41/2007 ha introducido en nuestro ordenamiento dos tipos de hipotecas flotantes: la que podríamos llamar hipoteca flotante *pura o plena*, que es la que se prevé en favor de entidades financieras «*en garantía de una o diversas obligaciones, presentes o futuras*», y la flotante a favor de Administraciones Públicas, introducida ya en tiempo de descuento en el trámite en el Senado, limitada exclusivamente a los créditos tributarios o de la Seguridad Social. En línea con ello, centraremos el análisis de la figura en la que podríamos dar en llamar *hipoteca flotante bancaria*, por el extraordinario juego que entendemos puede dispensar en la práctica a las entidades de crédito indicadas por el artículo 153 bis en su apartado a).

Sentado lo anterior, en segundo término, hemos de llamar la atención sobre la referencia expresa contenida en el artículo 153 bis, relativa a que la garantía de las obligaciones se verificará *sin necesidad de pacto novatorio alguno*. De dicha expresión, de breve extensión pero intensa significación práctica, es posible concluir que esta modalidad hipotecaria constituye la más clara excepción al principio de accesoriedad, manifestado tal y como ha sido interpretado por la DGRN, en la regla *una obligación-una hipoteca*.

En efecto, el propio artículo 153 bis, tras prever la posibilidad de asegurar con una garantía única *una o diversas obligaciones* que pueden ser *de cualquier clase*, incluso futuras, establece la innecesidad de pacto novatorio para la integración de las mismas en una única obligación final objeto de garantía hipotecaria, resultado de la refundición de las obligaciones originarias precedentes, mediante su integración en una cuenta corriente, con la consiguiente pérdida de su autonomía y exigibilidad independiente.

En consecuencia, tras la reforma legal operada por la Ley 41/2007, las obligaciones garantizadas por la hipoteca flotante mantienen su autonomía, y con ella su exigibilidad independiente, subsistiendo íntegramente las garantías originariamente constituidas para su aseguramiento (distintas de la hipoteca flotante). Y sin que ello implique en modo alguno que la hipoteca deje de ser accesorio, entendida dicha accesoriedad como relación entre la garantía hipotecaria y el incumplimiento de las obligaciones aseguradas, de suerte tal que si todas las obligaciones susceptibles de ser garantizadas son nulas, también lo será la hipoteca flotante (31).

(31) Ahora bien, hemos de tomar en consideración que, aunque la hipoteca sea nula por falta de causa (nulidad de la obligación garantizada), el cesionario del crédito que lo haya adquirido según la información que publica el Registro, a título oneroso y de buena fe, por virtud del artículo 34 LH, puede beneficiarse de la garantía, según ha manifestado la STS de 23 de noviembre de 2004 (núm. 1141/2004, rec. 3189/1998, EDJ 2004/184811).

En otro orden de cosas, cumple indicar que, a raíz de la reforma llevada a cabo por la Ley 41/2007, el principio de determinación también se ha visto notablemente afectado, pues si bien no ha resultado excepcionado totalmente en relación con la hipoteca flotante, si ha sido objeto de una extraordinaria flexibilización, al permitir constituir una única *hipoteca flotante bancaria* en garantía de múltiples obligaciones, de cualquier clase, presente o futuras, siendo suficiente a tal efecto que se especifique en la escritura de constitución de la hipoteca y se hagan constar en la inscripción registral oportuna «*la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas*» (art. 153 bis. II LH).

Es patente la amplitud términos con que, según la dicción de la Ley, pueden configurarse en el título constitutivo las reglas de integración de la cobertura hipotecaria, con superación de las exigencias formuladas por la DGRN al amparo del principio de determinación de la obligación garantizada. De esta forma, sobre la base del nuevo artículo 153 bis LH, entendemos que han sido legalmente superadas las exigencias de expresión circunstanciada de los elementos identificadores de las obligaciones garantizadas (32), y de existencia al tiempo de formalización de la garantía de una relación jurídica previa de la que las obligaciones garantizadas futuras traigan causa, siendo ahora suficiente una descripción general de los tipos negociales de los que puedan traer causa las obligaciones susceptibles de aseguramiento a través de la hipoteca flotante. Ahora bien, ello no implica que el principio de determinación se haya excepcionado y, por tanto, entendemos que no resultarían admisibles determinaciones de la cobertura hipotecaria del tipo: «*la hipoteca se establece en garantía*

(32) Vid. la reciente RDGRN de 25 de abril del 2005 (EDD 2005/83435), que, continuando la doctrina sentada desde diciembre de 1987, nos dice en su FD 3.º que «*es doctrina reiterada de este Centro Directivo [cfr. Resoluciones de 23 de diciembre de 1987 (EDD 1987/9962), 3 de octubre de 1991 (EDD 1991/9281), 3 de noviembre de 2000 (EDD 2000/40056), 10 de julio de 2001 (EDD 2001/33485), 12 de septiembre de 2003 (EDD 2003/89458) y 11 de octubre de 2004 (EDD 2004/173778), entre otras] que el principio de especialidad impone la exacta determinación de la naturaleza y extensión del derecho que se inscriba (cfr. arts. 9.2.º de la Ley Hipotecaria y 51.6.º del Reglamento Hipotecario), lo que, tratándose del derecho real de hipoteca, y dado su carácter accesorio del crédito garantizado, exige que, como regla general, se expresen circunstanciadamente las obligaciones garantizadas (causa, cantidad, intereses, plazo de vencimiento, etc.); y aunque —con notable flexibilidad, a fin de facilitar el crédito— se permite en ciertos supuestos la hipoteca sin la previa determinación registral de todos sus elementos, siempre se imponen algunas exigencias mínimas, para impedir que tal derecho constituya, en realidad, una mera reserva de rango registral o una especie de hipoteca “flotante”, en la que, si bien queda fijada la cifra máxima de responsabilidad hipotecaria, queda, en cambio, al arbitrio del acreedor determinar si esta cifra máxima va a estar integrada por los importes, totales o parciales, de obligaciones ya existentes o con el importe de otras obligaciones que en el futuro pueda contraer el mismo deudor en favor del acreedor. Sobre una posible interpretación de la expresión contenida en el artículo 153 bis LH, vid. CARRASCO PERERA, M., y CORDERO LOBATO, E., «El doble filo de la hipoteca global: *caveat creditori*», en *Diario La Ley*, núm. 6988, julio de 2008 (36908/2008).*

de todos los créditos surgidos o que puedan surgir entre acreedor y deudor», o incluso del tenor: «la hipoteca garantiza las operaciones regulares del negocio bancario que se verifiquen entre las partes», pues, a nuestro juicio, debe darse cumplimiento al mandato legal en virtud del cual la indicación de la cobertura debe referirse a la descripción general de los actos o negocios jurídicos básicos de los que puedan derivar las obligaciones garantizadas, y ello requiere una identificación efectiva de tales aspectos, con proscripción de referencias absolutamente generales e imprecisas (33).

Sin perjuicio de todo lo manifestado, no es posible desconocer que también en este punto habrá de estarse al contenido doctrinal de las futuras Resoluciones de la DGRN sobre la interpretación de dicha expresión para conocer el verdadero alcance de la reforma pretendida.

Continuando con la exposición de las novedades que la hipoteca flotante plantea desde un punto de vista objetivo, hemos de indicar que para su válida constitución también se exige la constancia de:

- a) «La cantidad máxima de que responda la finca»; exigencia inexcusable derivada de su pertenencia al género de las hipotecas de seguridad (34). En el caso de que sean varias las fincas hipotecadas, a nuestro parecer resulta inexcusable la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre ellas, frente al parecer contrario de un sector doctrinal (35), e incluso de alguna antigua Resolución de la DGRN (relativa a la hipoteca de máximo) (36); opinión personal fundada en la regla general que contempla el artículo 119 LH, y cuya aplicación únicamente cabe excepcionar si existe una norma expresa en contrario, referida concretamente a la hipoteca flotante; en su defecto, entendemos que debe regir la regla general de distribución de respon-

(33) A título de ejemplo, nos parece que cumpliría con las exigencias legales una hipoteca flotante que estableciese como posibles obligaciones garantizadas los créditos derivados de contratos de préstamo, crédito, *leasing*, *renting*, *factoring*, *confirming*, situaciones de descubierto en cuenta corriente, líneas de descuento que las partes hayan concertado o concierten en un determinado plazo.

(34) Puesto que dicha cifra determina el riesgo máximo que tanto el deudor como, en su caso, el hipotecante no deudor o el tercer poseedor de la misma deben soportar como consecuencia de la hipoteca, siempre tendrán la posibilidad de exigir la cancelación de la garantía, previo o simultáneo pago de dicha cifra. A este respecto, vid. RDGRN de 2 de enero de 1996 (EDD 1996/237), por la aplicación analógica que efectúa a este supuesto del artículo 124 LH.

(35) Un parecer contrario muestran CARRASCO PERERA, M.; CORDERO LOBATO, E., y MARÍN LÓPEZ, M. J., *Tratado de los derechos de garantía*, Aranzadi, 2002, págs. 507-508; CORDERO LOBATO, E., *La hipoteca global: la determinabilidad del crédito garantizado*, Centro de Estudios Registrales, 1997, pág. 135; AZOFRA, F., «Hipotecas flotantes», en RCDI, núm. 707, 2008, pág. 1197; y por todos citado, vid. GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., *Estudios de Derecho Hipotecario y de Derecho Civil*, I, Ministerio de Justicia, 1948, pág. 431.

(36) Vid. RDGRN de 27 de agosto de 1912 (EDD 1912/26).

sabilidad entre las diversas fincas objeto de hipoteca, aun cuando ésta última sea flotante.

Cuestión distinta de la anterior es que el artículo 153 bis LH, en consonancia con la naturaleza global o flotante de la hipoteca que regula, no exija la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre los distintos créditos susceptibles de ser garantizados, pues ello iría en contra de su propia naturaleza. En efecto, la hipoteca flotante garantiza en su integridad, y hasta la responsabilidad hipotecaria máxima pactada, la totalidad de los créditos susceptibles de ser garantizados conforme a las reglas de integración de la cobertura convenidas en el título constitutivo de la garantía. Ello no obsta, sin embargo, a que sí consideremos necesaria la distribución de la responsabilidad hipotecaria asignado partidas diferenciadas para intereses, ordinarios y/o moratorios, con el fin de respetar la norma imperativa contenida en el artículo 114 LH respecto de la limitación del aseguramiento de intereses en perjuicio de terceros.

- b) «*El plazo de duración de la hipoteca*». Al igual que se venía exigiendo ya en el artículo 153 LH, el nuevo precepto obliga al establecimiento de un plazo de duración de la hipoteca (37). Ahora bien entendemos que ello no implica en modo alguno que el deudor hipotecario esté sujeto al mismo, en los términos del artículo 1127 del Código Civil, pues éste, aun cuando no haya transcurrido el plazo de vigencia de la hipoteca contractualmente establecido, tendrá derecho a exigir del acreedor hipotecario la cancelación de la garantía hipotecaria flotante, si se cumplen cumulativamente las siguientes condiciones (38):

- 1.º Que todas las obligaciones presentes susceptibles de aseguramiento estén satisfechas.

(37) En relación con esta cuestión, indica AZOFRA («Hipotecas flotantes», en *RCDI*, núm. 707, 2008, pág. 1208) que «*el legislador ha entendido el plazo de la hipoteca flotante como un elemento esencial cuya justificación se incardina en la flexibilización del principio de determinación propia de la hipoteca flotante: dado que para la hipoteca flotante se admite una mayor indeterminación de las obligaciones garantizadas, incluso aceptando las que vengan a surgir de negocios explicitados, pero aun no concluidos, resulta necesario fijar un plazo máximo a la hipoteca, en beneficio de los titulares registrales posteriores sobre el bien, así como de los acreedores del dueño (hipotecarios o no) que posibilite el ejercicio de acciones de caducidad y que impida, en consecuencia, la “amortización perpetua” del bien hipotecado a favor del acreedor hipotecario*», recordando en este punto que la RDGRN, de 4 de julio de 1984, fundamentó la denegación de la inscripción de la hipoteca por la inexistencia de plazo.

(38) Vid. CORDERO LOBATO, E., *La hipoteca global: la determinabilidad del crédito garantizado*, Centro de Estudios Registrales, 1997, págs. 118-119; AZOFRA, F., «Hipotecas flotantes», en *RCDI*, núm. 707, 2008, págs. 1199-1200.

- 2.º Que para el nacimiento de las obligaciones futuras susceptibles de garantía mediante la hipoteca flotante (en el supuesto de que se haya pactado su aseguramiento) se requiera un nuevo consentimiento por parte de deudor y acreedor o, no siendo así, por haberle sido conferidas facultades unilaterales a alguna de las partes contratantes para la perfección de dichas obligaciones futuras, que la parte cuyo consentimiento sea preciso para el nacimiento de las obligaciones futuras garantizadas manifieste irrevocablemente su voluntad contraria al mismo.

En todo caso, para evitar conflictos en torno a la posible aplicación del artículo 1127 del Código Civil al plazo establecido en la hipoteca flotante y la consiguiente vinculación del deudor al mismo, CORDERO LOBATO (39) propone que, sobre la base del principio de autonomía de la voluntad, se faculte al deudor hipotecario para desistir en el futuro del contrato, extinguiendo simultánea y anticipadamente la posibilidad de nacimiento de nuevas obligaciones susceptibles de integración en la cobertura, y siempre que las obligaciones garantizadas que ya hubieren nacido se hayan extinguido. Respecto a esta cuestión, entendemos lícito dicho pacto, siempre que se prevea, a modo de periodo máximo, el plazo de duración exigido por el artículo 153 bis LH.

Sea como fuere, parece que la voluntad del legislador en la exigencia del establecimiento de un plazo a la hipoteca flotante tiene por finalidad permitir, al amparo del artículo 82.II LH, una más sencilla cancelación del gravamen sin necesidad de recabar el consentimiento del acreedor o, en su defecto, obtener la sentencia judicial firme aludida el párrafo precedente del citado precepto legal (40); plazo que entendemos de caducidad, operando de un modo automático por su mero transcurso, sin necesidad de actuación posterior de las partes, y bastando, en consecuencia, la mera instancia del deudor ante el Registro en orden a su cancelación registral.

(39) Vid. CORDERO LOBATO, E., *La hipoteca global: la determinabilidad del crédito garantizado*, Centro de Estudios Registrales, 1997, págs. 115-119; AZOFRA, F. («Hipotecas flotantes», en *RCDI*, núm. 707, 2008, pág. 1200) va aun más allá, pues considera innecesario el pacto, dado que por virtud del principio de accesoriedad, la inexistencia de obligaciones, ni presentes ni futuras, susceptibles de ser garantizadas por la hipoteca flotante, determina automáticamente el nacimiento a favor del deudor del derecho a requerir al acreedor la cancelación de la garantía.

(40) Vid. SÁENZ DE JUBERA, B., «Hipoteca de máximo e hipoteca flotante: su regulación en la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario», en *RCDI*, núm. 707, 2008, págs. 1273.

- c) «*La forma de cálculo del saldo final líquido garantizado*». La referencia entre las menciones obligatorias de la hipoteca flotante a la forma de cálculo del saldo líquido garantizado parece ser una reminiscencia de las exigencias novatorias contempladas por la DGRN para la admisión de una suerte de modalidad hipotecaria parecida a la hipoteca global autorizada por la reforma. En nuestra opinión, esta referencia tiene pleno sentido en el marco del artículo 153 LH, donde se produce una novación extintiva de las obligaciones que se anotan en la cuenta corriente, cuyo saldo es el único crédito hipotecariamente garantizado, pero su establecimiento en la hipoteca flotante carece de rigor técnico, pues en ella las obligaciones garantizadas conservan su independencia y autonomía, sin necesidad de novarse y, por adición, integrarse en saldo final alguno.

No obstante, quizá una lectura de esta exigencia con el párrafo tercero del precepto, que permite *en caso de ejecución* el pacto en virtud del cual la cantidad exigible será la resultante de la liquidación efectuada por la entidad financiera acreedora en la forma prevenida en el contrato, nos permita concluir que la determinación en la escritura de constitución de la forma de cálculo del saldo garantizado debe hacerse únicamente a los indicados efectos ejecutivos; esto es, efectuado la integración de las obligaciones finalmente garantizadas en una cuenta contable a efectos meramente operativos, proceder éste que era el pretendido por los operadores jurídicos con carácter previo a la reforma, y sistemáticamente denegado por la DGRN.

2.4. ASPECTOS FORMALES

Desde un punto de vista formal, la hipoteca flotante no presenta mayores particularidades. Así, constituirán requisitos *ad solemnitatem* para su válida constitución la constancia en escritura pública (art. 145 LH), con las menciones especialmente indicadas en el propio artículo 153 bis LH, y la posterior inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad donde se encuentre inmatriculada la finca (vid. arts. 1875 CC y 130 y 145 LH). Hasta la práctica de la inscripción, la hipoteca no existirá, si bien, en caso de calificación positiva, los efectos de la inscripción se retrotraerán a la fecha del asiento de presentación (arts. 24 y 25 LH).

3. SITUACIONES DE PLURALIDAD SUBJETIVA EN LA POSICIÓN ACTIVA DE LA HIPOTECA FLOTANTE

Conforme se ha indicado previamente, la reforma de la legislación hipotecaria con la introducción del nuevo artículo 153 bis, lamentablemente no ha supuesto el establecimiento de un régimen jurídico completamente acabado de la hipoteca flotante, tanto desde el punto de vista de la reglamentación de situaciones especialmente vinculadas con dicha figura hipotecaria, cuanto con otras que, afectando con carácter general al derecho de hipoteca, no encuentran una específica solución en la Ley Hipotecaria. Y en este último grupo se encuentran las dificultades interpretativas derivadas de situaciones de pluralidad subjetiva, y más concretamente, en lo que aquí interesa, en la posición jurídica de acreedor hipotecario (41), con relevantes consecuencias, entre otros aspectos, en sede de ejecución de la garantía.

Así, son patentes las particulares dificultades que puede plantear la existencia, con carácter originario o sobrevenido, de una situación de pluralidad de sujetos que ocupen la posición acreedora. En efecto, por regla general, la posición jurídica de acreedor hipotecario será ocupada por un único sujeto (normalmente una entidad de crédito de entre aquellas a las que remite el art. 153 bis LH), circunstancia que no plantea mayores problemas; no obstante, en la práctica se producen con relativa frecuencia situaciones en las que varias personas ostentan a la vez dicha condición, pudiendo distinguirse dos supuestos básicos:

- a) Uno primero, donde existen varios acreedores hipotecarios que son copartícipes del crédito o créditos garantizados por hipoteca, es decir, son copropietarios del crédito hipotecariamente garantizado.
- b) Uno segundo, donde también existen varios acreedores hipotecarios, que comparten garantía (hipoteca flotante), pero que ostentan titularidades individualizadas sobre los distintos créditos garantizados.

A su vez, en ambas situaciones la existencia de coacreedores hipotecarios puede verificarse al propio tiempo en que es objeto de constitución la hipoteca

(41) En tal sentido, ha afirmado VERDERA SERVER, R. (*La hipoteca a favor de dos o más acreedores*, Tirant lo Blanch, 1999, colección privada, núm. 24, pág. 27), que «nuestro Ordenamiento no sanciona de manera tajante la posibilidad de que la condición de acreedor hipotecario corresponda a una pluralidad de personas (...) desde el punto de vista hipotecario, las especialidades de la obligación garantizada a las que se presta una mayor atención son las que atienden a un enfoque más objetivo [estas normas ocupan buena parte de las dedicadas a las hipotecas voluntarias: para la seguridad de las obligaciones futuras o condicionales (arts. 142 y 143 LH), para garantizar obligaciones transferibles por endoso o títulos al portador (arts. 150, 154, 155 y 156 LH), en garantía de cuentas corrientes de crédito (art. 153 LH) y en garantía de rentas o prestaciones periódicas (art. 157 LH)]».

flotante, con lo cual nos encontraríamos ante situaciones de pluralidad subjetiva originarias; o puede producirse en un momento posterior, como consecuencia de diversas vicisitudes (42), encontrándonos entonces ante coacreedores hipotecarios con carácter sobrevenido. La relevancia de esta última distinción (carácter originario o sobrevenido de la cotitularidad en la garantía) radica en la propia capacidad de las partes, al tiempo de otorgamiento de esta hipoteca, para poder establecer las reglas necesarias en orden a regular las relaciones entre acreedores y evitar así controversias futuras. En efecto, mientras en las situaciones de pluralidad subjetiva originaria los coacreedores hipotecarios están plenamente capacitados para establecer la reglamentación jurídica de sus relaciones intersubjetivas (*ex art. 1255 CC*), en los supuestos en que la plurisubjetividad se origine sobrevenidamente al acto de constitución de la garantía, ello supondrá de ordinario la falta de previsión contractual respecto a las relaciones entre cotitulares garantizados y, en consecuencia, la solución habrá de provenir de la escueta y parca regulación legal existente.

Por ello, en la práctica mercantil es frecuente que, cuando el deudor común constituye una garantía a favor de diversos acreedores (normalmente entidades de crédito), titulares de derechos de crédito diferenciados, en la escritura de constitución del gravamen se establezca, tanto la participación de cada acreedor en la garantía y el carácter mancomunado de la misma, cuanto un sistema de ejecución del gravamen que es sometido, normalmente, a un régimen de mayorías (43), solución intermedia entre las manejadas por la doctrina, según se ha expuesto.

En defecto de la indicada previsión expresa, entendemos que en los supuestos de pluralidad de acreedores cotitulares, bien de los créditos hipotecariamente garantizados, bien de la garantía, ostentando titularidades individuales de los distintos créditos objeto de aseguramiento, habrá de atenderse al régimen de cotitularidad establecido entre ellos. Así:

- a) Si sus relaciones se rigen por la solidaridad, ha de concluirse que cualquiera de ellos (sin el concurso de los restantes) podrá ejercitar de un modo independiente todas las facultades propias del acreedor hipotecario, como la acción de devastación (art. 117 LH) o el inicio de la ejecución de la garantía por el incumplimiento de la obligación

(42) A título de ejemplo, fallece el acreedor hipotecario dejando varios herederos titulares del crédito; el acreedor cede el crédito totalmente, pero a varios sujetos; el acreedor hipotecario cede parcialmente el crédito a otro u otros sujetos; se produce totalmente la subrogación en el crédito por varios acreedores o parcialmente por uno o varios.

(43) Esta práctica, común en procesos de reestructuración financieras de grandes compañías llevadas a cabo con su *pool* bancario, suele concretarse en el establecimiento, como condición previa para instar válidamente la ejecución de las garantías, alcanzar una mayoría, no inferior al 50 por 100 ni superior al 75 por 100 de entidades cuyos créditos representen dichos porcentajes en el endeudamiento global sujeto a reestructuración.

garantizada (44). En estos supuestos, la DGRN ha venido exigiendo únicamente que se desprenda de la escritura de constitución el carácter solidario del crédito, sin que sea preciso determinar la proporción en que cada acreedor participa en el mismo (45).

- b) Si se trata de créditos en mano común (o mancomunados indivisibles) (46); esto es, sometidos, como consecuencia de su indivisibilidad *ex* artículo 1139 del Código Civil, a las reglas de la comunidad de bienes, ningún acreedor podrá exigir aisladamente el cumplimiento de la obligación, debiendo para ello contarse con el consentimiento unánime de todos ellos (47).
- c) Finalmente, si en sus relaciones internas se rigen por la mancomunidad o parciariedad (48), son diversas las soluciones aportadas la doctrina. Así:

(44) Vid. RRDGRN de 1 y 23 de marzo de 1994 (EDD 1994/6925 y 6503). En relación con esta cuestión, vid. CAMY SÁNCHEZ-CANETE (*Garantías patrimoniales. Estudio especial de la hipoteca*, Aranzadi, 1993, pág. 530), para quien «*en la hipoteca solidaria existe una sola hipoteca, sin que la pluralidad de acreedores haga surgir así una comunidad de derechos, en ningún caso, sino solo el que son varias las personas facultadas para actuar respecto de toda ella*». Ahora bien, GARCÍA GARCÍA (*El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, Civitas, 1994, pág. 115) pone de manifiesto que, si bien cualquier acreedor puede solicitar la ejecución de la hipoteca, por imperativo del artículo 54 RH, ha de indicarse registralmente la proporción en que se atribuye dicho derecho a cada acreedor, indicando además que para la cancelación de la hipoteca por el ejercicio de la acción hipotecaria por uno solo de los coacreedores solidarios, será precisa resolución judicial o el consentimiento de todos aquéllos.

(45) En relación con esta materia, vid. RRDGRN de 23 de marzo de 1994 (EDD 1994/6503) y 28 de julio de 1998 (EDD 1998/30619). En la primera de estas resoluciones, se planteaba la inscripción de una hipoteca constituida en garantía de un crédito perteneciente a dos personas, sin que resulte de la escritura constitutiva el carácter solidario de la obligación ni la participación correspondiente a los coacreedores. La DGRN, entendiendo que es principio básico de nuestro sistema jurídico registral la exigencia de determinación precisa e inequívoca del contenido y extensión de los derechos que pretenden su acceso al Registro, concluye que, en los supuestos de cotitularidad de un derecho real, deberá expresarse en el asiento, de forma precisa, bien la participación en el crédito hipotecario de los acreedores mancomunados, bien el carácter solidario del mismo, sin que se admita la mera referencia a las presunciones de igualdad derivadas de los artículos 393 y 1138 del Código Civil. La segunda de dichas resoluciones confirma la doctrina expuesta en su FD 3.º

(46) Vid. VERDERA SERVER, R., *La hipoteca a favor de dos o más acreedores*. Tirant lo Blanch, 1999, colección privada, núm. 24, pág. 41.

(47) Si bien el precepto dispone que «*si la división fuere imposible, solo perjudicarán al derecho de los acreedores los actos colectivos de éstos, y solo podrá hacerse efectiva la deuda procediendo contra todos los deudores*», puesto que únicamente a *posteriori* es posible determinar si una acción llevada a cabo por un cotitular ha sido o no perjudicial para los intereses del conjunto, parece que la regla más aconsejable viene constituida por la exigencia de actuación conjunta de todos ellos, tanto en fase de seguridad, cuanto en fase de ejecución del derecho real.

- a) ROCA SASTRE (49) entiende que «la fragmentación del crédito en varias partes, de posible ejercicio independiente, ha de repercutir necesariamente en la hipoteca (...) bien en el sentido de producirse tantas hipotecas parciales como acreedores, bien en el de provocar una hipoteca por cuotas indivisas», decantándose finalmente por esta última opción. No obstante, también advierte que ambas soluciones conducen a un resultado sustancialmente idéntico, pues en ambos supuestos la garantía asociada a las fracciones de crédito no ejecutadas son preferentes, a los efectos de su subsistencia tras el auto de adjudicación del remate, conforme a la solución que ofrece el artículo 227 RH.
- b) Para PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (50), los acreedores mancomunados son propietarios de la hipoteca en régimen de comunidad ordinaria, lo que determina la imposibilidad de que cualquier acreedor ejecute la hipoteca sin contar con el consentimiento unánime de todos ellos, otorgando así una solución análoga a la dispuesta para los supuestos en los que se verifica una situación de comunidad romana antes examinados. No obstante, y siendo consecuencia con la naturaleza de comunidad ordinaria a que se encuentra sometido el derecho de hipoteca, entiende jurídicamente posible que un coacreedor, actuando en beneficio de la comunidad, solicite ejecución por la totalidad del crédito, lo que supondría que el precio de remate hubiere de quedar a disposición de todos los coacreedores hipotecarios, y no solo de aquel que ejercitó la acción. En este mismo orden de cosas, indica que aun cuando alguno de los acreedores haya cobrado su parte, la hipoteca no puede ser cancelada en perjuicio de los demás (51).
- c) Finalmente, GARCÍA GARCÍA (52) considera que ha de distinguirse según el carácter originario o sobrevenido de la pluralidad de

(48) Vid. VERDERA SERVER, R., *La hipoteca a favor de dos o más acreedores*. Tirant lo Blanch, 1999, colección privada, núm. 24, pág. 43.

(49) Vid. ROCA SASTRE, R. M., *Derecho Hipotecario*, IV, 1.º, 6.ª ed., 1968, págs. 560-576. Esta posición es sostenida también por CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE (*Garantías patrimoniales. Estudio especial de la hipoteca*, Aranzadi, 1993, pág. 532), y CHICO Y ORTIZ (*Estudios sobre Derecho Hipotecario*, II, 3.ª ed., 1994, págs. 1623-1624).

(50) Vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Madrid, 2.ª ed., 1986, págs. 489-490. En sentido crítico, vid. ORTÍ VALLEJO, A., *Garantías de los títulos en el mercado hipotecario*, Civitas, 1993, págs. 146-147.

(51) Vid. Díez PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil, III*, Tecnos, 1993, 5.ª ed., pág. 517.

(52) Vid. GARCÍA GARCÍA, J. M., *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, Civitas, 1994, págs. 112-113. Este autor valora para alcanzar su conclusión, el perjuicio que se le produce al deudor que, habiendo convenido la hipoteca con un único acreedor, se enfrenta de un modo sobrevenido a la posibilidad de varias ejecuciones parciales.

acreedores hipotecarios. Y concluye que, mientras en el supuesto de la pluralidad subjetiva sobrevenida (en general, por sucesión *inter vivos* o *mortis causa*) uno solo de los acreedores no puede ejercitar la acción hipotecaria sin la concurrencia de los demás, pues el crédito hipotecario se constituyó como único, y el artículo 1860 del Código Civil dice que «*la prenda y la hipoteca son indivisibles, aunque la deuda se divida entre los causahabientes del deudor o del acreedor*» (53), en el caso de que la pluralidad subjetiva en la posición acreedora se haya producido con carácter originario, habrá de estarse a los pactos entre las partes: por tanto, si se pacta la mancomunidad, bien deberán constituirse tantas hipotecas como acreedores haya, bien deberá constituirse una única garantía, si bien señalando el porcentaje que en la misma corresponde a cada acreedor, y pactando el sistema de igualdad de rango del artículo 227 RH (54).

4. LA CESIÓN Y LA SUBROGACIÓN CONVENCIONAL DE CRÉDITOS GARANTIZADOS POR HIPOTECA FLOTANTE

En cuanto a la transmisión convencional del crédito hipotecario, por la similitud de las cuestiones que suscitan en relación con la hipoteca flotante, entendemos conveniente tratar de modo unitario los supuestos de transmisión que operan por voluntad de las partes contratantes (cesión y subrogación convencional de créditos, *ex arts.* 1205 y 1209 CC).

Por el contrario, tal transmisión no es voluntaria, sino que se trata de una consecuencia jurídica impuesta por una norma legal, derivada del pago del crédito efectuado por ciertos terceros (los indicados en los arts. 1210 y 1211 CC, y las entidades referidas por el art. 1 de la Ley 2/1994), la subrogación alcanza tanto al crédito como a las garantías constituidas para su aseguramiento por imperativo legal, sin que sea admisible, a nuestro juicio, el juego de la autonomía de la voluntad en este punto.

(53) En consonancia con la regla expuesta, el párrafo 3.º del citado artículo 1860 del Código Civil dispone que: «*tampoco podrá el heredero del acreedor que recibió su parte de la deuda devolver la prenda ni cancelar la hipoteca en perjuicio de los demás herederos que no hayan sido satisfechos*».

(54) En este punto, considero que carece de sentido pactar la igualdad de rango por referencia al artículo 227 RH, puesto que si solo existe una hipoteca, no alcanzo a comprender respecto de que otro negocio jurídico se predica tal igualdad. En su caso, entiendo que lo que debe ser objeto de pacto es el régimen de ejecución parcial, en el sentido de que, ejecutada la hipoteca en la porción correspondiente por uno de los coacreedores hipotecarios, la porción restante de la garantía tendrá la condición de carga preferente, a los efectos de evitar su cancelación tras el auto de adjudicación del remate.

Por ello, las cuestiones apuntadas a continuación respecto de la cesión de créditos deben entenderse aplicables *mutatis mutandis* a la subrogación convencional. En el siguiente apartado del presente estudio serán objeto de análisis las particularidades que la subrogación legal tiene en el ámbito de la hipoteca global o flotante.

4.1. *La cesión y subrogación convencional de créditos futuros e ilíquidos. Cesión y subrogación convencional total y parcial*

Cumple indicar, en primer lugar, que, a falta de regulación expresa *ex* artículo 153 bis LH, el crédito garantizado con la hipoteca flotante debe seguir la regla general por virtud de la cual todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, salvo pacto en contrario (arts. 1112 y 1526 a 1537 CC). Por su parte, la transmisibilidad del crédito hipotecario es contemplada por los artículos 1878 CC y 149, 150 y 152 LH, al establecer que aquél puede ser enajenado o cedido a un tercero, en todo o en parte, con las formalidades que establezcan las leyes. Finalmente, cumple indicar que la transmisión convencional del crédito hipotecario lleva consigo el traslado de la hipoteca al cesionario, salvo disposición contraria de las partes (arts. 1209 y 1526 CC) (55).

Por ello, entendemos que no existe obstáculo jurídico alguno para admitir la cesión tanto de los créditos futuros, cuando de créditos ilíquidos a la fecha de la cesión, que se encuentren garantizados por hipoteca flotante. En efecto, respecto de los créditos futuros, no siendo objeto de discusión la posibilidad de su cesión, la cuestión radica en determinar si la meritada cesión puede implicar la transmisión de la titularidad del crédito futuro o ilíquido hipotecariamente garantizado antes de la constancia registral del nacimiento de la obligación (*ex* art. 143 LH). En este punto, nos parece acertada la opinión de CORDERO LOBATO (56), quien entiende transmisible el crédito futuro o ilíquido garantizado por hipoteca con independencia de que se haya practicado o no la anotación marginal del artículo 143 LH, sin perjuicio de que, llegado el momento de ejecución de la garantía hipotecaria, y puesto que la legitimación registral solo alcanzaría a la garantía (y no a la obligación asegurada), el acreedor hipotecario deba proceder a la integración extrarregistral del título, acreditando la existencia, cuantía y exigibilidad del crédito hipotecariamente asegurado (57), con objeto de acudir a los procesos sumarios de ejecución.

(55) La consideración de la posibilidad de cesión independiente de la garantía será objeto de análisis en apartados posteriores del presente estudio.

(56) Vid. CORDERO LOBATO, E., *La hipoteca global: la determinabilidad del crédito garantizado*, Centro de Estudios Registrales, 1997, págs. 138-144.

(57) Además, en ambos supuestos el cesionario no disfrutará del amparo del artículo 34 LH, pues la fe pública no puede extenderse a la existencia o cuantía de las obligaciones aseguradas, cuando tales datos no constan en el Registro.

Partiendo por tanto como regla general de la posibilidad de ceder los créditos (incluso los futuros e ilíquidos) garantizados por hipoteca flotante, entendemos preciso efectuar una nueva distinción en función de las diversas situaciones que pueden darse en la práctica. Así:

- a) En caso de cesión total de todos los créditos (nacidos y/o futuros) susceptibles de ser garantizados mediante la hipoteca flotante, las alternativas posibles consistirán, bien en la cesión del derecho de hipoteca junto con los referidos créditos (si la cesión pactada comprende la transmisión de la garantía), bien en la extinción del derecho de hipoteca (si la cesión no la comprende), por cuanto que el artículo 1528 del Código Civil prohíbe que el cedente sea titular de la garantía después de haber dejado de ser acreedor.

Operada la cesión, el cesionario, además de las obligaciones ya nacidas entre cedente y deudor que han sido objeto de cesión actual, podrá garantizar también las nuevas obligaciones dimanantes de operaciones que en el futuro lleve a cabo con el deudor hipotecario, siempre que las mismas estén comprendidas en las reglas de integración de la cobertura y hayan sido contraídas dentro del plazo, circunstancias ambas contempladas en el título constitutivo de la hipoteca flotante concertada previamente entre cedente y deudor.

En este orden de cosas, cumple indicar asimismo que la cesión total de los créditos futuros asegurados por la hipoteca flotante, sin cesión de crédito actual alguno, no supone transmisión de la hipoteca al margen de las obligaciones garantizadas (lo que implicaría la constitución de una hipoteca de propietario, rechazada por la doctrina) (58); los únicos créditos futuros susceptibles de asegurarse serán aquellos que encajen con lo establecido en las reglas de integración de la cobertura contempladas en la escritura de constitución de la hipoteca, si bien ahora no tendrán como partes contratantes a cedente y deudor, sino que el vínculo obligacional se establecerá entre este último y el cesionario.

- b) Si lo que se produce es una cesión parcial de créditos (nacidos y/o futuros) susceptibles de ser garantizados con la hipoteca flotante, puesto que cedente y cesionario van a ostentar la titularidad de créditos garantizados por dicha hipoteca, entendemos que habrá de establecerse en la escritura de cesión un reparto de la responsabilidad hipotecaria máxima originariamente establecida entre las obligaciones de las que el cedente sigue siendo titular, y las obligaciones transferidas al cesionario o, en el caso de que se cedan créditos fu-

(58) Vid. GARCÍA GARCÍA, J. M., «Comentario a los artículos 1874 y siguientes», en *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1912.

turos, constituidas en el plazo y de acuerdo a las reglas de integración de la cobertura contemplados en la escritura de constitución de la hipoteca flotante (59). No obstante, al amparo de la autonomía de la voluntad, entendemos perfectamente posible convenir expresamente la cesión de alguno de los créditos potencialmente garantizados, sin transmisión simultánea de la garantía potencialmente asociada al mismo y, en consecuencia, conservando el cedente en su integridad la garantía hipotecaria originaria respecto de las obligaciones que, de acuerdo a la cláusula de globalización y en el plazo pactado en la escritura, sean susceptibles de integración en la garantía por parte del acreedor originario.

Debe señalarse asimismo que tanto en supuestos de cesión total como parcial, consideramos asimismo posible la cesión de créditos hipotecarios futuros, aun cuando para el nacimiento de dichas obligaciones susceptibles de ser garantizadas al amparo de la hipoteca flotante sea preciso recabar nuevamente el consentimiento del deudor hipotecario, pues de lo que en definitiva se trata es de posibilitar al cesionario la integración en la cobertura hipotecaria de los créditos que en el futuro convenga con el deudor y sean susceptibles de subsunción dentro de los tipos negociales contemplados en la cláusula de globalización, sin necesidad de constitución de una nueva garantía hipotecaria, con los costes adicionales a ella asociados.

Otro aspecto relevante a considerar en sede de cesión de créditos es la posibilidad de que el cesionario pretenda integrar en la cobertura créditos que ostente contra el deudor ya nacidos a la fecha en que se celebre el contrato de cesión. En efecto, dada la especial configuración de la hipoteca flotante, y la determinabilidad conforme a la cláusula de globalización de las obligaciones susceptibles de ser garantizadas por la misma, en sede de cesión, es posible que un sujeto que ostente un crédito contra el deudor hipotecario, carente de garantía real, tenga interés en obtener la cesión de la hipoteca flotante, tanto para poder garantizar las obligaciones nacidas objeto de cesión anteriormente existentes entre cedente y deudor, o las obligaciones que en el futuro concierte con aquél, cuanto para poder así integrar en dicha garantía hipotecaria las obligaciones preexistentes a la cesión, concertadas entre deudor y cesionario, siempre que ello sea posible según las reglas de integración de la cobertura. En esta situación, puesto que cuantos más créditos queden asegurados por la hipoteca

(59) Se verificará de este modo una situación de pluralidad subjetiva en la posición de acreedor hipotecario, la cual ha sido ya objeto de análisis en un apartado precedente, siendo conveniente recordar aquí sus relevantes consecuencias prácticas, en función del establecimiento entre coacreedores hipotecarios de una relación de mancomunidad, comunidad romana o solidaridad, a la hora de proceder a la ejecución parcial de la garantía, con subsistencia de la parte no ejecutada.

flotante, menor será el importe disponible dentro del máximo garantizado y, en consecuencia menores incentivos tendrá el acreedor cesionario para conceder al deudor crédito adicional, consideramos razonable, siguiendo el planteamiento efectuado por AZOFRA (60) que, si el deudor no ha consentido la cesión, pueda oponerse, *ex* artículo 1198 del Código Civil (61), a que el cesionario extienda la cobertura hipotecaria obtenida por cesión a créditos ya existentes entre éste y el deudor al tiempo de celebración de la cesión por importe superior al de los créditos ya nacidos entre el cedente y el deudor en dicho momento.

Como ya ha sido apuntado, en esta modalidad hipotecaria, como resulta consustancial al carácter global o flotante que imbuje al gravamen, cada crédito garantizado no tiene asignada una parte del importe de la responsabilidad hipotecaria total. Siendo así las cosas, el acreedor podrá elegir las obligaciones que, por ser susceptibles de integración en la cobertura conforme a las reglas contempladas en la escritura de hipoteca, pueden ser beneficiarias de la garantía hipotecaria, de suerte tal que será posible que éste, unilateralmente, establezca al tiempo de la cesión una distribución de la responsabilidad hipotecaria entre los créditos cedidos y los no cedidos, sin que para ello sea preciso el consentimiento del deudor, el hipotecante no deudor, el tercer poseedor o los titulares de derechos anotados o inscritos con posterioridad a la hipoteca flotante. La necesidad o, al menos, conveniencia, respecto del establecimiento de dicha distribución de responsabilidad hipotecaria viene determinada por la práctica pues, celebrada la cesión, y en ausencia de la misma, cada acreedor continúa siendo beneficiario de la garantía hipotecaria por el importe máximo garantizado, con los problemas derivados de la existencia de pluralidad subjetiva en la posición acreedora a los que ya nos hemos referido.

4.2. *Posibilidad de cesión de la hipoteca flotante con independencia de los créditos nacidos*

Para finalizar el presente apartado, consideramos de interés plantearnos si resulta jurídicamente admisible la cesión autónoma de la hipoteca flotante,

(60) Vid. AZOFRA, F., «Hipotecas flotantes», en *RCDI*, núm. 707, 2008, pág. 1213; en el mismo sentido se manifiesta CORDERO LOBATO, E., *La hipoteca global: la determinabilidad del crédito garantizado*, Centro de Estudios Registrales, 1997, pág. 156.

(61) Precepto que dispone: «El deudor, que hubiere consentido en la cesión de derechos hecha por un acreedor a favor de un tercero, no podrá oponer al cesionario la compensación que le correspondería contra el cedente.

Si el acreedor le hizo saber la cesión y el deudor no la consintió, puede oponer la compensación de las deudas anteriores a ella, pero no la de las posteriores.

Si la cesión se realiza sin conocimiento del deudor, podrá éste oponer la compensación de los créditos anteriores a ella y de los posteriores hasta que hubiese tenido conocimiento de la cesión».

manteniendo el cedente la titularidad de los derechos de crédito susceptibles de dicha garantía, que será transmitida al cesionario para que éste pueda proceder al aseguramiento de nuevos créditos, de la clase de los contemplados en la cláusula de globalización. Para CORDERO LOBATO (62) es posible la cesión autónoma de la garantía, en el entendimiento de que no se trata de admitir una *hipoteca de propietario*, sino de la cesión de una hipoteca ya constituida, que va a poder otorgar garantía a las obligaciones futuras que, entre cesionario y deudor, se establezcan, dentro del plazo y de acuerdo con las reglas de integración de la cobertura pactadas en el título constitutivo de la garantía, sin que, en consecuencia, la cobertura deba ser objeto de nuevo convenio, lo que acarrearía la nulidad de la cesión (*ex art. 1273 CC*). Además, dicha transmisión autónoma de la garantía hipotecaria no perjudica a terceros, siempre que no se extienda el plazo de vigencia del gravamen, se incremente la suma máxima garantizada o se modifiquen las reglas de integración de la cobertura, pues las obligaciones susceptibles de garantía a través de la hipoteca flotante no varían; y, no siendo objeto de modificación los extremos reseñados, tampoco la posición del deudor resulta agravada, considerando su derecho a oponerse a que se perjudique su capacidad de endeudamiento con cargo a la hipoteca (*ex art. 1198 CC*).

5. LA SUBROGACIÓN LEGAL EN LOS CRÉDITOS GARANTIZADOS POR HIPOTECA FLOTANTE

Como ya hemos expuesto, a diferencia del régimen jurídico de la cesión y subrogación convencionales, la subrogación legal de un tercero en el crédito garantizado por hipoteca flotante determina la obligatoria transmisión de la garantía asociada al mismo (63). En efecto, el pago efectuado por ciertos

(62) Vid. CORDERO LOBATO, E., *La hipoteca global: la determinabilidad del crédito garantizado*, Centro de Estudios Registrales, 1997, págs. 151-156. Como indica esta autora, esta posibilidad, que para REY PORTOLÉS («Hipoteca con cláusula de “endowment”. Hipoteca flotante», en *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1995, pág. 317) constituía un supuesto de *ciencia ficción jurídica*, puede ser interesante en el caso de que el acreedor hipotecario atraviere dificultades financieras que le hagan gravoso atender las peticiones de crédito del deudor amparadas por la garantía, y prevea que no va a poder rentabilizarla. Contempla asimismo el supuesto en el que una entidad de crédito, como consecuencia de una escisión, recomponga su activo patrimonial, cediendo la hipoteca a la entidad resultante o a alguna de sus filiales.

(63) Son supuestos de subrogación legal el pago por un acreedor del crédito de otro acreedor preferente [arts. 1210.1.º CC, 659.3 LEC y 236.e) RH]; el pago por tercero ajeno a la obligación con la aprobación expresa o tácita del deudor (art. 1210.2.º CC); el pago realizado por quien tenga interés en el cumplimiento de la obligación (art. 1210.3.º CC), que serán normalmente el hipotecante no deudor y/o el tercer poseedor (no obstante, en estos supuestos si bien existe subrogación en el crédito, no la puede haber en la garantía

terceros tiene el efecto legal de transmitir al *solvens* (el sujeto que paga y se subroga) tanto el crédito objeto de transmisión como las garantías constituidas en aseguramiento del mismo. En todos estos supuestos, la subrogación es un efecto legal que no precisa ser convenido expresamente, y que no puede ser excluido, total o parcialmente, por el *accipiens* (el sujeto que recibe el pago y es subrogado), ni aun bajo el argumento de que no tenía intención de integrar dicha obligación en la cobertura hipotecaria global. Es por ello que a continuación trataremos las peculiaridades que la subrogación legal presenta cuando se refiere a créditos garantizados por hipoteca flotante.

En tal sentido, cumple indicar, en primer lugar, que la subrogación legal da lugar al traslado de la hipoteca al nuevo acreedor respecto de los créditos objeto de subrogación, que siempre serán existentes al tiempo de la subrogación, bien porque consten identificados en la propia escritura de constitución de la hipoteca flotante, bien porque, tratándose de créditos futuros susceptibles de aseguramiento por aquélla, los mismos han nacido al mundo jurídico al tiempo en que haya de operarse la subrogación legal (entendemos que no cabe subrogación legal respecto de créditos futuros). Es por ello que, en esta materia consideramos necesario distinguir diversos supuestos según la configuración de la cláusula de globalización y el alcance de la subrogación legal que se opere:

- a) Si la cláusula de globalización contempla exclusivamente créditos existentes al tiempo de operarse la subrogación legal (bien existentes al tiempo de constitución de la garantía, bien futuros en dicho momento, pero existentes al tiempo de la subrogación legal), y la subrogación opera sobre la totalidad de los mismos, el *solvens* pasará a ostentar la titularidad única de la garantía, pues ninguna obligación a favor del *accipiens* puede surgir ya susceptible de aseguramiento por medio de la hipoteca flotante.
- b) Si la cláusula de globalización contempla tanto créditos existentes al tiempo de la subrogación legal como futuros, puesto que la subro-

por efecto de la confusión de derechos *ex art.* 1192 CC); el pago por fiador de la obligación no cumplida por el deudor (*art.* 1839 CC) y los cofiadores solidarios; así como el pago por el propio deudor tomando dinero prestado por escritura pública y haciendo constar en ella su propósito, con expresión en la carta de pago de la cantidad pagada (*art.* 1211 CC y, con otros matices, la Ley 2/1994), y, finalmente, la subrogación del vendedor en caso de descuento o retención del importe de la deuda hipotecada, cuando aquélla no es atendida por el comprador (*art.* 118.II LH).

Sin embargo, CARRASCO PERERA y CORDERO LOBATO [«El doble filo de la hipoteca global: *caveat creditori*», en *Diario La Ley*, núm. 6988, julio de 2008 (36908/2008)] se han manifestado recientemente en contra de la posibilidad expuesta, considerando que «*tampoco la subrogación por pago de un tercero en el crédito supone subrogación en la hipoteca, pues ni puede detraerse del máximo el importe del crédito satisfecho, ni puede tampoco estimarse que el solvens es cotitular en una cuota indeterminada (la que represente el crédito satisfecho en el total de créditos de la cesta) en el derecho de hipoteca*».

gación legal únicamente puede operar sobre los primeros (aquellos existentes al tiempo de la subrogación), el *accipiens* conservará la facultad de extender la hipoteca a las obligaciones que concierte con posterioridad a la subrogación legal del *solvens*. En esta situación, a diferencia del régimen de cesión/subrogación convencional antes analizado, el *accipiens* no tendrá incentivo alguno para compartir la garantía con el *solvens*, siendo improbable que acepte pactar una distribución de la responsabilidad hipotecaria entre los créditos de los que cada uno resulta ser titular. En ausencia de dicho pacto, se hace preciso determinar en qué modo ha de efectuarse el reparto entre los créditos garantizados (titularidad de *solvens* y *accipiens*) de la suma resultante de la realización de la hipoteca flotante, en el supuesto de que dicha suma no sea suficiente para la íntegra satisfacción de la totalidad de los créditos garantizados. En este punto, las posibles soluciones podrían plantearse en alguno de los siguientes sentidos:

- i) La aplicación analógica de la preferencia concedida al *accipiens* en caso de pago parcial, contemplada por el artículo 1213 del Código Civil, no nos parece adaptable al supuesto contemplado, pues la obligación subrogada es atendida totalmente (64).
- ii) El establecimiento entre *solvens* y *accipiens* de una comunidad romana sobre el derecho de hipoteca flotante, si bien es jurídicamente factible, presenta el grave problema derivado de la posibilidad de que el *accipiens* siga garantizando créditos futuros con cargo al importe máximo, minorando así indirectamente la participación del *solvens* en la garantía flotante que también asegura la satisfacción de sus créditos.
- iii) Que como consecuencia de la subrogación legal, propone CORDERO LOBATO (65), se le otorgue al *solvens* una «*parcela de máximo en garantía de los créditos en que se haya subrogado*», de suerte tal que la inicial hipoteca flotante pasaría a ser de titularidad mancomunada de *solvens* y *accipiens*: a favor del *solvens* en garantía de los créditos legalmente subrogados y con responsabilidad hipotecaria por el importe de los mismos; a favor del *accipiens* por el importe restante hasta la cantidad inicialmente garantizada, para responder de los restantes crédi-

(64) Adicionalmente, la aplicación de esta regla supondría dejar al arbitrio del *accipiens* la determinación del alcance de la garantía respecto de las obligaciones de las que el *solvens* fuese titular, concediendo aquél crédito adicional hasta cubrir el importe total de la suma garantizada.

(65) Vid. CORDERO LOBATO, E., *La hipoteca global: la determinabilidad del crédito garantizado*, Centro de Estudios Registrales, 1997, pág. 170.

tos, presentes y/o futuros. Para CORDERO LOBATO (66), «*si la subrogación consumió todo el máximo, entonces la titularidad del gravamen será única. En caso contrario, existirá una pluralidad de titulares de hipoteca*».

- iv) Por su parte, AZOFRA (67) considera más adecuado prorratear la responsabilidad hipotecaria sobre la base de los créditos existentes al tiempo de la subrogación, «*correspondiendo al solvente una hipoteca en garantía de los créditos subrogados con responsabilidad hipotecaria igual a la porción de la responsabilidad hipotecaria inicial que representen los créditos subrogados sobre el total de los créditos presentes del accipiens al tiempo de la subrogación legal y al accipiens otra hipoteca por la diferencia de responsabilidad hipotecaria hasta la inicial en garantía de los restantes créditos presentes y/o futuros*». En nuestra opinión, si bien esta parece la solución más adecuada desde un punto de vista respetuoso con el principio de equidad, no cabe duda alguna que habrá de estarse a los futuros pronunciamientos de la DGRN en esta materia.

Otra cuestión relevante en cuanto a la subrogación legal en la hipoteca flotante, es el modo en que ha de producirse la constancia registral de tal situación jurídica. En nuestra opinión, ello requerirá de una doble operación registral, al no constar en el Registro identificadas las obligaciones cuya subrogación se ha producido:

- a) En primer lugar, en los supuestos en los que el registro no da fe de la obligación subrogada (supuesto común en el caso de la hipoteca flotante en garantía de obligaciones no existentes al tiempo de su constitución), deberá procederse a dotarla de tal constancia mediante nota marginal *ex* artículo 143 LH. Para ello, deberá presentarse documento público en el que conste el nacimiento de la obligación asegurada, junto con una solicitud firmada por acreedor y deudor, ratificada ante el Registrador o con firmas notarialmente legitimadas. En caso de negativa de alguno a la firma de la solicitud, será preciso sentencia judicial firme, ordenando la práctica de la nota marginal (art. 238 RH) (68).

(66) Vid. CORDERO LOBATO, E., *La hipoteca global: la determinabilidad del crédito garantizado*, Centro de Estudios Registrales, 1997, pág. 171.

(67) Vid. AZOFRA, F., «Hipotecas flotantes», en *RCDI*, núm. 707, 2008, pág. 1215.

(68) Como indica CORDERO LOBATO (*La hipoteca global: la determinabilidad del crédito garantizado*, Centro de Estudios Registrales, 1997, págs. 171-172), «*no habrá dificultad alguna para practicar la nota marginal de subrogación en el caso del artículo 131.5.ª LH donde, para instar el procedimiento judicial sumario, el acreedor ejecutante*

- b) En segundo término, una vez tomada razón por el registro de la existencia de la obligación garantizada, deberá procederse, también por medio de nota marginal, a anotar la subrogación legal llevada a cabo, adjuntando acta notarial o escritura pública acreditativas del pago.

Practicada la nota marginal de subrogación, una parte del máximo quedará garantizando los créditos ya determinados del *solvens*, en tanto que otra garantizará los créditos ya nacidos, o los futuros (si están previstos en las reglas de integración de la cobertura) en los que el *accipiens* ocupe una posición acreedora. Respecto de la distribución del importe máximo garantizado entre *solvens* y *accipiens*, habrá que estar a la solución que, de entre las expuestas previamente, se acoja (aplicación analógica del art. 1213 CC, comunidad romana, situación de mancomunidad).

6. LA EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA FLOTANTE

Para proceder a la ejecución de la garantía hipotecaria, el acreedor dispone, con carácter general, de cuatro posibilidades procedimentales: i) el juicio declarativo ordinario, mediante el ejercicio de la acción personal fundada en crédito asegurado a través de hipoteca; ii) el juicio ejecutivo ordinario, a través del ejercicio de la acción personal fundada en el crédito asegurado a través de hipoteca, y documentado conforme establece el artículo 517 LEC; iii) el juicio ejecutivo sumario (arts. 681 y sigs. LEC); y iv) el procedimiento de venta extrajudicial (arts. 129 LH y 234 y sigs. RH).

En concreta relación a la hipoteca flotante, es indiscutible la posibilidad de su ejecución a través de los dos primeros procesos indicados (declarativo ordinario y ejecutivo ordinario). Por el contrario, con anterioridad a la reforma introducida por la Ley 41/2007, tanto una parte de la doctrina (69) cuanto la

ya habrá tenido que acreditar el nacimiento, vencimiento y cuantía de la obligación insatisfecha (...) El problema podrá presentarse en los casos de subrogación por pago. Obsérvese que aunque el acreedor originario cooperase, para acreditar el nacimiento de la obligación no bastaría el mero acuerdo entre acreedores, sino que sería preciso que consintiera el deudor».

(69) Sobre la imposibilidad de ejecución de deudas garantizadas hipotecariamente pero de cuantía registralmente indeterminada, vid. GARCÍA GARCÍA, J. M., *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, Civitas, 1994, págs. 135-136; vid. GARCÍA ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA, C. (*Patología actual de la hipoteca de máximo, Hipotecas y seguridad jurídica*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 191, págs. 1145-1148); PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, II, 2001, 4.ª ed., págs. 297-298.

Esta opinión, no obstante no era unánime en la doctrina, pues, como pone de manifiesto REY PORTOLÉS («Hipoteca con cláusula de “endowment”. Hipoteca flotante», en *Escritos*

DGRN (70) consideraban que no era jurídicamente posible proceder a la ejecución de la hipoteca flotante tanto a través del proceso judicial sumario cuanto mediante el procedimiento de venta extrajudicial, argumentando, en síntesis, que el procedimiento de integración extrarregistral del título ejecutivo contemplado en los artículos 153 LH y 245 RH para las hipotecas en garantía de cuentas corrientes de crédito no era susceptible de aplicación analógica a la hipoteca flotante, pues dichos preceptos presuponen una relación de crédito vinculante entre las partes; relación inexistente en la hipoteca flotante (71), además de que el principio de igualdad entre partes contratantes únicamente resulta excepcionado por la ley para la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito, y no respecto de otros supuestos (72). Esta interpretación, discutida por parte de la doctrina (73), privaba a la hipoteca flotante de utilidad práctica, al excepcio-

varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1995, págs. 317-321), aun en las hipotecas de tráfico, puesto que ordinariamente garantizan contratos de préstamo o crédito sometidos a un sistema de amortización, y es harto infrecuente el otorgamiento con cada pago parcial de carta de pago en documento público y posterior inscripción registral de dicho hecho, llegada la ejecución por el procedimiento judicial sumario, cuya posibilidad no es discutida, se da el riesgo de pluspetición del actor, dentro del importe máximo a que asciende la obligación asegurada. Concluye el autor que, si ello es así en las hipotecas de tráfico, y se permite su acceso al procedimiento ordinario, no es de recibo por dicho motivo otorgar peor tratamiento a las hipotecas de seguridad, siempre que se permita al deudor oponerse al saldo liquidado unilateralmente por el banco, con aplicación analógica de los mecanismos previstos en el artículo 153 LH.

(70) Vid. RDGRN de 11 de enero de 1995 (*EDD* 1995/197). No obstante, lo cierto es que, en otras resoluciones precedentes, la DGRN admitió la inscripción de una hipoteca global que preveía la ejecución de la misma a través del proceso judicial sumario del antiguo artículo 131 LH, pese a que la hipoteca no acreditaba fehacientemente la existencia y vencimiento de la deuda, permitiendo para ello la integración extrarregistral del título ejecutivo a través, bien de un protesto de letra de cambio (RDGRN de 28 de febrero de 1933, *EDD* 1933/8), o a través de la certificación del saldo de una cuenta bancaria realizada unilateralmente por el acreedor (RDGRN de 16 de junio de 1936, *EDD* 1936/14).

(71) Vid. RDGRN de 26 de noviembre de 1990 (*EDD* 1990/10707) y RDGRN de 11 de enero de 1995 (*EDD* 1995/197).

(72) Vid. RDGRN de 26 de noviembre de 1990 (*EDD* 1990/10707).

(73) Así se manifiesta AZOFRA («Hipotecas flotantes», en *RCDI*, núm. 707, 2008, págs. 1223-1224), para quien, si se efectúa una interpretación analógica de lo preceptuado en el artículo 153 LH respecto de las hipotecas en garantía de cuentas corrientes de crédito, no hay obstáculo que impida acudir al procedimiento de integración extrarregistral del título ejecutivo constituido por la certificación unilateral del saldo, «*incluso aun cuando no constase en título que llevase aparejada ejecución el nacimiento y vencimiento del crédito garantizado con hipoteca flotante, con tal de que en la escritura se hubiere atribuido al acreedor facultad certificante*». No obstante, advierte asimismo del obstáculo que para este planteamiento supone la exigencia contenida en el artículo 685.2 LEC, en el sentido de exigir que se acompañen con la demanda «*el título o títulos de crédito revestidos de los requisitos que esta ley exige para el despacho de ejecución*». Por ello, finaliza con la advertencia de la conveniencia, respecto de las obligaciones futuras garantizadas por hipoteca flotante, de que el nacimiento de la obligación se evidencie mediante documento con fuerza ejecutiva *ex* artículo 517 LEC, sin perjuicio de la previsión expresa de atribuir

nar su ejecución por medio de los procedimientos ejecutivos sumarios judicial y notarial, dotados de la agilidad y celeridad precisas para obtener la realización del valor de los bienes hipotecados.

Sea como fuere, dichas objeciones se han visto superadas por efecto de la reforma hipotecaria introducida por la Ley 41/2007 que, si bien no ha efectuado una modificación sustancial en los preceptos reguladores de ambos procedimientos (procesos ejecutivos sumarios judicial y notarial) (74), ha supuesto, en nuestra opinión, una inequívoca extensión a la hipoteca flotante del régimen de certificación unilateral de saldos con efectos ejecutivos, al disponer el nuevo artículo 153 bis LH que *«podrá pactarse en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución sea la resultante de la liquidación efectuada por la entidad financiera acreedora en la forma convenida por las partes en la escritura»*, manifestando asimismo que *«la acción hipotecaria podrá ser ejercitada de conformidad con lo previsto en los artículos 129 y 153 de esta Ley y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil»*.

En definitiva, consideramos que no existe en la actualidad obstáculo jurídico alguno para proceder a la ejecución de la hipoteca flotante a través del juicio ejecutivo sumario previsto en la LEC para la realización de bienes hipotecados (75). Respecto a la posibilidad de acudir al proceso de ejecución notarial, nos remitimos al apartado 2.6.3 del presente estudio.

al acreedor facultad certificante. Sobre esta cuestión, vid. también, CORDERO LOBATO (*La hipoteca global: la determinabilidad del crédito garantizado*, Centro de Estudios Registrales, 1997, págs. 212-213), concluye que: *«si en los contratos de apertura de crédito en cuenta corriente y de cuenta corriente comercial, el legislador ha permitido que la existencia y cuantía de la obligación sea acreditada a efectos ejecutivos por medio de la certificación de saldo emitida por la entidad acreedora, no hay ninguna razón convincente para excluir esta forma de ejecución de cualquier otro caso en el que una entidad de crédito pretenda la ejecución de una hipoteca por el incumplimiento de obligaciones que hayan sido objeto de asiento contable»*.

(74) En cuanto a esta cuestión, AZOFRA («Hipotecas flotantes», en *RCDI*, núm. 707, 2008, pág. 1215) lamenta que se eliminase del Proyecto que finalmente fue remitido a las cortes una Disposición Final 2.^a que figuraba en el anteproyecto, y que suponía la modificación de los artículos 656 y 688 LEC. Al artículo 656.1 LEC se añadía un número 3, que decía: *«el importe del principal reclamado o del saldo final exigible en caso de hipoteca de máximo»*, en tanto que se se añadía al artículo 688.2 un inciso final por cuya virtud se obligaba al Registrador a hacer constar esa misma referencia en la nota marginal acreditativa de la expedición de la certificación de dominio y cargas.

(75) Con carácter general, la constitucionalidad de esta clase de proceso sumario fue aceptada por la STC de 18 de diciembre de 1981 (núm. 41/1981, rec. 55/1981, *EDJ* 1981/41), la cual, pese a admitir el riesgo potencial de pluspetición por parte del acreedor ejecutante, razón por la cual este proceso no produce efectos de cosa juzgada, dejando abierta la puerta al proceso declarativo que corresponda, concluye que el carácter constitutivo del derecho de hipoteca, y las garantías que supone su otorgamiento en escritura pública y su examen previo a la inscripción por el Registrador, operan como mecanismos de defensa del deudor, justificando así la oportunidad del juicio sumario vinculado a la ejecución de la garantía real. En concreto, respecto de la hipoteca flotante, entendemos que la existencia de garantías suficientes para protegerse contra una ejecución injustificada, por la vía

6.1. *Proceso judicial sumario: Presupuestos de la acción ejecutiva*

Partamos de que para la ejecución de una hipoteca a través del procedimiento ejecutivo sumario, contemplado en los artículos 681 a 698 LEC, deben cumplirse los siguientes presupuestos:

- a) Que, bien el propio título documente una obligación líquida, vencida y exigible, bien se haya procedido a la integración extrarregistral del mismo (bilateralmente entre acreedor y deudor o, si así se ha pactado, de modo unilateral por el acreedor a través del sistema de la certificación de saldos, *ex arts. 153 LH y 245 RH*).
- b) Que se haya determinado en la escritura de constitución de la hipoteca y conste en la inscripción registral correspondiente (art. 682.1.1.º y 2.º LEC):
 - i) El precio de los inmuebles a efectos de su venta en subasta.
 - ii) Un domicilio del deudor a efectos de requerimientos y notificaciones.
- c) Que la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados en garantía de la deuda reclamada (art. 682.2 LEC).

6.2. *Admisibilidad de ejecución judicial sumaria de la hipoteca flotante.*

Conforme a lo expuesto en el apartado precedente, es requisito esencial para acceder al procedimiento judicial sumario que la demanda ejecutiva se acompañe con el título de crédito, revestido de los requisitos que la LEC contempla en el artículo 517 LEC para proceder al despacho de ejecución (es decir, primera copia o segunda copia dada en virtud de mandamiento judicial o con citación de la persona a quién deba perjudicar o de su causahabiente, o que se expida con conformidad de todas las partes, *ex art. 517.2.4.º LEC*). Por tanto, la regla general viene determinada por la necesaria aportación de la escritura de hipoteca debidamente inscrita y, en defecto de su posibilidad de aportación, deberá acompañarse con el título que se presente certificación del Registro que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca (art. 685.2.II LEC).

Ahora bien, tratándose de la hipoteca flotante, donde la acreditación de la existencia y exigibilidad de los créditos hipotecariamente garantizados no

de la obligación de indemnizar daños y perjuicios (art. 538.4 LEC), el sobreseimiento del proceso en caso de cancelación de la hipoteca (art. 688.3 LEC) y, sobre todo, la no generación de efectos de cosa juzgada y, en consecuencia, la posibilidad de acudir a un proceso declarativo ulterior, permiten que se entienda compatible hipoteca flotante y ejecución hipotecaria.

resulta del propio título, por tratarse de obligaciones indeterminadas inicialmente en su existencia y/o cuantía, es preciso que tal acreditación sea llevada a cabo por medios extrarregistrales, sin que, tras la reforma legal operada, exista obstáculo alguno para ello. En efecto, en la hipoteca flotante, el acreedor garantizado, respetando tanto la responsabilidad hipotecaria máxima contemplada en el título, como las reglas de integración de la cobertura y el plazo convenidos en el mismo, puede dotar discrecionalmente de garantía hipotecaria a los distintos créditos que ostente frente al deudor, bien en la actualidad, bien en el futuro, de suerte tal que ni el título constitutivo de la garantía, ni la información que el Registro suministra permiten conocer si tales créditos han nacido efectivamente, son líquidos, están vencidos y resultan exigibles.

En efecto, como la determinación de las concretas obligaciones garantizadas es efectuada por el acreedor con posterioridad a la constitución del gravamen hipotecario, y la misma no consta de la inscripción registral practicada, resulta preciso proceder, a efectos ejecutivos, a la integración extrahipotecaria del título, con el fin de acreditar la existencia, liquidez y exigibilidad de las obligaciones por cuyo incumplimiento se pretende la prosecución del proceso judicial sumario (76). Dicha integración del título puede ser llevada a cabo de diversos modos:

- a) Un primer método de integración consistiría en el convenio entre acreedor y deudor sobre la certeza, cuantía y exigibilidad de la cantidad reclamada, si bien, como resulta obvio, será difícil la tarea de obtener la aquiescencia del deudor en el momento en que lo pretendido es la ejecución de la garantía.
- b) Un segundo sistema vendría determinado por la previa constancia registral, a través de la aplicación analógica del artículo 143 LH, de la obligación u obligaciones que finalmente van a recibir aseguramiento a través de la hipoteca flotante. En tal sentido, el artículo 238 RH permite la extensión de la nota marginal mediante la presentación en el Registro de documento público que acredite el nacimiento de la obligación, o por medio de una solicitud firmada por las partes, y ratificada ante el Registrador o, en su defecto, con firmas notarialmente legitimadas. Pues bien, consideramos que, en sede de ejecución de la hipoteca flotante, este método de integración presenta dos claros inconvenientes, asociados al incremento de costes que la práctica de la anotación marginal lleva aparejados. Así:

(76) En tal sentido, la propia DGRN, en su ya vetusta Resolución de 21 de marzo de 1921 (EDD 1921/33), afirmó que en esta clase de hipotecas «se niega al acreedor la facultad de ampararse en presunciones hipotecarias para probar la existencia de la deuda y la cantidad a que asciende», pero, «se da valor a los hechos o convenios entre las partes que puedan modificar o destruir la eficacia de la obligación garantizada, aunque tales circunstancias no se hagan constar en el Registro».

- i) Si las obligaciones cuyo aseguramiento se pretenda son varias, habrá que efectuar tantas anotaciones registrales como obligaciones, con el correlativo incremento de costes asociado a las mismas (asumido de ordinario por el deudor).
 - ii) Si se pretende practicar la nota marginal mediante la presentación de documento público que acredite el nacimiento de la obligación, vuelve a ser precisa la satisfacción de los costes de otorgamiento del referido documento.
- c) Finalmente, el método de integración cuyo empleo ha sido más controvertido, a la par que generalizado en la práctica de las entidades financieras, es el constituido por la certificación unilateral del saldo debido por parte de la entidad financiera acreedora (hipotecariamente garantizada), en aquellos supuestos en que, habiéndose formalizado el contrato en escritura pública o póliza intervenida, se haya pactado en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución será la resultante de la referida liquidación unilateral, practicada de acuerdo con lo convenido por las partes en el título ejecutivo (vid. arts. 517, 572.2 LEC y 153 bis LH). En este supuesto, por imperativo del artículo 572.2 LEC *in fine*, «solo se despachará la ejecución si el acreedor acredita haber notificado previamente al ejecutado y al fiador, si lo hubiere, la cantidad exigible resultante de la liquidación».
- Como hemos indicado, es a este último sistema al que se acoge el legislador en el artículo 153 bis LH, al autorizar a las partes para que la liquidación de la cantidad ejecutivamente exigible se determine como consecuencia de la liquidación efectuada unilateralmente por la entidad financiera «*en la forma convenida por las partes en la presente escritura*»; previsión, a nuestro juicio, coherente con el valor probatorio atribuido a los libros de los comerciantes (art. 31 C.Com.), la posibilidad de convenir *inter partes* la eficacia ejecutiva de la certificación unilateral de saldo (art. 1255 CC), la ineludible notificación de la misma al deudor con carácter previo al inicio del procedimiento hipotecario, y la posibilidad de oposición de este último de acuerdo con lo dispuesto en los cuatro últimos apartados del artículo 153 LH, argumentos todos ellos válidos con anterioridad a la reforma, y que han determinado a nuestro juicio la definitiva extensión por parte del legislador del procedimiento de integración extrarregistral del título ejecutivo ya previsto respecto de la hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito a la nueva hipoteca flotante.

6.3. ¿Admisibilidad de ejecución notarial de la hipoteca flotante?

Respecto a la posibilidad de ejecución de la hipoteca flotante a través del procedimiento sumario extrajudicial (notarial), entendemos que la respuesta nos la ofrecen sendos preceptos del Reglamento Hipotecario reguladores de esta modalidad ejecutiva. Así, establece el artículo 235.1 RH que «*la ejecución extrajudicial solo podrá aplicarse a las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones cuya cuantía aparezca inicialmente determinada, de sus intereses ordinarios y de demora liquidados de conformidad con lo previsto en el título y de los gastos de ejecución a que se refiere el artículo 236.k*». Por su parte, el artículo 236.a.2.b) RH, establece que el requirente debe aportar «*el documento o documentos que permitan determinar con exactitud el interés, ya sea directamente, ya a través de simples operaciones aritméticas, en los casos de hipoteca en garantía de créditos con interés variable*».

Vistos los preceptos legales de referencia, entendemos posible extraer las siguientes conclusiones:

- a) El artículo 235 RH únicamente permite canalizar a través del procedimiento ejecutivo extrajudicial las hipotecas constituidas, bien en garantía de obligaciones determinadas *ab initio*, bien en garantía de aquellas otras que, inicialmente indeterminadas, han tenido constancia registral con anterioridad a la ejecución (nota marginal del art. 143 LH). En definitiva, de lo que se trata es de que el Registro ofrezca información sobre la existencia, cuantía y exigibilidad del crédito o créditos garantizados (bien de modo directo, o bien indirectamente, con la realización de simples operaciones aritméticas, como se ha indicado respecto de los créditos con interés variable).
- b) En consecuencia, no cabe ejecución a través del procedimiento ejecutivo extrajudicial de hipotecas en garantía de obligaciones a cuya ejecución pueda oponerse el deudor por la vía del artículo 153 LH y que necesariamente ha de sustanciarse ante el Juez, único funcionario con potestad para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.
- c) Cabe cuestionarse, por último, la ejecutabilidad extrajudicial de las hipotecas formalizadas para aseguramiento de obligaciones inicialmente determinadas en cuanto a su cuantía, pero indeterminadas en relación al nacimiento de la relación obligatoria; duda que se acrecienta si se considera que es ejecutable a través del procedimiento extrajudicial la hipoteca en garantía de intereses moratorios, paradigma de garantía de obligaciones cuyo nacimiento es incierto, pero su cuantía determinable conforme a *simples operaciones aritméticas*. En estos supuestos, consideramos con CORDERO LOBA-

to (77) que para dicha ejecución será *conditio sine qua non* la práctica de la nota marginal del artículo 143 LH, pues en caso contrario el notario sería el encargado de calificar la suficiencia de los títulos ejecutivos aportados por el acreedor que documentasen la obligación garantizada, y dicha función se encuentra constitucionalmente reservada al Juez.

Para concluir, consideramos con AZOFRA (78) que, a la pregunta sobre si cabe ejecutar notarialmente una hipoteca flotante, la respuesta debe ser *depende*; si las obligaciones cuyo cumplimiento ejecutivo se pretende están determinadas *ab initio* o, no siendo así, han sido concretadas por medio de anotación marginal conforme al artículo 143 LH, no existe objeción alguna para proceder a la misma. En caso contrario, la ejecución notarial no será admisible.

6.4. *La ejecución parcial*

Cumple recordar en primer término que, con carácter general, la ejecución de una hipoteca, aun cuando solo sea por una parte del crédito garantizado vencido, determina su cancelación en el momento en que concluye el procedimiento de realización del bien (arts. 642 y 674 LEC; arts. 133 y 134 LH). En efecto, el acreedor puede ejercitar la acción hipotecaria para el cobro de la totalidad o solo una parte de los importes y conceptos adeudados, pero admitiendo la cancelación de la carga, aun cuando existan otros créditos no vencidos amparados por la cobertura hipotecaria, sin perjuicio de las posibilidades de reclamación de los mismos a través de los procedimientos que correspondan, para perseguir, al amparo de la responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del Código Civil, los restantes bienes del deudor (79).

Por excepción a la regla general expuesta en el párrafo precedente, cuando el deudor hipotecario no paga a su vencimiento una parte del capital del crédito o los intereses (quedando otra parte de la obligación hipotecariamente garantizada pendiente de vencimiento), el artículo 693 LEC, ofrece la posibilidad de ejecutar la hipoteca para que tras su pública subasta, se produzca

(77) Vid. CORDERO LOBATO, E., *La hipoteca global: la determinabilidad del crédito garantizado*, Centro de Estudios Registrales, 1997, págs. 222-223. En este mismo sentido se manifiesta AZOFRA, F., «Hipotecas flotantes», en *RCDI*, núm. 707, 2008, págs. 1236-1237.

(78) Vid. AZOFRA, F., «Hipotecas flotantes», en *RCDI*, núm. 707, 2008, págs. 1236-1237.

(79) Ello, claro está, sin perjuicio del derecho legalmente reconocido al ejecutante de solicitar la ampliación de la ejecución a los plazos de la misma obligación que, no estando vencidos en el momento de presentación de la solicitud de ejecución, vayan venciendo durante el procedimiento ejecutivo (art. 578 LEC).

su adjudicación al mejor rematante gravada con hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviere satisfecha, siempre que tal estipulación conste en la escritura de hipoteca y esté inscrita en el Registro (80). En el mismo sentido, el artículo 155 LH, en relación con el ejercicio de la acción hipotecaria por el impago de títulos nominativos o al portador hipotecariamente asegurados, cuando se mantengan pendientes de vencimiento otros títulos de la misma emisión, permite la ejecución de los vencidos, con subsistencia de la garantía hipotecaria por los restantes, sin que sea preciso en este supuesto pacto expreso al efecto.

Dicho lo anterior, entendemos que en esta materia es especialmente relevante el estudio de los siguientes supuestos:

- a) Aquellos casos en que, habiendo sido inicialmente constituida la hipoteca flotante a favor de un acreedor, concurren con posterioridad en la posición jurídico-activa una pluralidad de sujetos.
- b) Aquellos otros supuestos en los que sin existir pluralidad de acreedores, el acreedor hipotecario pretenda la ejecución parcial de la hipoteca por las cantidades efectivamente adeudadas, pero conservando su derecho de garantía respecto de las restantes obligaciones susceptibles de aseguramiento, sin perjuicio de la reducción del límite máximo garantizado en la cantidad concurrente con la suma obtenida en ejecución.

6.4.1. Ejecución parcial por existencia de pluralidad de acreedores

Los supuestos en los que se verifica una situación de cotitularidad activa en la garantía hipotecaria flotante han sido objeto de análisis en el apartado 2.3 precedente, a cuyo contenido nos remitimos íntegramente, recordando en este punto la especial incidencia que el carácter originario o sobrevenido de tal situación de pluralidad activa sobrevenida tiene en la cuestión relativa a admitir como jurídicamente posible la ejecución parcial de la hipoteca, en general, que, compartiendo la opinión de CORDERO LOBATO (81), considera-

(80) No obstante esta posibilidad, la práctica bancaria demuestra su falta de uso, pues suele pactarse en la escritura de constitución de la garantía, al amparo de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 692 LEC, como causa de vencimiento anticipado de la totalidad del crédito el impago de alguno de los plazos de pago del mismo, siempre que dicho pacto se contenga en la escritura de constitución hipotecaria, y el mismo haya sido objeto de inscripción en el Registro correspondiente. En tal sentido, vid. apartado 4.6.5.3 del presente estudio.

(81) Vid. CORDERO LOBATO, E., *La hipoteca global: la determinabilidad del crédito garantizado*, Centro de Estudios Registrales, 1997, págs. 228-229. Entiende esta autora que el artículo 1860 del Código Civil lo que prohíbe es que el gravamen pueda cancelarse con respecto a una parte de la finca o a una de las varias fincas hipotecadas, sin que, a su juicio,

mos admisible, por aplicación analógica del antiguo artículo 135 LH, cuyas previsiones, tras la entrada en vigor de la LEC 2000, han pasado a contemplarse en el artículo 692 de dicha norma.

Por tanto, concluida la posibilidad de ejecución parcial de una hipoteca con pluralidad sobrevenida de acreedores cuando sus relaciones, aun sobrevenidamente, se rigen por la parciariedad, resta interrogarse sobre la posibilidad de ejecutar parcialmente una hipoteca flotante, especie hipotecaria en la que, como hemos visto, la exacta determinación de la obligación u obligaciones garantizadas no se produce en el momento de constitución de la garantía, y en la que la existencia, cuantía y vencimiento de las obligaciones susceptibles de aseguramiento no tienen, de ordinario, constancia registral.

Para ello, siguiendo nuevamente la opinión de CORDERO LOBATO (82), consideramos preciso distinguir dos situaciones:

- a) Si la hipoteca está establecida a favor de varios acreedores, de modo originario o sobrevenido (como consecuencia de una subrogación parcial o una cesión parcial), y cada uno de ellos tiene asignada en garantía de sus respectivos créditos una parte en la responsabilidad hipotecaria máxima, cualquiera de los coacreedores está habilitado para instar la ejecución parcial hasta donde alcance su cuota de participación en la responsabilidad hipotecaria, quedando salvaguardado el derecho de los ejecutantes por la vía de la subsistencia de cargas del artículo 227 RH.
- b) Si la hipoteca está establecida a favor de varios acreedores, con independencia también del carácter originario o sobrevenido de la

nada impida que, pagada parte de la deuda, el acreedor consienta la cancelación parcial del *quantum* asegurado o se alcance dicha solución por una ejecución parcial. De otro lado, la objeción relativa a la posibilidad de que el acreedor ejecutante parcial, dada la subsistencia de cargas de los coacreedores no ejecutantes, salga perjudicado, no es admisible, pues no está obligado a entablar ejecución parcial, sino que ésta es simplemente una posibilidad. Y, finalmente, respecto del supuesto perjuicio ocasionado al dueño de la finca por la multiplicidad de ejecuciones, el mismo no existe, por cuanto que, tras el remate, el inmueble se adjudica, aun cuando la garantía subsista, y ante una nueva ejecución parcial, el propietario será, no el antiguo, sino el rematante, que conocía la preexistencia de cargas.

(82) Vid. CORDERO LOBATO, E., *La hipoteca global: la determinabilidad del crédito garantizado*, Centro de Estudios Registrales, 1997, págs. 229-231; AZOFRA, F., «Hipotecas flotantes», en *RCDI*, núm. 707, 2008, págs. 1228-1236. No obstante, debe indicarse que la opinión de esta autora parece haber sufrido un cambio, reflejado en el artículo que, conjuntamente con CARRASCO PERERA, ha publicado recientemente *La Ley*, titulado «el doble filo de la hipoteca global: *caveat creditori*» (*Diario La Ley*, núm. 6988, julio de 2008), al afirmar ambos autores que «la hipoteca global se extingue con la ejecución, aun cuando quede máximo no consumido, aunque quede plazo de duración no consumido, aunque queden obligaciones vencidas y no pagadas que no hayan sido objeto de reclamación en la ejecución hipotecaria. Conforme a los artículos 674 y 692.3 LEC y 133 y 134 LH, el juez expedirá mandamiento para la cancelación de la hipoteca en cuestión y de las cargas posteriores inscritas».

situación de pluralidad subjetiva, pero no existe asignación de cuotas a cada uno de ellos en la responsabilidad hipotecaria máxima, la ejecución parcial no será admisible, pues su ejercicio por uno de ellos determinaría un perjuicio para los demás, que verían reducido el límite máximo de responsabilidad hipotecaria en garantía de sus créditos, y sin que la regla del artículo 227 RH les otorgue protección alguna.

En estos supuestos, las relaciones entre acreedores, *ex* artículo 1139 del Código Civil, se regirán, a nuestro juicio, por las reglas de la comunidad de bienes, que no permiten a uno solo de los comuneros pueda servirse de la cosa común en perjuicio de los restantes (83) y, en consecuencia, su ejecución requeriría bien acuerdo unánime de todos los condueños, bien resolución judicial acordando la división de la cosa (en este caso, del derecho de hipoteca). No obstante, en este punto llamamos la atención sobre las siguientes cuestiones que se nos plantean:

- i) En primer lugar, en previsión de una futura ejecución parcial, ¿sería posible pactar en la propia escritura de hipoteca e inscribir en el Registro el modo de distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las distintas obligaciones garantizadas para el supuesto de su ejecución parcial? A nuestro juicio, el artículo 1255 del Código Civil nos otorga amparo, y la respuesta a la cuestión planteada ha de ser afirmativa, trasladándonos al primero de los supuestos comentados (esto es, existencia de una distribución de cuotas dentro del máximo garantizado). Así, si se pactase la distribución del máximo entre las obligaciones cuya ejecución parcial se interesa y las obligaciones subsistentes, la hipoteca flotante subsistiría en este último importe. Si por el contrario, se pactase la atribución, en caso de ejecución parcial, de un máximo determinado a cada una de las obligaciones garantizadas, la hipoteca flotante se transformaría en tantas hipotecas de tráfico como obligaciones se garanticen.
- ii) En segundo lugar, ¿sería lícito apoderar irrevocablemente al acreedor para que unilateralmente distribuya la responsabilidad no consumida por la ejecución parcial entre las obligaciones pendientes según su criterio, sin elevar su límite máximo? De este modo, el acreedor podría asignar la responsabilidad hipotecaria

(83) En tal sentido, ante una actitud obstruccionista por uno de los coacreedores que se encuentren en la situación antes indicada (ausencia de distribución de cuotas en la responsabilidad máxima), la única alternativa vendrá constituida por el ejercicio de la *actio communis dividundo*, conforme a lo dispuesto en el artículo 402 del Código Civil, pues ningún comunero puede ser obligado a permanecer en indivisión (art. 400 CC).

restante a todas ellas en su conjunto (subsistiendo la hipoteca flotante) o establecer parcelas de responsabilidad hipotecaria asociadas a cada una de las obligaciones garantizadas (en cuyo caso existirían tantas hipotecas de tráfico como obligaciones). A nuestro juicio, no existen objeciones a la admisibilidad de dicho pacto, sobre la base del reiterado principio de la autonomía de la voluntad, y de la inexistencia de perjuicio para el deudor o para los terceros acreedores, al moverse siempre la discrecionalidad apoderada dentro del marco constituido por el plazo, la responsabilidad hipotecaria máxima y la cláusula de globalización inicialmente convenidos en el título constitutivo de la hipoteca.

6.4.2. Ejecución parcial por existencia de obligaciones no vencidas. Pactos de vencimiento anticipado cruzado (*cross default agreement*)

Como hemos indicado anteriormente, la posibilidad de la ejecución parcial de la hipoteca flotante no se plantea únicamente en hipótesis de pluralidad de acreedores, sino también en aquellos supuestos en los que el acreedor hipotecario pretende la ejecución de la hipoteca por las cantidades efectivamente adeudadas, si bien conservando incólume su derecho de garantía respecto de las restantes obligaciones susceptibles de aseguramiento, sin perjuicio de la reducción del límite máximo garantizado en la cantidad concurrente con la suma obtenida en ejecución. En estas situaciones, es perfectamente posible a nuestro juicio la ejecución parcial de la hipoteca flotante, por aplicación analógica de la previsión contenida en el artículo 693 LEC, o la contemplada en el artículo 155 LH respecto de la hipoteca en garantía de títulos a la orden o al portador (84).

No obstante, ante las objeciones que en su caso esta ejecución parcial puede plantear, y como alternativa a aquélla, desde el punto de vista del acreedor hipotecario quizá resulte más prudente pactar en la escritura de constitución del gravamen el vencimiento anticipado de todas y cada una de las obligaciones garantizadas por la hipoteca flotante ante el incumplimiento de cualquiera de ellas, sean estas de titularidad única de un solo acreedor hipotecario, sean de

(84) Por el contrario, AZOFRA («Hipotecas flotantes», en *RCDI*, núm. 707, 2008, pág. 1230) indica que «*en sede específica de la hipoteca flotante, me parece difícil aplicar analógicamente las reglas previstas en los artículos 693 LEC y 155 LH (que parten de la absoluta correlación entre deuda y responsabilidad hipotecaria) para un supuesto de hecho distinto (indiferenciabilidad de las obligaciones garantizadas por la flotante) en ausencia de previsión contractual al efecto*». En el mismo sentido, se manifiestan en contra de dicha aplicación analógica, CARRASCO PERERA y CORDERO LOBATO [«El doble filo de la hipoteca global: *caveat creditori*», en *Diario La Ley*, núm. 6988, julio de 2008 (36908/2008)].

titularidad de una multiplicidad de ellos (situación común en procesos de refinanciación empresarial). Este pacto, conocido en la práctica anglosajona como *cross default* o *cross acceleration agreement*, celebrado con amparo en el artículo 693.2 LEC, y objeto de la correspondiente inscripción registral, faculta al acreedor o acreedores hipotecarios para proceder a ejecutar por la totalidad de la deuda garantizada, pese a que únicamente haya sido objeto de incumplimiento una pequeña parte de la misma (85).

En este sentido, hemos de recordar que la DGRN, al amparo de la nueva redacción del artículo 12 LH, tras la reforma operada por la Ley 41/2007, ha admitido recientemente la posibilidad de acceso al Registro de pactos de vencimiento anticipado en contratos bancarios (86). Como fácilmente puede apreciarse, la admisión de esta posibilidad es considerablemente más gravosa para el acreedor que proceder a la ejecución parcial de la garantía exclusivamente

(85) En la práctica bancaria, y especialmente en los procesos sindicados de refinanciación empresarial, cuando se establece contractualmente la posibilidad del vencimiento anticipado cruzado, para mitigar su extraordinario rigor, suele establecerse una cuantía mínima a la que deben ascender los incumplimientos de las obligaciones garantizadas (bien una cuantía fija, bien calculada estableciendo un porcentaje sobre el importe total de las obligaciones aseguradas).

(86) Vid. RRDGRN de 21 de diciembre de 2007 (EDD 2007/241202), 1 de febrero de 2008 (EDD 2008/6470) y 15 de marzo de 2008 (EDD 2008/10649), disponiendo esta última que «la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, que en su Exposición de Motivos proclama que las medidas contenidas en ella y dirigidas a impulsar el mercado hipotecario de préstamos hipotecarios “tienen por objeto precisar el contenido que haya de tener la inscripción del derecho real de hipoteca, evitando calificaciones registrales discordantes que impidan la uniformidad en la configuración registral del derecho que impone su contratación en masa”, añadiendo tal Exposición que “a tal fin se establece que en la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualesquiera que sea la naturaleza de estas y su duración”, de donde “las demás cláusulas financieras, tales como las relativas al vencimiento anticipado, garantizadas por hipoteca, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización, pero ello siempre que se haya obtenido la calificación registral favorable de las cláusulas de contenido real”.

La conclusión lógica de esa voluntad del legislador es que, respecto de la hipoteca, sea quien sea el acreedor en cuyo favor se haya constituido y como regla general, el registrador solo puede calificar y, por tanto inscribir si su calificación es favorable, las cláusulas de trascendencia jurídico real inmobiliaria que son el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración (art. 12, párr. primero de la LH).

Lo que sucede es que como excepción y, resultando aconsejable para el tráfico jurídico por la publicidad con efectos de mera noticia que dimana del asiento registral, respecto de las cláusulas que carecen de dicho contenido real, la Ley 41/2007 en la modificación del artículo 12 de la LH ha incluido un párrafo segundo que permite que, respecto de las hipotecas constituidas a favor de las entidades financieras a que se refiere la Ley 2/1981, de 25 de marzo, además puedan hacerse constar en el Registro las cláusulas financieras, incluidas las de vencimiento anticipado, aun cuando carezcan de trascendencia real inmobiliaria y queden extramuros de la calificación».

por la cantidad vencida, lo que supone una razón adicional en orden a admitir su procedencia (87).

7. LA EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA FLOTANTE

Conforme nos indica ROCA SASTRE (88), «*la hipoteca es un derecho o relación que dentro del mundo jurídico nace, vive y muere*». En consecuencia, habiendo analizado hasta este punto los requisitos de constitución de la hipoteca flotante, así como su régimen de transmisión y ejecución, resta finalmente abordar la cuestión relativa a la desaparición del referido derecho real del mundo jurídico, y, finalmente, al modo en que dicha circunstancia adquiere reflejo registral.

En cuanto al régimen jurídico de la extinción de la hipoteca flotante, es plenamente aplicable en este punto la tradicional distinción doctrinal, ya apuntada por CHICO Y ORTIZ (89), en función de la vinculación o no de la hipoteca con las vicisitudes sufridas por la obligación garantizada, si bien algunas de sus categorías sufren ciertas alteraciones por las particulares características objetivas de la hipoteca objeto de análisis. Así:

- a) En primer lugar, analizaremos las causas de extinción de la hipoteca como consecuencia de la extinción de las obligaciones garantizadas.
- b) A continuación abordaremos las causas de extinción de la hipoteca que operan con independencia de la suerte que sufran los créditos objeto de aseguramiento.

7.1. *La extinción de la hipoteca flotante por extinción de la obligación garantizada*

Por regla general, y sin perjuicio de las matizaciones que se indicarán posteriormente respecto de la flotante, la hipoteca se extingue por la extinción de las obligaciones garantizadas como consecuencia del acaecimiento de cualquiera de las circunstancias contempladas en el artículo 1156 del Código Civil. De entre ellas, la condonación de la deuda, la compensación, y la novación no presentan mayores peculiaridades en su aplicación a la hipoteca global. Por ello, cumple centrar la cuestión respecto del pago como causa de extinción de la hipoteca flotante, y las diferencias del régimen jurídico en esta materia

(87) Vid. AZOFRA, F., «Hipotecas flotantes», en *RCDI*, núm. 707, 2008, pág. 1236.

(88) Vid. ROCA SASTRE, R. M., *Derecho Hipotecario*, IV, 2.º, 6.ª ed., 1968, pág. 1101.

(89) Vid. CHICO Y ORTIZ, J. M., *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, II, 3.ª ed., 1994, págs. 1692-1697.

con la hipoteca ordinaria o de tráfico. En efecto, como consecuencia directa del principio de accesoriedad, el pago de la obligación garantizada es la causa de extinción más habitual de las hipotecas de tráfico, por cuanto que la extinción por pago de la obligación garantizada lleva inexorablemente aparejada la extinción de los derechos de garantía a ella asociados (90).

En la hipoteca flotante, durante la fase de seguridad, y a diferencia de lo que sucede en las hipotecas de tráfico, la suma máxima que se garantiza hipotecariamente no se ve reducida por cada uno de los pagos que de los créditos asegurados efectúe el deudor hipotecario, pues éste ha ofrecido al acreedor hipotecario una garantía real para aseguramiento de una multiplicidad indiferenciada de obligaciones, nacidas y/o futuras, respetando el límite de la cantidad máxima establecida en el título constitutivo de la misma (91). Por el contrario, el acreedor verá reducida la cuantía máxima de la que la finca responde hipotecariamente en garantía de la totalidad de las obligaciones comprendidas dentro de la cláusula de globalización si el pago efectuado por el deudor es consecuencia de la realización de la garantía; esto es, de la transición de la hipoteca flotante desde la fase de seguridad hacia la fase de ejecución o realización forzosa. Pero resulta que, llegado el caso expuesto, el pago realizado como consecuencia de la realización de la garantía no es causa de extinción de la hipoteca como consecuencia de la extinción por pago de la obligación u obligaciones garantizadas, sino porque dicho pago se ha llevado a cabo a través de la realización forzosa del derecho de hipoteca (salvo que se admita la posibilidad de ejecución parcial) (92).

Efectuadas las anteriores consideraciones, consideramos que, en relación con las consecuencias jurídicas del pago del crédito garantizado respecto de la extinción del derecho de hipoteca, ha de distinguirse según el mismo sea llevado a cabo por el deudor o por un tercero (hipotecante no deudor o tercer poseedor), y en el primero de los supuestos (pago por el deudor), si se efectúa en fase de seguridad o en fase de realización de la garantía:

- a) Si el pago lo efectúa el deudor en fase de seguridad, como ya hemos indicado, no se produce la correlativa extinción de la hipoteca flotante, que continuará garantizando los créditos que en el futuro existan entre acreedor y deudor, dentro de los términos de la cláusula de

(90) Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que, por excepción, existen algunos supuestos donde el pago de la obligación garantizada no supone extinción del derecho de hipoteca. Así, a título de ejemplo, vid. artículo 118.II LH.

(91) Ello sucede no solo en la hipoteca flotante, objeto de estudio, sino en todas las hipotecas en garantía de obligaciones inicialmente indeterminadas, pero determinables *ex* artículo 1273 del Código Civil. Por ejemplo, en la hipoteca en garantía de intereses variables o intereses de demora, el máximo de responsabilidad hipotecaria no está en función de los intereses de cada clase efectivamente devengados, sino de los que, en el momento de realización de la garantía estén vencidos e impagados.

(92) Vid. apartado 2.6.4 del presente estudio.

globalización, y respetando, en todo caso, el plazo y la suma máxima garantizada.

- b) Si el pago lo efectúa el deudor en fase ejecutiva, salvo que se admita como posible la ejecución parcial de la garantía, se produce la extinción del derecho de hipoteca, si bien, como se ha indicado, no por pago de la obligación garantizada, sino por realización judicial de la misma.
- c) Con independencia de que el pago se efectúe en fase de seguridad o de ejecución de la garantía, si éste lo efectúa el hipotecante no deudor o, en su caso, el tercer poseedor del bien hipotecado, se produce la extinción de la hipoteca flotante, puesto que el pago no es realizado por éstos para continuar con la relación de aseguramiento, sino para extinguir el gravamen hipotecario; esto es, el tercer poseedor o el hipotecante no deudor que paga no tiene interés alguno en que se le conceda crédito futuro al deudor hipotecario, sino que la única finalidad del pago es la liberación de una carga que pesa sobre un bien de su propiedad. En el supuesto de que las obligaciones garantizadas no se encuentren vencidas y, en consecuencia, no sean exigibles, entendemos que dicha cantidad deberá ser consignada hasta que se produzca el vencimiento, quedando afecta a dicho pago por el principio de subrogación real (interpretando analógicamente el art. 110.2.º LH). A tal efecto, entendemos asimismo que no plantea especiales inconvenientes en cuanto a licitud el pacto de conversión, total o parcial, de la hipoteca global en prenda sobre los derechos de crédito derivados del pago por tercero para la extinción de la hipoteca flotante.

7.2. La extinción de la hipoteca flotante por causas independientes de la extinción de las obligaciones garantizadas

Como hemos recordado, la hipoteca flotante también puede extinguirse por causas independientes de la extinción de la obligación asegurada en los diversos supuestos contemplados en el artículo 1156 del Código Civil. Analicemos a continuación que supuestos integran dichas causas:

- a) El convenio entre deudor y acreedor (93) para extinguir la hipoteca flotante o la renuncia a dicha garantía por parte del acreedor hipotecario, siempre ello no encierre fraude para los derechos de terceros (*ex art. 6.2 CC*).

(93) Debe entenderse incluida dentro de esta causa de extinción la cesión total de los créditos nacidos (y, en su caso, futuros) garantizados excluyendo por pacto entre cedente y cesionario la correlativa transmisión de la garantía.

- b) La pérdida de la cosa hipotecada (94). No obstante, en supuestos de pérdida de objeto hipotecado que se encuentre asegurado o como consecuencia de un procedimiento de expropiación forzosa, las cantidades percibidas quedarán afectas, por vía de subrogación real, a las responsabilidades aseguradas por la de la hipoteca flotante (art. 110.2.º LH).
- c) La ejecución de la garantía que, para ROCA SASTRE (95) supone un modo natural de extinción de la hipoteca cuando por impago de la obligación garantizada se produce la ejecución forzosa de la garantía. En tales supuestos, salvo que se produzca un supuesto de ejecución parcial y la hipoteca subsista por la diferencia entre el importe ejecutivamente obtenido y la suma máxima garantizada (vid. art. 693.1 LEC), la ejecución de la garantía determina su cancelación (arts. 674 LEC y 134 LH).
- d) La purga de las inscripciones registrales posteriores por realización forzosa de garantías o derechos con preferencia registral a la hipoteca flotante, si ésta se encuentra en tal situación jurídica (arts. 674 LEC y 134 LH).
- e) La confusión de derechos, por confluir en un mismo sujeto la propiedad de la finca hipotecada y la titularidad activa de la hipoteca, pues en nuestro Derecho no se admite la existencia de una hipoteca sobre cosa propia (96). Es por ello que el pago efectuado por el hipotecante no deudor o el tercer poseedor no comporta en ningún caso subrogación en la hipoteca contra el deudor, sin perjuicio del derecho de crédito que contra éste aquéllos ostenten.
- f) La extinción por prescripción o caducidad del derecho de hipoteca, que analizaremos a continuación.

7.3. *La extinción por prescripción de la hipoteca flotante*

El régimen jurídico vigente en materia de prescripción del derecho de hipoteca es el establecido en los artículos 128 LH y 1964 CC, cuando deter-

(94) Aun cuando se trata de un supuesto extintivo contemplado por el artículo 1156 del Código Civil, se trata de un supuesto de extinción de la hipoteca por causa independiente de la extinción de la obligación garantizada.

A título de ejemplo, se extingue la hipoteca por extinción del usufructo gravado (art. 107.1.º LH), por extinción de la hipoteca gravada (art. 107.4.º LH), por extinción o caducidad de las concesiones administrativas gravadas (art. 107.6.º LH), por pérdida del hipotecante del bien litigioso gravado (art. 107.9.º LH), por cumplimiento de la condición resolutoria de rango preferente en negocio sobre el bien gravado (art. 107.10.º LH).

(95) Vid. ROCA SASTRE, R. M., *Derecho Hipotecario*, IV, 2.º, 6.ª ed., 1968, pág. 1109.

(96) Vid. CHICO Y ORTIZ, J. M., *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, II, 3.ª ed., 1994, pág. 1696.

minan la prescripción de la acción hipotecaria por el transcurso del plazo de veinte años. La diferencia del mismo con el plazo general de quince años para la prescripción de las acciones civiles que no tengan señalado uno específico, ha sido objeto de múltiples interpretaciones por parte de la doctrina, cuya exposición prolija excedería objetivamente las pretensiones del presente estudio (97), si bien puede indicarse, aun cuando sea someramente, siguiendo a GÓMEZ GÁLLIGO (98), que ha habido posicionamientos: «*desde quién defiende que en tanto subsista la hipoteca no se puede producir el ejercicio aislado e independiente de la acción personal (LALAGUNA); pasando entre quienes distinguen entre las relaciones entre el acreedor y el deudor que se regirán por el plazo de prescripción de las acciones personales, y las acciones entre el acreedor y el tercer poseedor, que se regirán por el plazo de veinte años (REGLERO CAMPOS); hasta quienes sostienen que, prescrita la acción personal, solo puede ejercitarse la acción real sobre los bienes hipotecados, sin posibilidad de ejecutar otros bienes (DÍEZ PICAZO)*».

En este mismo orden de cosas, a nuestro entender resulta especialmente interesante la interpretación efectuada por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (99), para quien «*el derecho de hipoteca puede quedar extinguido por prescripción de dos modos: por vía de consecuencia, es decir, cuando prescriba el crédito; o por vía directa, cuando aunque persista el crédito, prescriba, sin embargo, el derecho real*». Indica el referido autor que: «*esto guarda armonía con la naturaleza del derecho de hipoteca: como es un derecho accesorio no puede existir sin el crédito y se extingue y prescribe con el crédito; pero también como el derecho de hipoteca en sí es un propio derecho subjetivo, puede extinguirse y prescribir con independencia*».

No obstante, este último no es el parecer que recientemente ha mostrado la Jurisprudencia, pues la STS de 10 de diciembre de 2007 (100), tratándose de créditos hipotecariamente garantizados, considera aplicable el plazo de prescripción de veinte años tanto a la hipoteca como al crédito, al entender que la existencia de una hipoteca como garantía de un crédito le otorga a este último un régimen jurídico distinto, extensivo al instituto de la prescripción.

Antes de finalizar el apartado relativo a la extinción por prescripción de la hipoteca flotante, cumple abordar el análisis de los especiales problemas que

(97) Sobre las distintas posturas doctrinales existentes, vid. nota al pie, núm. 85.

(98) Vid. GÓMEZ GÁLLIGO, J., «La reforma hipotecaria desde la perspectiva del Ministerio de Justicia», en *RDCI*, núm. 702, 2007, págs. 1673-1674.

(99) Vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, Madrid, 2.ª ed., 1986, págs. 458-459.

(100) Sentencia número 1331/2007, recurso 4154/2000, *EDJ* 2007/233280. Haciendo referencia a una resolución precedente del Alto Tribunal, de 8 de noviembre de 1960, analiza un supuesto en el que, iniciado el cómputo de la prescripción, el acto interruptivo de ésta se produjo cuando habían transcurrido más de quince años, pero sin llegar a los veinte.

esta modalidad hipotecaria plantea como consecuencia de la indeterminación inicial de las concretas obligaciones objeto de aseguramiento. En efecto, como consecuencia de la falta de constancia registral de las concretas obligaciones garantizadas, el Registro no otorga publicidad a la fecha de vencimiento de las mismas, momento a partir del cual se inicia el cómputo del plazo de prescripción de la acción hipotecaria (y de la acción personal). Por tanto, quien pretenda aducir como excepción material la prescripción de la acción para exigir el cumplimiento de la obligación garantizada, deberá acreditar extrarregistralmente tanto su vencimiento cuando el transcurso del plazo prescriptivo correspondiente, y ello respecto de todas las obligaciones susceptibles de ser aseguradas a través de la hipoteca flotante.

7.4. *La extinción por caducidad de la hipoteca flotante*

A diferencia de lo que sucede en materia de anotaciones preventivas, donde existe una regulación específica de la caducidad en el artículo 86 LH, hasta la reforma del RH efectuada por el Real Decreto 1867/1998, no existía en nuestro Derecho una regulación de la caducidad de los asientos registrales (101). Por lo que al derecho de hipoteca respecta, solo se contemplaba un plazo de caducidad para la hipoteca de constitución unilateral (art. 141.II LH) y para la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas (art. 157.IV LH).

Con la nueva redacción reglamentaria, el artículo 177 RH pasó a disponer que *«los asientos relativos a derechos que tuvieran un plazo de vigencia para su ejercicio convenido por las partes, se cancelarán por caducidad transcurridos cinco años tras su vencimiento, salvo caso de prórroga legal, y siempre que no conste asiento alguno que indique haberse ejercitado el derecho, modificado el título, o formulado reclamación judicial sobre su cumplimiento. Del mismo modo se procederá respecto (...) de las hipotecas en garantía de cualquier clase de obligación, cuando hayan transcurrido, salvo que las partes pacten un plazo más breve (...) veinte años en el caso de las hipotecas, contados desde el día en que la prestación cuyo cumplimiento se garantiza debió ser satisfecha en su totalidad según el Registro»*. No obstante, esta regla ha sido objeto de anulación por la STS de 31 de enero de 2001 (RJ 1083), de suerte tal que esta materia, en la actualidad, continúa carente de régimen jurídico expreso.

Ahora bien, pese a la referida ausencia de regulación legal expresa, no solo no era discutida la posibilidad de establecer un plazo de caducidad convencional respecto del derecho de hipoteca en general, sino que, respecto de

(101) Ello a salvo de las reglas transitorias contenidas en la DT 3.ª LH, respecto de hipotecas constituidas con anterioridad al 1 de enero de 1945.

la flotante, dicho extremo ha sido elevado a la condición de mención inexcusable en la escritura de constitución con la reforma introducida por la Ley 41/2007 pues, como pone AZOFRA (102) de manifiesto, «*resulta necesario fijar un plazo máximo a la hipoteca, en beneficio de los titulares registrales posteriores sobre el bien, así como de los acreedores del dueño (hipotecarios o no) que posibilite el ejercicio de acciones de caducidad y que impida, en consecuencia, la amortización perpetua del bien hipotecado a favor del acreedor hipotecario*». En tal sentido, el transcurso del plazo de duración de la hipoteca flotante constituye, a nuestro juicio, un supuesto de extinción de la hipoteca flotante por caducidad.

Además, hemos de recordar en este punto lo manifestado respecto a la posibilidad de que el deudor, aun cuando no se haya cumplido el plazo citado, pueda proceder a extinguir la hipoteca flotante cuando las obligaciones garantizadas hayan sido totalmente satisfechas y no sea posible el nacimiento de otras, bien porque no fue contemplado en la cláusula de globalización, bien porque para ello sea preciso un nuevo consentimiento contractual y medie renuncia irrevocable al mismo por una de las partes obligadas a prestarlo (103); posibilidad esta de la que dispondría, no por virtud de la caducidad de la hipoteca, sino como consecuencia del cumplimiento de la totalidad de las obligaciones garantizadas y la imposibilidad de nacimiento de otras futuras susceptibles de aseguramiento a través de dicha garantía real.

Al contemplar el artículo 153 bis LH como obligatoria la indicación de un plazo de duración de la hipoteca flotante, entendemos (104) que la caducidad debe operar de un modo automático, sin necesidad de establecer un plazo específico para que tenga reflejo registral el inicio de la ejecución instada con anterioridad por el acreedor; margen temporal exigido en alguna ocasión por la DGRN (105) y que carece a nuestro juicio de todo fundamento, pues las normas que permiten la cancelación de asientos por el transcurso de un plazo de caducidad no incorporan requisito adicional alguno (106).

(102) Vid. AZOFRA, F., «Hipotecas flotantes», en *RCDI*, núm. 707, 2008, pág. 1208.

(103) Vid. apartados 2.5.3.2 y 2.4.2.3 del presente estudio.

(104) En este punto nos parece razonable la opinión mostrada por CORDELO LOBATO, en CARRASCO PERERA, M.; CORDERO LOBATO, E., y MARÍN LÓPEZ, M. J., *Tratado de los derechos de garantía*, Aranzadi, 2002, pág. 657.

(105) Vid. RDGRN de 22 de junio de 1995 (*EDD* 1995/4172).

(106) Así puede verse, a título de ejemplo, respecto de las menciones de derechos legitimarios (arts. 15 LH y 85 RH), respecto de las anotaciones preventivas (arts. 86 LH y 206.13 RH).

8. LA CANCELACIÓN DE LA HIPOTECA FLOTANTE

8.1. *Cancelación de la hipoteca flotante por extinción de las obligaciones garantizadas*

8.1.1. Cancelación instada por el deudor (107)

Para finalizar el presente estudio, analizaremos de qué modo puede el deudor del bien hipotecado, una vez producida la extinción de la obligación u obligaciones garantizadas por cualquiera de las causas analizadas en los apartados precedentes, conseguir la cancelación registral, total o parcial, de la hipoteca flotante.

En tal sentido, recuerda ROCA SASTRE que la cancelación no es una de las causas por las cuales se produce la extinción del derecho de hipoteca, sino que es la consecuencia registral de su extinción; el acto jurídico-formal por virtud del cual se extingue el asiento registral correspondiente (108). Así, según el artículo 79 LH, podrá pedirse y deberá ordenarse en su caso la cancelación total de un asiento «*cuando se extinga por completo (...) el derecho inscrito*». Por lo tanto, de lo que se trata con la cancelación es adecuar la realidad registral a las vicisitudes sufridas por la hipoteca en el mundo extra tabular, de modo tal que la extinción de la garantía es condición previa para la cancelación de la misma.

De acuerdo con lo previamente manifestado en cuanto a la extinción de la hipoteca flotante por extinción de las obligaciones garantizadas, en sede de cancelación de la misma a instancia del deudor, habremos de distinguir según aquélla se interese total o parcialmente:

- a) Respecto de la cancelación total de la hipoteca flotante a instancia del deudor, cumple indicar que si las obligaciones extinguidas son las únicas garantizadas, y conforme a las reglas de integración de la cobertura, bien no es posible que nazcan más o, si ello es posible, bien resulta preciso para su nacimiento el concurso de nuevos consentimientos contractuales prestados por acreedor y deudor, y media renuncia irrevocable de alguno de ellos en tal sentido, se produciría la extinción del derecho de hipoteca por extinción total de las obligaciones por aquélla aseguradas; no obstante, por imperativo de

(107) Respecto de esta materia, vid. ROCA SASTRE, R. M., *Derecho Hipotecario*, IV, 2.º, 6.ª ed., 1968, págs. 1101-1131; CHICO Y ORTIZ, J. M., *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, II, 3.ª ed., 1994, págs. 1697-1703; CARRASCO PERERA, M.; CORDERO LOBATO, E., y MARÍN LÓPEZ, M. J., *Tratado de los derechos de garantía*, Aranzadi, 2002, págs. 658-670.

(108) Vid. ROCA SASTRE, R. M., *Derecho Hipotecario*, IV, 2.º, 6.ª ed., 1968, págs. 1101-1102; CARRASCO PERERA, M.; CORDERO LOBATO, E., y MARÍN LÓPEZ, M. J., *Tratado de los derechos de garantía*, Aranzadi, 2002, págs. 658-659.

lo preceptuado en los artículos 82 LH y 179 RH, su cancelación registral exigirá el consentimiento del acreedor hipotecario o, en su defecto, la obtención de sentencia judicial firme ordenando, por la concurrencia de la situación fáctica expuesta, la cancelación del correspondiente asiento registral.

- b) En lo que a la cancelación parcial de la hipoteca global a instancia del deudor, debe recordarse, en los términos antes expuestos, que la extinción de obligaciones potencialmente asegurables hipotecariamente no determina, al amparo de dicha figura, la reducción de la responsabilidad hipotecaria pactada, salvo que tal extinción se haya efectuado mediante la realización de la hipoteca, en cuyo caso ésta se extingue totalmente por su ejercicio (salvo, como hemos indicado, que se admita la posibilidad de ejecución parcial de la garantía). Por otra parte, ha de recordarse asimismo que, por virtud de lo dispuesto en el artículo 122 LH, *«la hipoteca subsistirá íntegra, mientras no se cancele, sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la obligación garantizada»*, de forma que, salvo pacto en contrario, la extinción parcial de las obligaciones garantizadas, no constituye, ni siquiera en las hipotecas de tráfico causa para la cancelación parcial del derecho de garantía (109), a salvo de lo dispuesto en el artículo 124 LH para los supuestos de pago parcial de un crédito hipotecariamente garantizado con distribución de responsabilidad hipotecaria sobre varias fincas (110).

8.1.2. Cancelación instada por el tercer poseedor o por el hipotecante no deudor

Conforme hemos indicado previamente, cuando no es el deudor, sino el hipotecante no deudor o el tercer poseedor de la finca hipotecada quién paga las obligaciones aseguradas, la suma máxima de responsabilidad hipotecaria se extingue en cuantía equivalente al importe pagado. De este modo, si la cantidad pagada por el hipotecante no deudor o por el tercer poseedor de la finca hipotecada no alcanza a cubrir el importe total de la cifra máxi-

(109) Vid. CARRASCO PERERA, M.; CORDERO LOBATO, E., y MARÍN LÓPEZ, M. J., *Tratado de los derechos de garantía*, Aranzadi, 2002, pág. 653.

(110) En concreto, dispone el artículo 124 LH que: *«dividida la hipoteca constituida para la seguridad de un crédito entre varias fincas, y pagada la parte del mismo crédito con que estuviere gravada alguna de ellas, se podrá exigir por aquel a quien interese la cancelación parcial de la hipoteca en cuanto a la misma finca. Si la parte de crédito pagada se pudiere aplicar a la liberación de una o de otra de las fincas gravadas por no ser inferior al importe de la responsabilidad especial de cada una, el deudor elegirá la que haya de quedar libre»*.

ma de responsabilidad hipotecaria, ésta se reducirá en la cantidad concurrente, pudiendo el tercero exigir la cancelación parcial de la garantía; en el otro supuesto; esto es, cuando el pago equivalga a la responsabilidad hipotecaria total, el tercero podrá exigir la cancelación íntegra del gravamen.

En ambos supuestos, si el acreedor no concurre voluntariamente al otorgamiento de dicha cancelación, total o parcial, el tercero deberá obtener sentencia judicial firme ordenando la inscripción de la cancelación (art. 82 LH), previa acreditación en juicio ordinario del hecho del pago realizado.

8.2. *La cancelación de la hipoteca flotante por causas independientes de la extinción de las obligaciones garantizadas*

Respecto de la cancelación de la hipoteca flotante por causas independientes de las obligaciones garantizadas, no existen en esta modalidad hipotecaria diferencias respecto al régimen jurídico general de la cancelación de las hipotecas de tráfico, de suerte tal que la constancia registral de tal cancelación requerirá, bien acuerdo de las partes en tal sentido, bien sentencia judicial firme dictada tras juicio declarativo ordinario en el que hayan sido objeto de cumplida prueba las circunstancias determinantes de la cancelación del derecho real (art. 82 LH).

Ahora bien, en relación con la cancelación de la hipoteca por extinción de la misma como consecuencia de la existencia de prescripción, valga lo señalado anteriormente (111) respecto a los especiales problemas que en esa cuestión plantea la modalidad hipotecaria objeto de estudio, como consecuencia de la indeterminación inicial de las concretas obligaciones objeto de aseguramiento, pues al no otorgar el Registro publicidad a la fecha de vencimiento del crédito o créditos garantizados, fecha que determina el *dies a quo* para el cómputo de plazo de prescripción de la acción hipotecaria, quien pretenda aducir como excepción material la prescripción deberá acreditar por medios extrarregistrales tanto el vencimiento de los créditos hipotecarios garantizados, cuando el transcurso del plazo prescriptivo correspondiente, y ello respecto de todas las obligaciones susceptibles de aseguramiento por la hipoteca flotante.

Para finalizar, en cuanto a la posibilidad de cancelación por extinción de la hipoteca como consecuencia del transcurso del plazo de caducidad pactado en el título constitutivo, cumple indicar que el transcurso del plazo de duración de la hipoteca que obligatoriamente debe establecerse en la escritura de constitución de la misma, según el artículo 153 bis LH, y que opera, a nuestro juicio, tal y como se ha indicado, como plazo de caducidad, determinará la

(111) Vid. apartado 7.3 del presente estudio.

posibilidad de cancelación de la hipoteca flotante sin necesidad de obtener bien el consentimiento del acreedor, bien sentencia judicial firme ordenando la cancelación, exigidos por el párrafo 1.º del artículo 82 LH (y 174 RH), por cuanto que dicho precepto dispone a continuación en su párrafo 2.º que «*podrán, no obstante, ser canceladas sin dichos requisitos cuando el derecho inscrito o anotado quede extinguido por declaración de la ley o resulte así del mismo título en cuya virtud se practicó la inscripción o anotación preventiva*» (112). Se facilita así al deudor la cancelación del gravamen, liberándolo de la carga de prueba alguna, al producirse aquella como consecuencia de un dato, el plazo, dotado de publicidad registral directa.

III. CONCLUSIONES

I. La reforma hipotecaria introducida por la Ley 41/2007 ha supuesto la definitiva admisión en nuestro Derecho de la hipoteca flotante. Se trata de una hipoteca en la que únicamente pueden ser acreedores hipotecarios entidades financieras y Administraciones Públicas (en este último caso, solo para garantizar créditos tributarios y de Seguridad Social), y que otorga aseguramiento a «*una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras, sin necesidad de pacto novatorio de las mismas*». No existen para el deudor limitaciones similares a las configuradas respecto del acreedor hipotecario, pese a que fue una cuestión debatida en el trámite parlamentario de la norma.

II. Las novedades más significativas se introducen en cuanto al objeto de la garantía hipotecaria flotante, al permitir el aseguramiento de múltiples obligaciones, sin conexión causal, ni entre sí ni con una pretendida relación jurídica previa existente al tiempo del aseguramiento, siendo suficiente que en la escritura de constitución de la hipoteca flotante se identifique «*la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivarse en el futuro las obligaciones garantizadas*». Asimismo, y por imperativo legal, habrá de determinarse en el título constitutivo de la hipoteca flotante la cantidad máxima de que responda la finca, el plazo de duración de la hipoteca y la forma de cálculo del saldo final líquido garantizado.

III. En cuanto al régimen jurídico de la cesión y subrogación convencional:

(112) Vid. CARRASCO PERERA, M., y CORDERO LOBATO, E., «El doble filo de la hipoteca global: *caveat creditori*», en *Diario La Ley*, núm. 6988, julio de 2008 (36908/2008). Exponen estos autores el peligro que, a su juicio, supone la falta de establecimiento de un límite, tanto a la duración de la hipoteca flotante, como al máximo de responsabilidad, pues en situaciones de necesidad crediticia del deudor, los concedentes de crédito es probable que pretendan imponer sus condiciones contractuales, de ordinario, gravosas para el deudor asfixiado económicamente.

- a) Si se transmiten todos los créditos nacidos y futuros susceptibles de aseguramiento, la hipoteca, bien se transmite junto con los mismos, bien se extingue. Operada la transmisión el cesionario (o el *solvens*) podrá asegurar las obligaciones que en el futuro constituya con el deudor dentro de los parámetros establecidos en la cláusula de globalización contenida en la escritura de constitución de la garantía. Respecto a la integración en la garantía de créditos ya nacidos al tiempo de la cesión que el cesionario tuviese contra el deudor, éste podrá oponerse a que aquél extienda la cobertura hipotecaria cedida por importe superior al de los créditos garantizados existentes entre cedente y deudor, *ex* artículo 1198 del Código Civil.
- b) Si se produce transmisión parcial de la obligación garantizada, junto con la garantía, deberá establecerse en la escritura de cesión una distribución de la responsabilidad hipotecaria entre los créditos transmitidos al cesionario (o al *solvens*) y los retenidos por el cedente (o *accipiens*). La situación de pluralidad subjetiva en la posición activa de la relación jurídico-hipotecaria planteará dificultades en cuanto a la ejecución de la garantía.
- c) Finalmente, es posible la cesión de la hipoteca flotante con independencia de que no se transmita crédito actual alguno, para que el cesionario proceda a garantizar, dentro de las reglas de integración de la cobertura convenidas por cedente y deudor en el título constitutivo de la garantía, las obligaciones que en el futuro celebre con el deudor. Respecto de la posibilidad de aseguramiento de obligaciones ya nacidas al tiempo de la cesión, idéntico derecho de oposición corresponderá al deudor *ex* artículo 1198 del Código Civil.

IV. En cuanto a la subrogación legal, la misma siempre implica la transmisión de la garantía, sin que el *accipiens* pueda aducir que no tenía intención de incorporar dicha obligación a la relación de aseguramiento.

Si la cláusula de globalización únicamente contempla créditos nacidos, y la subrogación opera respecto de todos ellos, el *solvens* pasará a ser titular único de la garantía. Por el contrario, si la cláusula de globalización comprende créditos nacidos y/o futuros, o exclusivamente futuros, el *accipiens* seguirá conservando la posibilidad de garantizar créditos encuadrables en la cláusula de globalización, siendo preciso establecer la proporción en que estarán garantizados los créditos subrogados y los que el *accipiens* pueda ostentar.

V. Consideramos posible la ejecución de la hipoteca flotante a través del proceso judicial sumario de los artículos 681 y siguientes LEC, siempre que bien el título ejecutivo documente una obligación existente, líquida y vencida, bien se proceda a su integración extrarregistral a través de la certificación unilateral del saldo por la entidad financiera.

Consideramos posible la ejecución de la hipoteca flotante a través del procedimiento de venta extrajudicial únicamente cuando la obligación garantizada tenga constancia registral, bien desde un inicio, bien porque se ha procedido con carácter previo a la ejecución a practicar la nota marginal del artículo 143 LH.

Consideramos posible la ejecución parcial de la hipoteca flotante por obligaciones no vencidas, efectuando una aplicación analógica de los artículos 693.2 LEC y 155 LH, conservando parcialmente la misma por el remanente del importe máximo de responsabilidad hipotecaria para las restantes obligaciones garantizadas.

Respecto a la posibilidad de ejecución parcial de la hipoteca flotante instada, en una situación de pluralidad subjetiva en la posición acreedora, hemos de concluir: *a)* Si la solidaridad rige las relaciones entre cotitulares, cualquiera de ellos podrá ejercitar la garantía por el todo; *b)* si lo que está establecido es una situación de comunidad de bienes, sin distinción de cuotas de participación en la garantía, será preciso el consentimiento unánime de todos los comuneros para el ejercicio de los derechos asociados a la garantía compartida; finalmente; *c)* si se trata de una relación parciaria, en la que está determinada la participación de cada condueño en la garantía, es posible la ejecución parcial de la hipoteca, con aplicación de la regla contenida en el artículo 227 RH.

En relación con la ejecución parcial, consideramos lícito el pacto por virtud del cual se convenga un modo de distribución de responsabilidad hipotecaria para el supuesto de ejecución parcial de las obligaciones garantizadas, estableciendo en previsión de una futura ejecución parcial, los criterios para distribuir la responsabilidad entre todas las obligaciones garantizadas (ejecutadas y no ejecutadas). Asimismo, entendemos lícito que en la escritura de constitución de la hipoteca se apodere irrevocablemente al acreedor hipotecario para que distribuya la responsabilidad no consumida por la ejecución parcial entre las obligaciones pendientes según su criterio, sin elevar su límite máximo.

Como alternativa a la posibilidad de ejecución parcial desde el punto de vista del acreedor hipotecario, sea uno o varios, también consideramos admisible pactar el vencimiento anticipado de todas las obligaciones garantizadas por la hipoteca flotante ante el incumplimiento de cualquiera de ellas, sean estas de titularidad única de un solo acreedor hipotecario, sean de titularidad de una multiplicidad de ellos.

VI. A diferencia con las hipotecas ordinarias, la hipoteca flotante, durante la fase de seguridad, no se extingue parcialmente con las obligaciones que el deudor vaya atendiendo, sino que continúa asegurando, hasta la fecha de su vencimiento, los créditos que, conforme a la cláusula de globalización, el acreedor pueda ostentar contra el deudor.

Distinto régimen sigue la cancelación de la hipoteca interesada por el hipotecante no deudor y, en su caso, por el tercer poseedor, pues el pago que reali-

zan tiene por único fin la extinción de la garantía, procediendo así a la liberación de la carga que pesa sobre un bien de su propiedad.

Como consecuencia de las dificultades probatorias para acreditar la extinción por prescripción de la hipoteca flotante, resulta especialmente relevante que el legislador 41/2007 haya previsto como elemento esencial de la hipoteca flotante el establecimiento de un plazo de duración de la hipoteca, que opere como plazo automático de caducidad.

BIBLIOGRAFÍA

- AMORÓS GUARDIOLA, M., «Hipoteca en garantía de reconocimiento de deuda», en *RCDI*, núm. 631, 1995.
- ÁVILA NAVARRO, P., «La hipoteca en garantía de cuenta corriente», en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 1995-3.
- AZOFRA, F., «Hipotecas flotantes», en *RCDI*, núm. 707, 2008.
- BARBANCHO TOVILLAS, F. J., «Hipoteca flotante: Comentario a la Resolución de la DGRN, de 24 de julio de 1998», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 2, Aranzadi, 1999 (BIB 1999/1110).
- BUSTO LAGO, J. M., y PEÑA LÓPEZ, F., «Dictamen acerca de la calificación del crédito garantizado con hipoteca de máximo en el caso de que el traspaso del importe del crédito asegurado a la cuenta bancaria cuyos saldos se garantizan, configurado como facultad contractual del acreedor hipotecario, se haya realizado en un momento temporal posterior a la declaración de la situación concursal», en *RCDI*, núm. 686, 2004.
- CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., *Garantías patrimoniales. Estudio especial de la hipoteca*, Aranzadi, 1993.
- CARRASCO PERERA, A., «La fianza general», en *Estudios de Derecho Civil. Homenaje al Profesor Doctor José Luis Lacruz Berdejo*, II, 1993.
- CARRASCO PERERA, M.; CORDERO LOBATO, E., y MARÍN LÓPEZ, M. J., *Tratado de los derechos de garantía*, Aranzadi, 2002.
- CARRASCO PERERA, M., y CORDERO LOBATO, E., «El doble filo de la hipoteca global: *caveat creditori*», en *Diario La Ley*, núm. 6988, julio de 2008 (36908/2008).
- CHICO Y ORTIZ, J. M., *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, II, 3.ª ed., 1994.
- CORDERO LOBATO, E., *La hipoteca global: la determinabilidad del crédito garantizado*, Centro de Estudios Registrales, 1997.
- «Sentencia de 31 de julio de 2002: Hipoteca de máximo en garantía de la restitución de descubiertos en cuenta corriente que el acreedor se obliga a aceptar: distinciones con la hipoteca en garantía de obligaciones futuras y con la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 62, 2003.
- «Proyectadas novedades en materia hipotecaria», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 732, 12 de julio de 2007.
- DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, III, Tecnos, 1993, 5.º ed.
- ENNECERUS, L.; KIPP, T., y WOLFF, M., *Tratado de Derecho Civil. Derecho de cosas*, Tomo III, vol. 2.º, traducción de PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J., 1971.

- FERNÁNDEZ COSTALES, J., «La hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito», en *Tratado de garantía en la contratación mercantil*, Tomo II, vol. II, coord., NIETO, U., Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, 1996.
- GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ SAAVEDRA, C., «Hipotecas especiales: problemática actual de las hipotecas de seguridad y de máximo», publicado en *Hipotecas y seguridad jurídica*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1991.
- «Patología actual de la hipoteca de máximo», en *RCDI*, núm. 593, 1989.
- GARCÍA GARCÍA, J. M., «Comentario a los artículos 1874 y siguientes», en *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, Civitas, 1994.
- *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Civitas, 1988.
- GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, 8.ª ed., Madrid, 1983, II.
- GÓMEZ GÁLLIGO, J., «La reforma hipotecaria desde la perspectiva del Ministerio de Justicia», en *RDCI*, núm. 702, 2007.
- GONZÁLEZ, J., *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil* (Madrid, 1948).
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «La determinación del crédito en la garantía hipotecaria (hipotecas globales o flotantes en garantía de varias obligaciones indeterminadas)», en *RCDI*, núm. 681, 2004.
- «Comentario a la RDGRN de 27 de septiembre de 2000», en *RCDI*, núm. 670, 2002.
- MONTERO AROCA, J., «Oposición del ejecutado en la ejecución de sentencias y tutela judicial efectiva», en *RCDI*, núm. 631, 1995.
- ORTÍ VALLEJO, A., *Garantías de los títulos en el mercado hipotecario*, Civitas, 1993.
- PANTALEÓN PRIETO, F., «Cesión de créditos», en *ADC*, 1988.
- PARDO NÚÑEZ, C. R., «Comentario a la Resolución de 11 de enero de 1995. Hipoteca de máximo en garantía de obligaciones actuales y futuras», en *RCDI*, núm. 638, 1997.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, II, 2001, 4.ª ed.
- PRETEL SERRANO, J. J., «La hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito (examen actual de la figura desde la perspectiva de la Ley 1/2000)», en *RCDI*, núm. 661, 2000.
- REY PORTOLÉS, J. M., «Comentario a la RDGRN, de 23 de diciembre de 1987», en *RCDI*, núm. 590, 1989.
- «Hipoteca con cláusula de “endowment”. Hipoteca flotante», en *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1995.
- «Bombazo contra la hipoteca sumidero», publicado en *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1995.
- ROCA SASTRE, R. M., *Derecho Hipotecario*, IV, 1.º y 2.º, 6.ª ed., 1968.
- SÁENZ DE JUBERA, B., «Hipoteca de máximo e hipoteca flotante: su regulación en la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario», en *RCDI*, núm. 707, 2008.
- VERDERA SERVER, R., *La hipoteca a favor de dos o más acreedores*. Tirant lo Blanch, 1999, colección privada, núm. 24.

RESOLUCIONES DE LA DGRN CONSULTADAS

- RDGRN de 27 de agosto de 1912 (*EDD* 1912/26).
- RDGRN de 21 de marzo de 1921 (*EDD* 1921/33).
- RDGRN de 5 de marzo de 1929 (*EDD* 1929/73).
- RDGRN de 28 de febrero de 1933 (*EDD* 1933/8).
- RDGRN de 16 de junio de 1936 (*EDD* 1936/14).
- RDGRN de 29 de octubre de 1984 (*RJ* 5200).
- RDGRN de 27 de enero de 1986 (*RJ* 1002).
- RDGRN de 20 de mayo de 1987 (*EDD* 1987/9932).
- RDGRN de 23 de octubre de 1987 (*EDD* 1987/9950).
- RDGRN de 26 de octubre de 1987 (*EDD* 1987/9951).
- RDGRN de 23 de diciembre de 1987 (*EDD* 1987/9962).
- RDGRN de 26 de noviembre de 1990 (*EDD* 1990/10707).
- RDGRN de 26 de diciembre de 1990 (*EDD* 1990/11972).
- RDGRN de 3 de octubre de 1991 (*EDD* 1991/9281).
- RDGRN de 24 de abril de 1992 (*RJ* 3374).
- RDGRN de 17 de agosto de 1993 (*EDD* 1993/7772).
- RDGRN de 17 de enero de 1994 (*EDD* 1994/6491).
- RDGRN de 1 de marzo de 1994 (*EDD* 1994/6925).
- RDGRN de 17 de marzo de 1994 (*EDD* 1994/6502).
- RDGRN de 23 de marzo de 1994 (*EDD* 1994/6503).
- RDGRN de 11 de enero de 1995 (*EDD* 1995/197).
- RDGRN de 22 de junio de 1995 (*EDD* 1995/4172).
- RDGRN de 2 de enero de 1996 (*EDD* 1996/237).
- RDGRN de 17 de septiembre de 1996 (*EDD* 1996/5531).
- RDGRN de 6 de junio de 1998 (*EDD* 1998/7491).
- RDGRN de 24 de julio de 1998 (*EDD* 1998/30643).
- RDGRN de 28 de julio de 1998 (*EDD* 1998/30619).
- RDGRN de 28 de abril de 1999 (*EDD* 1999/5430).
- RDGRN de 7 de junio de 1999 (*EDD* 1999/26341).
- RDGRN de 27 de julio de 1999 (*EDD* 1999/26418).
- RDGRN de 6 de noviembre de 1999 (*RJ* 7781).
- RDGRN de 27 de septiembre del 2000 (*EDD* 2000/36393).
- RDGRN de 10 de julio del 2001 (*EDD* 2001/33485).
- RDGRN de 17 de enero de 2002 (*EDD* 2002/3256).
- RDGRN de 30 de abril de 2002 (*EDD* 2002/23444).
- RDGRN de 28 de febrero de 2003 (*EDD* 2003/5838).
- RDGRN de 12 de marzo del 2003 (*EDD* 2003/5846).
- RDGRN de 2 de abril del 2003 (*EDD* 2003/8007).
- RDGRN de 12 de septiembre del 2003 (*EDD* 2003/89458).
- RDGRN de 11 de octubre del 2004 (*EDD* 2004/173778).

- RDGRN de 25 de abril del 2005 (EDD 2005/83435).
- RDGRN de 23 de julio de 2005 (EDD 2005/149080).
- RDGRN de 21 de diciembre de 2007 (EDD 2007/241202).
- RDGRN de 1 de febrero de 2008 (EDD 2008/6470).
- RDGRN de 15 de marzo de 2008 (EDD 2008/10649).
- RDGRN de 24 de abril de 2008 (RJ 2114).
- RDGRN de 25 de abril del 2008 (RJ 2115).

RESUMEN

HIPOTECA GLOBAL HIPOTECA FLOTANTE

El presente estudio tiene por objeto el análisis del régimen jurídico actualmente aplicable en Derecho español a la hipoteca global o flotante. Su admisibilidad jurídica, negada sistemáticamente por la Dirección General de los Registros y del Notariado en sus resoluciones desde mediados de los años ochenta, ha obtenido carta de naturaleza mediante la incorporación a la Ley Hipotecaria del nuevo artículo 153 bis, como consecuencia de la reforma operada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre.

Son objeto de análisis: i) los distintos elementos del contrato, con especial atención a los problemas derivados de la existencia de una pluralidad subjetiva, bien originaria, bien sobrevenida, en la posición de acreedor hipotecario; ii) el régimen jurídico de la transmisión voluntaria (por cesión o subrogación convencional), bien de todos o parte de los créditos hipotecariamente garantizados, bien de la propia hipoteca flotante; iii) los posibles problemas derivados de la subrogación legal, total o parcial, de los créditos hipotecariamente garantizados; iv) la ejecución de la hipoteca flotante, con especial atención a los supuestos de ejecución parcial, bien en cuanto a los sujetos (ejecución por uno de los coacreedores hipotecarios), bien en cuanto al objeto (subsistencia de la

ABSTRACT

«GLOBAL» MORTGAGE MORTGAGE AS COLLATERAL SECURITY UP TO A CERTAIN CEILING

This paper looks the legal framework currently applicable in Spanish law to the «global» mortgage, where mortgage acts as collateral security up to a certain ceiling. The legal admissibility of such mortgages, which has been systematically rejected by the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs in its decisions since the mid-eighties, has now been naturalised by a new article added to the Mortgage Act, article 153 bis, as a consequence of the reform wrought by Act 41/2007 of 7 December.

The paper looks at: i) the different elements of the mortgage agreement, paying special attention to the problems stemming from the primal or supervening existence of subjective plurality in the position of the mortgage lender; ii) the legal framework for voluntary transfer (by assignment or conventional subrogation), either of all or part of the credits secured by the mortgage, or of the mortgage itself; iii) possible problems stemming from full or partial legal subrogation to the credits secured by the mortgage; iv) foreclosure, paying special attention to cases of partial foreclosure, as regards the subjects (foreclosure by one of the mortgage co-lenders) and as regards the object (subsistence of the

*hipoteca sobre los créditos no vencidos);
v) y la aplicación a la hipoteca flotante
de las normas generales en materia de
extinción y cancelación registral de la
misma.*

*mortgage on the credits not yet due);
v) and the application of general rules
on mortgage termination and cancella-
tion of mortgage registration where this
sort of mortgage is concerned.*

*(Trabajo recibido el 27-7-2010 y aceptado
para su publicación el 19-11-2010)*

DICTÁMENES Y NOTAS

A propósito de varias sentencias de nuestro Tribunal Supremo sobre la responsabilidad de las deudas contraídas por un cónyuge casado bajo el régimen de gananciales

por

M.^a EUGENIA SERRANO CHAMORRO

Catedrática de Derecho Civil en la Escuela de Empresariales de Valladolid

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN GENERAL.
- II. DISPOSICIONES CIVILES A TENER EN CUENTA.
- III. ESTUDIO DE ALGUNAS SENTENCIAS.
- IV. NUESTRA DOCTRINA.

Son muchas las sentencias y aspectos jurídicos que podemos encontrar en un tema tan práctico y tan usual sobre el funcionamiento de las relaciones económicas entre los cónyuges, no exentos de polémicas jurídicas, sobre todo cuando se trata de desvincular la responsabilidad de los bienes gananciales acudiendo a la vía del nuevo pacto de capitulaciones matrimoniales. ¿Se pueden comprometer los bienes comunes por actuación individual de uno solo de los cónyuges? ¿Responden los bienes gananciales o los privativos del cónyuge actuante? Estos interrogantes y otros que iremos viendo los trataremos de resolver en el estudio que presento a continuación.

I. INTRODUCCIÓN GENERAL

Nuestra vida social nos enseña que son muchos los matrimonios existentes en España, y aunque ya muchos acuden a la opción que les brinda el artículo 1315 del Código Civil (1), son muchos también los que por dejadez, ignorancia, necesidad, acuerdo o, en cierto caso comodidad, siguen sometándose al régimen de gananciales como primer régimen económico que regula las relaciones patrimoniales.

Es lógico que la vida en común conlleve numerosas actuaciones de los cónyuges de forma conjunta o separada, cada uno llevará un trabajo o un encargo de labores que pueden determinar responsabilidad y compromiso de esas gestiones. ¿Hasta dónde puede comprometerse un cónyuge? ¿Puede hacer lo que considere conveniente? Son abundantes los trabajos que se han publicado sobre la responsabilidad de los bienes comunes y también son muchas las sentencias que se han dictado al respecto, ello indica la preocupación de estas personas, muchas de ellas carentes de estos conocimientos jurídicos, y de la extensión de esta responsabilidad, que en muchos casos buscan remedio a esta falta de conocimiento y cuando acuden en ayuda de protección jurídica se les aconseja un cambio de régimen económico, no exento de polémicas como se verá.

Trataré de enfocar este trabajo desde el punto de vista jurídico y jurisprudencial, tratando de dar cabida a las preocupaciones de los cónyuges que en unos casos de buena fe y en otras con ánimo de salvaguardar sus bienes, acuden a las distintas opciones que les puede ofrecer el marco legal.

¿Cuál es la normativa a tener en cuenta? Comenzaré con el análisis de algunos artículos de nuestro Código Civil, sin olvidar la legislación hipotecaria, mercantil, concursal y el procedimiento civil en la LEC.

II. DISPOSICIONES CIVILES A TENER EN CUENTA

El porcentaje de personas que contraen matrimonio es bastante amplio, pero no todas estas personas, aunque sean ingenieros, arquitectos o médicos saben que pueden elegir el régimen que va a regular su vida en común. La formación jurídica no te la dan en el colegio o instituto, ni mucho menos en una carrera completamente distinta a la de Derecho, estas cuestiones tan normales en la vida práctica las podemos ir adquiriendo a base de golpetazos o comentarios con amigos, pero lo que quiero indicar es que muchas personas desconocen el alcance de sus propios compromisos, como el hecho de que por

(1) Artículo 1315: «El régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código».

casarte ya sean comunes las rentas obtenidas o el trabajo realizado, etc., y cuando surge algún problema serio es cuando ya van a un experto en la materia, y puede ser que le aconsejen el cambio de régimen, si es que querían un patrimonio separado. Voy a analizar el tema de responsabilidad de los bienes gananciales, y parto de una serie de artículos a favor y en contra de ciertos problemas que expondré.

Se puede elegir el tipo de régimen económico (art. 1315 CC), si desconozco esta opción, o lo hago mal (lo escribo en un papel), el artículo 1316 del Código Civil (2) dispone que: «A falta de capitulaciones o cuando éstas sean ineficaces, el régimen será el de la sociedad de gananciales». Si pretendo cambiar de régimen, en base al principio clave de la autonomía de la voluntad en materia contractual, lo puedo hacer como señala el artículo 1317 del Código Civil: «La modificación del régimen económico-matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros». Si se discute sobre la forma de hacerlas, estaremos al artículo 1335 del Código Civil: «La invalidez de las capitulaciones matrimoniales se regirá por las reglas generales de los contratos. Las consecuencias de la anulación no perjudicarán a terceros de buena fe». Si bien varios autores, entre los que se encuentra SAN ROMÁN MORENO (3), enfatizan el calvario de los acreedores, pues el cambio de régimen económico-matrimonial coloca al acreedor en una situación próxima a la indefensión, desde el momento en que para el cobro de su crédito o reconocimiento de su derecho ha de acudir a la vía judicial aunque en ésta no sea oponible frente al acreedor el cambio de estado patrimonial conyugal operado con posterioridad al nacimiento de la deuda o derecho.

La persona casada parece reforzar y dar más cobertura a la hora de responder de sus deudas, pues como expone SAÍZ GARCÍA (4), el artículo 1319 del Código Civil abarca una responsabilidad amplia si se le compara con el deudor no casado, toda vez que por las deudas contraídas a partir de actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, el cónyuge actuante no solamente vincula frente a terceros su patrimonio propio —configurado también por la parte que le correspondiera de los gananciales— sino también, ampliando así la garantía patrimonial, todo el patrimonio común —y, por tanto, también la parte que en el mismo correspondiera a su cónyuge—, si bien, en este último caso, de manera subsidiaria.

(2) El artículo 1321 del Código Civil exige: «Para su validez, las capitulaciones habrán de constar en escritura pública».

(3) SAN ROMÁN MORENO, J. R., «Planteamiento general», en *Régimen económico-matrimonial y la protección de acreedores*. Cuadernos de Derecho Judicial, CGPD, Madrid, 1995, *op. cit.*, pág. 62.

(4) SAÍZ GARCÍA, C., *Acreedores de los cónyuges y régimen económico-matrimonial de gananciales*. Ed. Thomson, Navarra, 2006, *op. cit.*, pág. 24.

Merece especial atención, como normas de régimen matrimonial primario, atender al contenido de los siguientes artículos del Código Civil:

Artículo 1318. *Los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio.*

Artículo 1319. *Cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos encomendados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma.*

De las deudas contraídas en el ejercicio de esta potestad responderán solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda y, subsidiariamente, los del otro cónyuge.

El que hubiere aportado caudales propios para satisfacción de tales necesidades tendrá derecho a ser reintegrado de conformidad con su régimen matrimonial.

Artículo 1322. *Cuando la Ley requiera para un acto de administración o disposición que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos.*

No obstante, serán nulos los actos a título gratuito sobre bienes comunes si falta, en tales casos, el consentimiento del otro cónyuge.

Artículo 1323. *Los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos.*

Artículo 1324. *Para probar entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos, será bastante la confesión del otro, pero tal confesión, por sí sola, no perjudicará a los herederos forzosos del confesante, ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges.*

Como es sabido, el régimen económico-matrimonial de gananciales genera, dentro de la esfera jurídica conyugal, tres masas patrimoniales: una ganancial, prevista para hacer frente a la satisfacción de los intereses familiares, y dos privativas, correspondientes a cada uno de los cónyuges. Todas ellas constituyen el soporte de responsabilidad patrimonial de los eventuales acreedores de los cónyuges. La distribución de deudas así como de las correlativas responsabilidades se realiza a partir de las normas recogidas en los artículos 1319 (de aplicación general a todos los regímenes) y 1362 a 1374 del Código Civil. Estos preceptos han servido a la doctrina para distinguir entre un pasivo provisional de la sociedad de gananciales o *erga omnes*, y un pasivo definitivo o *inter partes*, haciéndose referencia con estas denominaciones a los distintos aspectos de la deuda, esto es, como responsabilidad y deuda respectivamente (5).

(5) Vid. SÁIZ GARCÍA, *ob. cit.*, pág. 27, al completar que: «con la primera de las denominaciones se hace referencia a aquellas deudas cuyos acreedores podrán hacerlas efectivas

Veamos el contenido de estos artículos:

La sección tercera lleva como rúbrica «de las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales».

Artículo 1362. *Serán de cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por alguna de las siguientes causas:*

- 1.^a *El sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia.*
La alimentación y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges correrá a cargo de la sociedad de gananciales cuando convivan en el hogar familiar. En caso contrario, los gastos derivados de estos conceptos serán sufragados por la sociedad de gananciales, pero darán lugar a reintegro en el momento de la liquidación.
- 2.^a *La adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes.*
- 3.^a *La administración ordinaria de los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges.*
- 4.^a *La explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge.*

Artículo 1363. *Serán también de cargo de la sociedad las cantidades donadas o prometidas por ambos cónyuges de común acuerdo, cuando no hubiesen pactado que hayan de satisfacerse con los bienes privativos de uno de ellos en todo o en parte.*

Artículo 1364. *El cónyuge que hubiere aportado bienes privativos para los gastos o pagos que sean de cargo de la sociedad tendrá derecho a ser reintegrado del valor a costa del patrimonio común.*

Artículo 1365. *Los bienes gananciales responderán directamente frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge:*

- 1.^o *En el ejercicio de la potestad doméstica o de la gestión o disposición de gananciales, que por ley o por capítulos le corresponda.*
- 2.^o *En el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio o en la administración ordinaria de los propios bienes. Si uno de los cónyuges fuera comerciante, se estará a lo dispuesto en el Código de Comercio.*

Artículo 1366. *Las obligaciones extracontractuales de un cónyuge, consecuencia de su actuación en beneficio de la sociedad conyugal o en el ámbito*

acudiendo directamente a los bienes gananciales. Mientras que con la segunda, esto es, con la denominación de pasivo definitivo consorcial, se hace referencia a aquellas otras que, finalmente, tras haber sido satisfechas, bien voluntaria bien forzosamente por cualquiera de los patrimonios privativos de los cónyuges, deberá soportar el patrimonio ganancial.

de la administración de los bienes, serán de la responsabilidad y cargo de aquélla, salvo si fuesen debidas a dolo o culpa grave del cónyuge deudor.

Artículo 1367. *Los bienes gananciales responderán, en todo caso, de las obligaciones contraídas por los dos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el consentimiento expreso del otro.*

Artículo 1368. *También responderán los bienes gananciales de las obligaciones contraídas por uno solo de los cónyuges en caso de separación de hecho para atender a los gastos de sostenimiento, previsión y educación de los hijos que estén a cargo de la sociedad de gananciales.*

Artículo 1369. *De las deudas de un cónyuge que sean, además, deudas de la sociedad, responderán también solidariamente los bienes de ésta.*

Artículo 1370. *Por el precio aplazado del bien ganancial adquirido por un cónyuge sin el consentimiento del otro responderá siempre el bien adquirido, sin perjuicio de la responsabilidad de otros bienes según las reglas de este Código.*

Artículo 1371. *Lo perdido y pagado durante el matrimonio por alguno de los cónyuges en cualquier clase de juego no disminuirá su parte respectiva de los gananciales siempre que el importe de aquella pérdida pudiere considerarse moderada con arreglo al uso y circunstancias de la familia.*

Artículo 1372. *De lo perdido y no pagado por alguno de los cónyuges en los juegos en que la Ley concede acción para reclamar lo que se gane responden exclusivamente los bienes privativos del deudor.*

Artículo 1373. *Cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias y, si sus bienes privativos no fueran suficientes para hacerlas efectivas, el acreedor podrá pedir el embargo de bienes gananciales, que será inmediatamente notificado al otro cónyuge y éste podrá exigir que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal, en cuyo caso el embargo llevará consigo la disolución de aquélla.*

Si se realizase la ejecución sobre bienes comunes, se reputará que el cónyuge deudor tiene recibido a cuenta de su participación el valor de aquéllos al tiempo en que los abone con otros caudales propios o al tiempo de liquidación de la sociedad conyugal.

Artículo 1374. *Tras la disolución a que se refiere el artículo anterior se aplicará el régimen de separación de bienes, salvo que, en el plazo de tres meses, el cónyuge del deudor opte en documento público por el comienzo de una nueva sociedad de gananciales.*

Sección cuarta: «De la administración de la sociedad de gananciales».

Artículo 1375. *En defecto de pacto en capitulaciones, la gestión y disposiciones de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges, sin perjuicio de lo que se determina en los artículos siguientes.*

Artículo 1376. *Cuando en la realización de actos de administración fuere necesario el consentimiento de ambos cónyuges y uno se hallare impedido para prestarlo, o se negare injustificadamente a ello, podrá el Juez suplirlo si encontrare fundada la petición.*

Artículo 1377. *Para realizar actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges.*

Si uno lo negare o estuviere impedido para prestarlo, podrá el Juez, previa información sumaria, autorizar uno o varios actos dispositivos cuando lo considere de interés para la familia. Excepcionalmente acordará las limitaciones o cautelas que estime convenientes.

Artículo 1378. *Serán nulos los actos a título gratuito si no concurre el consentimiento de ambos cónyuges. Sin embargo, podrá cada uno de ellos realizar con los bienes gananciales liberalidades de uso.*

Sentadas estas bases legales, SÁIZ GARCÍA (6) afirma que la clave está en que al carecer de personalidad jurídica, la sociedad de gananciales no puede contraer deudas. Son los cónyuges quienes se obligan y cuando lo hacen para satisfacer necesidades de la sociedad, será este patrimonio el que deberá soportar en última instancia el pago, por lo tanto, estamos ante la responsabilidad ganancial definitiva y recurre a la STS de 3 de noviembre de 2004 (7) que en su FD 2.º precisa que «en los matrimonios regidos por las normas de la sociedad de gananciales si la obligación la contrae, *nomine proprio*, uno de los cónyuges será el único deudor, no el otro; y que pese a ello, responderán directamente ambos cónyuges con los bienes comunes si la deuda es de la naturaleza que el legislador toma en consideración para facultar a los acreedores a que hagan efectivo su derecho con una ejecución directa sobre los bienes comunes».

En mi opinión, no puede predicarse una postura radical y contundente, hay que ver siempre el caso concreto, analizar e investigar en profundidad la actuación de uno o de los dos cónyuges y la forma de realizarlo. Estamos cansados de comprobar como nuestro ordenamiento jurídico sienta unas bases a tener en cuenta, pero dependiendo de la forma de conjugar estas actuaciones el resultado puede cambiarse. Es frecuente decir que el derecho no son unas matemáticas y que los jueces pueden valorar la situación concreta, y de hecho lo hacen, se pueden apreciar desde distintos puntos de vista una misma situación, y vemos como el TS puede confirmar la sentencia de primera instancia, o rechazarla, es por ello, que recalco la necesidad de analizar detalladamente la situación concreta siempre sobre la base legal de nuestro cuerpo legal, por este motivo el presente trabajo quiere analizar algunas sentencias relevantes sobre la responsabilidad o no de los bienes gananciales que dependerá de la actuación de uno o de ambos cónyuges.

(6) *Ob. cit.*, pág. 28.

(7) STS de 3 de noviembre de 2004 (RJ 2004/6868).

Tanto si las deudas se contraen por los cónyuges de manera individual dentro de su ámbito de legítima actuación, como si la actividad que las origina excede de los límites de dicho ámbito, la solución de la ganancialidad o privatividad de la deuda, es decir, de la responsabilidad provisional ganancial o privativa por incumplimiento de la misma, dependerá de un juicio previo consistente en su efectiva adscripción a las calificadas legalmente como deudas de las que responde la sociedad de gananciales. En consecuencia, la deuda deberá estar reflejada en el ámbito de los supuestos recogidos en los artículos 1365, 1366 y 1368 del Código Civil, para que frente al acreedor respondan junto con los bienes propios del cónyuge deudor los bienes gananciales.

Si el artículo 1369 del Código Civil amplía el soporte patrimonial del deudor en los casos en que la deuda hubiera sido contraída por uno solo de los cónyuges, siempre que tal deuda fuera también de la sociedad, debemos indagar en la actuación individual del cónyuge deudor, y por ello el «interés familiar» constituye el eje en torno al cual gira la responsabilidad de ese patrimonio especialmente afecto al levantamiento de las cargas familiares. Es la apariencia de una actuación en interés de la familia la que toma como clave el legislador para configurar los supuestos en que el patrimonio ganancial constituye la garantía del acreedor, supuestos previstos en las normas de nuestro cuerpo legal cuya finalidad es la de establecer la responsabilidad externa y directa de la sociedad de gananciales.

Es muy interesante la obra de MARTÍN MELÉNDEZ (8) que, entre otras cuestiones, analiza las deudas pendientes a cargo de la sociedad a favor de terceros, ofreciendo la distinción entre deuda-responsabilidad en la sociedad de gananciales, acudiendo a diversos criterios que determinan qué deudas son definitiva o internamente comunes, citando en primer lugar como criterio objetivo, el de la clase de acto a través del cual se ha contraído la deuda, o el de obtención para la sociedad de un real beneficio patrimonial, actuación en provecho de la familia (al que acude frecuentemente nuestro TS), o el del acuerdo de los cónyuges, que a mi parecer puede ocasionar algunas confusiones. Añade que también existen unos criterios determinantes de la responsabilidad externa de los bienes comunes, que están dirigidos a los acreedores y que tienen un aspecto subjetivo, como es el que los bienes gananciales responden frente a los acreedores cuando la obligación fue contraída por ambos cónyuges conjuntamente o por uno con el consentimiento del otro, o bien cuando uno de los cónyuges asume el ejercicio de determinadas actividades.

En este trabajo lo que pretendo es analizar algunas de las muchas sentencias que se han dictado en nuestro ordenamiento sobre el carácter privativo o ganancial de la deuda contraída por uno solo de los cónyuges constante la sociedad de gananciales.

(8) MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La liquidación de la sociedad de gananciales*. McGraw Hill, Madrid, 1995, pág. 334 y sigs.

III. ESTUDIO DE ALGUNAS SENTENCIAS

1. STS de 17 de marzo de 2010 (9). Contempla la adquisición por el esposo de dos apartamentos estando recurrida la sentencia de separación. Se declara la firmeza de la disolución del régimen económico producida con dicha resolución y se determina la ausencia de presunción de ganancialidad al no acreditarse su adquisición con dinero ganancial.

Se resumen los hechos en su FD 1.º:

- 1.º Don Justiniano y doña Elena habían contraído matrimonio en 1962. Tenían una hija, doña Camila, demandada en este pleito.
- 2.º Los cónyuges se separaron el 2 de abril de 1998, en que se dictó sentencia en el procedimiento de separación instado por la esposa. Dicha sentencia declaró la separación legal de los cónyuges y la disolución del régimen económico-matrimonial. El marido apeló, impugnando los pronunciamientos relativos a la atribución del uso de la vivienda conyugal y la pensión compensatoria; la apelación fue estimada parcialmente por sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, de 4 de febrero de 1999.
- 3.º El procedimiento de liquidación del régimen de gananciales se inició a continuación y la esposa demandante en este litigio, recurrida en casación, presentó propuesta de cuaderno particional, sin que hiciese ninguna alusión a la inclusión de dos apartamentos en Benidorm, cuya ganancialidad se discute en el presente procedimiento.
- 4.º El marido falleció de muerte violenta en el año 2000. Había nombrado heredera a su hija doña Camila.
- 5.º Lo que se discute en el presente procedimiento es si dos apartamentos situados en Benidorm tienen la cualidad de bienes gananciales. A los efectos de una mejor comprensión se van a denominar EDIFICIO000 y APARTAMENTO000. Los hechos probados en relación a la adquisición de estos dos apartamentos son los siguientes:
 - a) EDIFICIO000. De los documentos aportados se deduce que don Justiniano adquirió el apartamento mediante un contrato privado de compraventa el 7 de octubre de 1998. Figura en los autos una carta del comprador a los vendedores en la que les comunica que lo cede a su hija doña Camila.
 - b) APARTAMENTO000. El apartamento fue puesto a la venta a finales de 1998; los propietarios vendedores confirmaron que la venta se concertó con don Justiniano en un documento privado, otorgado el mes de diciembre de 1998, que se elevó a público

(9) STS de 17 de marzo de 2010 (RJ 2010/2403).

el 3 de marzo de 1999. En la actualidad figura inscrito a nombre de la hija y heredera.

- 6.º Doña Elena demandó a su hija, doña Camila. En la demanda pidió que los apartamentos descritos se declararan gananciales por considerar que en el momento de la compra aún estaba vigente la sociedad constituida por el matrimonio, al no haber sido firme la sentencia de separación hasta el 22 de febrero de 1999. Se opuso la demandada, para quien tales adquisiciones tuvieron lugar una vez disuelta ya la sociedad de gananciales.
- 7.º La sentencia del juzgado de 1.ª instancia, número 3 de Burgos, de 29 de julio de 2005, desestimó la demanda, reservando expresamente a la actora las acciones de las que se crea asistida respecto a los bienes que supuestamente integren la sociedad de gananciales. Dice que se produjo una especial relevancia de la fecha de la disolución del régimen. Señaló que: *a)* de los hechos probados se deduce que la esposa no tuvo ninguna intervención en la adquisición de los dos apartamentos, puesto que los cónyuges ya estaban separados; *b)* utilizando las sentencias de esta Sala sobre los efectos que deben atribuirse a la separación de hecho, entiende que la separación de los cónyuges ya estaba decretada con el auto de medidas provisionales, siendo además incuestionable que desde hacía dieciséis meses se encontraban separados de hecho, «por lo que carecía de todo sentido pretender que el primer y esencial paso para liquidar la sociedad conyugal [...], se hiciera tomando como fecha de referencia la de la firmeza de la sentencia de separación»; *c)* la sociedad de gananciales se encuentra sin liquidar, y *d)* el régimen había quedado ya extinguido tiempo atrás, siendo sustituido por el de separación.
- 8.º Apeló la demandante. La sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3.ª, de 17 de febrero de 2006 (*JUR* 2006/98315), estimó el recurso de apelación. Los argumentos son: *a)* especial relevancia del momento de la disolución del régimen y en base a la STS de 30 de enero de 2004 (*RJ* 2004/438), concluye que la sentencia de separación quedó firme después de dictada la de apelación, por lo que la disolución de la sociedad de gananciales no se produjo hasta febrero de 1999; *b)* partiendo de lo anterior, considera que los apartamentos adquiridos por el marido en 1998 eran gananciales; *c)* la cesión efectuada por el padre a favor de la hija del EDIFICIO000 era nula.
- 9.º Contra esta sentencia interpone doña Camila recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El TS estima el recurso de casación y la anulación de la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos.

2. STS de 21 de octubre de 2009 (10) contempla la simulación de una serie de negocios jurídicos relacionados con el régimen de bienes para dificultar las reclamaciones de Hacienda por unas deudas contraídas por la sociedad anónima de la que eran consejeros los hermanos. Hay un cambio de régimen aparente: no se restauraba el régimen que se había extinguido con el pacto capitular, sino precisamente se destruía la apariencia creada y se mantenía entre los cónyuges el régimen que rigió su matrimonio desde el momento de la celebración del mismo sin interrupción.

En el FD 1.º se resumen los hechos probados:

- 1.º La demandante, doña Santiago, estaba casada con don Felipe, demandado. Doña Santiago formaba parte del consejo de administración de la sociedad ÁNGEL J. GONZÁLEZ VILLA, S. A., a la que la Agencia Tributaria había reclamado una deuda y habiendo resultado fallida la ejecución, acordó la derivación de la responsabilidad a los administradores. La notificación de la resolución de Hacienda se produjo el 3 de mayo de 1996 a la demandante y a sus hermanos, que se encontraban en su misma situación.
- 2.º Las hermanas Micaela y Santiago tomaron la decisión de llevar a cabo una serie de operaciones jurídicas para evitar el embargo de los bienes inmuebles que pertenecían a las respectivas sociedades de gananciales, pretendiendo que no aparecieran bienes en el Registro de la Propiedad a nombre de los deudores. A tal efecto, se realizaron las siguientes operaciones: a) doña Santiago y su esposo otorgaron una escritura de capitulaciones matrimoniales el 4 de junio de 1996, en la que pactaron el sistema de separación de bienes, liquidaron la sociedad de gananciales, hasta aquel momento vigente, e hicieron el inventario de los bienes. Se adjudicó al marido una finca, gravada con una deuda de 6.000.000 de ptas.; no se incluyeron unos planes de pensiones pertenecientes al marido; se adjudicó a la esposa una finca consistente en una vivienda familiar denominada «DIRECCIÓN000». La hermana de doña Santiago, doña Micaela, casada a su vez, realizó la misma operación; b) El 6 de junio de 1996, doña Santiago donó a sus hijos menores la nuda propiedad de la finca que se adjudicaba en la partición de la sociedad, nombrando usufructuario a su esposo; c) El mismo 6 de junio, doña Santiago y don Felipe firmaron un documento privado cuyo contenido es el siguiente: «que el pasado 4 de junio han otorgado escritura de capitulaciones matrimoniales ante la Notaría [...] pactando el régimen matrimonial de separación de bienes; no obstante lo cual, ambos cónyuges reconocen el carácter ganancial de todos sus bienes y manifiestan ex-

(10) STS de 21 de octubre de 2009 (RJ 2009/5701).

presamente su deseo de seguir rigiéndose, a todos los efectos, por el régimen económico-matrimonial de gananciales. Por ello, los cónyuges se obligan a suscribir cuantos documentos públicos o privados fueran necesarios para restablecer oficialmente el régimen legal de gananciales, bastando para ello el solo requerimiento de uno de ellos hacia el otro»; *d*) Las mismas o parecidas operaciones efectuaron los hermanos de doña Santiago.

- 3.º Al producirse la crisis matrimonial, doña Santiago demandó a su esposo pidiendo: *a*) que se declarara la nulidad por simulación, de la escritura de capitulaciones matrimoniales y de la liquidación de los gananciales; *b*) la nulidad de la escritura de donación; *c*) que la totalidad de los bienes adquiridos por cualquiera de los cónyuges con posterioridad al matrimonio y los adquiridos después del otorgamiento de la escritura pública eran gananciales.
- 4.º La sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia de Valladolid, de 15 de julio de 2004, estimó la demanda y declaró la nulidad por simulación absoluta de todas las operaciones efectuadas. Señaló que de las pruebas practicadas se deducía que: «[...] las capitulaciones matrimoniales, liquidación de la sociedad ganancial y posterior donación obedecieron única y exclusivamente a la intención de las hermanas Santiago y Micaela y sus respectivos esposos, de deshacerse de los bienes que aparecían a su nombre en el Registro de la Propiedad, [...] sin perjuicio de que tal planteamiento no hubiera soportado la más mínima confrontación jurídica» si se hubiera procedido a investigar las operaciones realizadas. «Es claro que lo que se pretendía era dificultar la actuación investigadora de la AET a la hora de hallar bienes de los deudores, pues cuando hiciesen consultas a los Registros de la Propiedad no aparecerían bienes a nombre de los deudores sino de sus cónyuges e hijos [...]». Los indicios que llevan al juzgador a considerar que se produjo esta simulación son: *a*) la «sospechosa coincidencia en el tiempo» entre la comunicación por parte de la AET y las operaciones relativas al régimen de bienes; *b*) inexistencia de causas que justifiquen la donación; *c*) el volumen de gastos que comportaban todas estas operaciones en un momento de crisis económica de la familia; *d*) el documento privado suscrito el 6 de junio en que se expresa que continúa el régimen de gananciales; *e*) la omisión de diversos bienes en la liquidación de la sociedad; *f*) la inclusión de un pasivo ficticio de 6.000.000 de ptas., y *g*) la propia situación personal de las partes, puesto que el conflicto se suscitó después de la separación matrimonial. A la vista de los antecedentes, la sentencia concluyó que debía ser estimada la demanda, «pues los distintos negocios jurídicos simulados en las dos escri-

turas firmadas escondían una causa ilícita, pues solo pretendían hacer desaparecer sus bienes de los registros públicos y constituían una clara simulación, pues en ningún momento se pretendió pactar el régimen de separación de bienes y liquidar la sociedad ganancial, ni tampoco posteriormente donar la demandante a sus hijos el bien que le había sido adjudicado [...]

- 5.º La sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 3.ª, de 2 de marzo de 2005 (*JUR* 2005/90605), confirmó la apelada, aceptando los razonamientos de la sentencia de 1.ª instancia. Añadió que la situación «obedeció a una operación previamente diseñada para que los diferentes componentes de la entidad mercantil “Ángel J. González Villa, S. A.” se colocaran en situación de insolvencia», porque el mismo día que los litigantes (6 de junio de 1996) y en la misma notaría, la hermana de la demandante/recurrida liquidó de idéntica forma su sociedad de gananciales y efectuó la misma donación, concluyendo que «la verdadera razón de las capitulaciones y donación era la situación generada por las deudas de la empresa familiar. Y la operación fue diseñada para que, a pesar de que nada figurara a nombre de la señora Santiago, el matrimonio siguiera usando y disfrutando de todos los bienes».
- 6.º Don Felipe presenta contra esta sentencia recurso extraordinario por infracción procesal, al amparo del artículo 469.1.3 LEC, con un único motivo y recurso de casación, al amparo del artículo 477.1 LEC, dividido en cinco motivos. Ambos recursos fueron admitidos por auto de 17 de junio de 2008.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 2-3-2005, dictada por la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Valladolid.

3. STS de 18 de febrero de 2009 (11) en un supuesto de escritura de capitulaciones matrimoniales y liquidación de gananciales. Estamos ante la venta de cuota indivisa de un bien inmueble con obligación de responder de las posibles consecuencias fiscales de la venta en proporción a sus cuotas. Los copropietarios se hacen cargo del pago de los impuestos correspondientes según la participación en la propiedad.

Se resumen los hechos en su FD 1.º:

- 1.º Don Marco Antonio y su esposa doña Lorenza otorgaron capítulos matrimoniales el 4 de noviembre de 1991, donde modificaron el régimen de bienes, pactando el de separación absoluta. En dicha

(11) STS de 18 de febrero de 2009 (*RJ* 2009/1496).

escritura se insertó el siguiente pacto: «CUARTO. En ningún caso los bienes de uno de los cónyuges responderán de las deudas, obligaciones y responsabilidades contraídas por el otro ni derivadas de cualquier actividad del otro, aunque ésta redundase en beneficio de la familia, salvo el caso de que expresamente uno de ellos avale o afiance al otro». En la misma fecha se otorgó una escritura de liquidación de la sociedad de gananciales, en la que se establecían las bases de la partición en relación a la finca situada en Madrid, CALLE000, NÚM000 - NÚM001; el pacto séptimo establecía lo siguiente: «Como consecuencia de lo anterior se entiende adjudicado a doña Lorenza cinco séptimas partes del referido edificio y a don Marco Antonio las dos séptimas partes [...]». El 24 de febrero de 1992 se otorgó escritura de disolución de la sociedad de gananciales, incluyéndose el siguiente pacto: «Que las posibles consecuencias fiscales de la venta de la casa en la CALLE000 NÚM000 y NÚM001 de Madrid serán soportadas en su día en la proporción, 5/7 y 2/7 en que ha resultado adjudicado el neto de la misma».

- 2.º El 24 de febrero de 1992 los consortes don Marco Antonio y doña Lorenza vendieron a Paradores de Turismo de España, S. A., la finca situada en la CALLE000 NÚM000 - NÚM001 de Madrid.
- 3.º Doña Lorenza falleció poco después, habiendo nombrado herederas a sus hijas por partes iguales y correspondiendo al viudo la correspondiente legítima.
- 4.º El 15 de febrero de 1995, la Inspección Tributaria levantó acta a don Marco Antonio por razón de la venta del inmueble de la CALLE000, proponiéndose una liquidación de 547.376.619 ptas. (3.289.399,74 euros). Don Marco Antonio puso en conocimiento de las herederas el acta levantada, sin obtener respuesta alguna.
- 5.º Don Marco Antonio demandó a doña Margarita y doña Mariana, con la expresa finalidad de que se determinara si en el caso de que llegara a consolidarse la deuda tributaria, las herederas de la esposa vendedora de las 5/7 partes del inmueble debían o no soportar el pago de los impuestos en la cuantía proporcional a que ascendiera la deuda. A tal efecto pedía en el suplico de la demanda que: «a) se declare la obligación de las demandadas de soportar, en proporción a su respectivo haber hereditario y con todos sus bienes, heredados o no, el pago de las 5/7 partes del importe a que ascienda la deuda tributaria liquidada a mi mandante [...]; b) se condene a las demandadas a estar y pasar por esta declaración y, consecuentemente, se las condene a reembolsar a mi mandante, en esa proporción, el importe de las 5/7 partes de dicha deuda, caso de que la misma llegara a consolidarse».

Las demandadas contestaron la demanda separadamente, alegando en lo esencial, que la deuda tributaria era únicamente del actor, que las cláusulas de los capítulos referidas a las cargas eran contradictorias y que dicha reclamación suponía un enriquecimiento injusto del demandante.

- 6.º La sentencia de Juzgado de 1.ª Instancia, número 41 de Madrid, desestimó la demanda. Después de fijar los hechos probados, dijo que en virtud de la escritura de capítulos matrimoniales, cada cónyuge debía responder con sus propios bienes frente a terceros de las deudas que contrajera a partir del pacto sobre el régimen de bienes y ello en aplicación del pacto 4.º de la escritura de capítulos y que ante la aparente contradicción entre la escritura de capítulos y la de disolución de la sociedad de gananciales, debían prevalecer los pactos contenidos en la primera escritura, porque los de la segunda no tenían virtualidad para cambiar los de la primera. Por ello, «resultando de la documentación aportada que el acta levantada al demandante por la Inspección de tributos del Estado fue motivada por haber declarado la venta en el porcentaje de cotitularidad que le correspondía como una renta proveniente de un incremento patrimonial no afecto a ningún tipo de actividad empresarial, pese a que dicho inmueble se encontraba afecto a una de las actividades empresariales realizadas por don Marco Antonio, ha de considerarse que la contingencia fiscal no tiene su origen en la venta del inmueble sino más bien en el ejercicio de una actividad empresarial que desempeñaba el actor [...]».
- 7.º Don Marco Antonio apeló la sentencia, que fue revocada por la de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19, de 2 de abril de 2003, que estimó la demanda presentada por don Marco Antonio y afirmó que no se trataba de discutir si las herederas debían responder por deudas de su padre, sino por las propias, como efecto de la aceptación de la herencia de la madre, «pues aquellas obligaciones fiscales no nacen de actos del padre, sino de la venta del inmueble dicho, respecto del cual se habían pactado unas condiciones que han de cumplirse a tenor de lo querido por los contratantes».
- 8.º Doña Mariana y doña Margarita interponen recurso de casación, que fue admitido por el Auto de esta Sala de 26 de junio de 2007.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 2-4-2003, dictada por la Sección Decimovena de la Audiencia Provincial de Madrid.

4. STS de 20 de junio de 2008 (12) plantea un problema de cargas y responsabilidades de la sociedad, en un supuesto de adquisición por el marido, sin consentimiento de la mujer, de un inmueble con subrogación en el préstamo hipotecario que lo gravaba. Se estima carácter privativo de la deuda, no obstante efectuarse la adquisición bajo el régimen de gananciales y para la sociedad conyugal.

Los hechos se describen en la sentencia, resumiendo:

Demandante: Caja Postal.

Demandados: Los cónyuges.

1. La entidad actora ejercita acción personal de reclamación de la cantidad pendiente de cobro de un préstamo con garantía hipotecaria en el que se subrogaron los demandados, después de que, en el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria no se cubrió la cantidad reclamada al adjudicarse la finca por cifra inferior.
2. La codemandada, doña María Dolores, opuso falta de legitimación pasiva, con fundamento en que la escritura de compra de la finca y subrogación en la hipoteca fue otorgada únicamente por su marido, el codemandado señor Luis Antonio, y era un acto privativo del mismo; además de que el matrimonio otorgó capitulaciones, pactando el régimen de separación y la liquidación de la sociedad de gananciales, meses antes de la resolución del préstamo, cuyo impago fue posterior a las capitulaciones, y en dicha escritura no figuraba ni la finca como activo ni el crédito hipotecario como pasivo.
3. El Juzgado de Primera Instancia estimó el carácter privativo de la operación, no obstante la manifestación realizada en la escritura de compraventa y subrogación en el sentido de que se adquiriría para la sociedad de gananciales, manifestación que basta para la inscripción pero no vincula —dice el Juzgado— al otro cónyuge si no presta su consentimiento expreso o tácito, y tal consentimiento no se ha probado. Al efecto, verifica una lectura de los artículos 1347.3 en relación con los 1361 y 1362, todos ellos del Código Civil, en el sentido de que la presunción de ganancialidad, entendida como adquisición a costa del caudal común, implicaría un destino unilateral de fondos comunes que no puede realizar sin el consentimiento de su cónyuge. Y deduce de los artículos 1362.2 del Código Civil y 1365.1 del Código Civil, en relación con el artículo 1370 del Código Civil, que no existe una directa de los bienes gananciales por las deudas de disposición hechas por uno solo de los cónyuges, no

(12) STS de 20 de junio de 2008 (RJ 2008/4262).

Vid. Comentario a esta sentencia en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, num. 79/2009, por Henar ÁLVAREZ ÁLVAREZ.

jugando la regla del artículo 1367 del Código Civil en defecto de prueba del consentimiento del otro cónyuge, que ha de sufrir la parte actora como reclamante, lo cual implica que aunque el bien adquirido tenga la naturaleza de ganancial no responden todos los bienes gananciales, sino solo el bien adquirido, hasta el límite del propio bien, y después los demás privativos del adquirente y, por lo dispuesto en el artículo 1373 del Código Civil, la mitad del valor que al cónyuge adquirente corresponda en la sociedad de gananciales. Ello conduce a la desestimación de la demanda frente a doña María Dolores.

4. En casación la posición del recurrente se traduce en la consideración de que siendo ganancial el bien que se adquiere, ha de ser ganancial la obligación convenida para la adquisición, según se deduce, en su criterio, de los preceptos que se invoca.

El motivo se desestima, toda vez que ni la ganancialidad del bien determina la de la obligación de pago del precio (en el caso del crédito hipotecario), ni ello se deduce de las normas cuya vulneración se denuncia. En el caso, el codemandado don Luis Antonio, marido de la también demandada doña María Dolores, adquirió un inmueble verificando un pago inicial mínimo del precio, más el IVA de la operación, y subrogándose en la hipoteca que gravaba el inmueble para pago del resto del precio. La adquisición se produce para la sociedad de gananciales, según declara el propio comprador, y así se inscribe en el Registro de la Propiedad, al amparo del artículo 93.4 del Reglamento Hipotecario. En el momento de la adquisición, el matrimonio se rige por la sociedad de gananciales. Poco después, otorgan los cónyuges capitulaciones matrimoniales y liquidan la sociedad de gananciales. No figuran el bien adquirido, ni la hipoteca que lo grava, en el inventario. La hipoteca se ejecuta y, no alcanzando el precio de remate a cubrir la totalidad del crédito hipotecario, se reclama ahora frente a ambos cónyuges la parte no cubierta. La esposa opone que no intervino en la operación, que fue privativa del marido, así como que la adquisición del bien se produjo para el patrimonio privativo del marido y, en definitiva, que no responden los bienes gananciales de la deuda contraída para la adquisición del bien.

El Juzgado de Primera instancia acepta, en definitiva, esa posición, a cuyo efecto pone de manifiesto las siguientes consideraciones que conducirían a la solución indicada:

- a) No hay prueba del consentimiento expreso o tácito del cónyuge que no intervino en la operación.

- b) El bien adquirido no figuraba en el inventario de gananciales cuando, poco después, se otorgó la escritura de liquidación de la sociedad de gananciales.
- c) La presunción de ganancialidad aplicada al caso en los términos que resultan de la literalidad de los preceptos contenidos en los artículos 1347.3.º, 1361 y 1324 del Código Civil implicaría un destino unilateral por parte de un cónyuge de fondos comunes que no puede realizar sin consentimiento del otro.
- d) Ni del artículo 1362.2 ni del artículo 1365.1 del Código Civil se deduce la responsabilidad directa de los bienes gananciales. El primero de los citados se refiere a la responsabilidad definitiva, o entre cónyuges, y no a la provisional, o frente a terceros; el artículo 1365.1 no se refiere a la adquisición, sino a la gestión y disposición, y el artículo 1370 del Código Civil dispone que el bien adquirido responde siempre, en los casos de adquisición por un cónyuge sin consentimiento del otro, de un bien ganancial, sin perjuicio de la responsabilidad de otros bienes, lo que significaría —dice el Juzgado— que no responden todos los bienes de la sociedad de gananciales, y ello porque no pueden ingresar bienes en el patrimonio ganancial contra la voluntad o con desconocimiento del otro cónyuge.
- e) En definitiva, concluye el Juzgado, de esa parte aplazada del precio de compra responderán el propio bien, sin la afección real, los privativos del adquirente y, por lo dispuesto en el artículo 1373 del Código Civil, la mitad del valor que a éste le corresponda en los gananciales.
- f) No jugando la regla del artículo 1367 del Código Civil, puesto que no hay prueba del consentimiento de la esposa, y la prueba corresponde a quien reclama, es la parte actora la que debe sufrir las consecuencias adversas de la falta de prueba.

Por lo tanto en esta sentencia se ve claro el carácter privativo de la deuda por parte del marido, no respondiendo la mujer de la deuda pactada por su esposo, pues no se prueba el consentimiento de la mujer bajo ninguna forma (art. 1367 CC). Responde el propio bien y los bienes privativos del marido y su parte en los gananciales.

5. STS de 6 de febrero de 2008 (13) para un caso de deuda contraída por el esposo vigente la sociedad de gananciales, quien responde de su deuda, independientemente de quién de los dos cónyuges sea el deudor. Siendo la modificación del régimen económico-matrimonial indiferente a los derechos de los acreedores anteriores a tal cambio.

(13) STS de 6 de febrero de 2008 (RJ 2008/2661).

Para ellos se invocan varias sentencias. El artículo 1317 del Código Civil, completado con los artículos 1399, 1403 y 1404, determina que, al conservar los acreedores de los cónyuges sus derechos contra el cónyuge deudor, pueden dirigirse contra los bienes que formaban la masa responsable antes de las capitulaciones, con independencia de cuál de los cónyuges sea su titular después del otorgamiento de las mismas, sin que sea necesaria la declaración de nulidad o el fraude de acreedores, que constituyen otras vías distintas para obtener un resultado parecido (SSTS de 21 de noviembre de 2005 [RJ 2005/7850], 1 de marzo de 2006 [RJ 2006/1860], 3 de julio de 2007 [RJ 2007/ 3792], etc.). Es evidente que tal cambio no puede afectar al derecho de los acreedores anteriores que de otra forma verían mermadas las garantías de las deudas. El hecho de que la deuda sea del esposo y de otro nada empece a esta responsabilidad, puesto que la deuda y la responsabilidad se mantienen, a lo que debe añadirse que la responsabilidad no se rige por el conocimiento o desconocimiento que la esposa tuviera de la deuda existente, sino por la condición de ganancial del bien que se le adjudicó, afecto a la responsabilidad generada por las deudas contraídas por su cónyuge durante el régimen, que desaparece de la masa al pactar la separación de bienes.

Este criterio recogido en esta sentencia es fiel reflejo de la postura mayoritaria recogida en nuestro Derecho, se debe de propiciar un ambiente cálido de confianza para que exista tráfico jurídico, de lo contrario la gente sería muy reacia a contratar.

6. STS de 3 de julio de 2007 (14), su Fundamento de Derecho 2.º dispone: «El artículo 6 del Código de Comercio establece que “en el caso del ejercicio del comercio por persona casada, quedarán obligados a las resultas del mismo los bienes propios del cónyuge que lo ejerza y los adquiridos con esas resultas... Para que los demás bienes comunes queden obligados será necesario el consentimiento de ambos cónyuges”». Pero el artículo 7 del propio Código establece una presunción, de modo que «se presumirá otorgado el consentimiento a que se refiere el artículo anterior cuando el comerciante ejerza el comercio con conocimiento y sin oposición del cónyuge que deba prestarlo». Esta regla debe ser integrada con el artículo 1365.2 del Código Civil en relación a la responsabilidad de los bienes gananciales, que «responderán directamente» de las deudas contraídas: 2.º en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio [...] Si uno de los cónyuges fuera comerciante, se estará a lo dispuesto en el Código de Comercio. Estas normas han sido interpretadas por la jurisprudencia de esta Sala en el sentido de que el artículo 6 del Código de Comercio no precisa que el consentimiento del cónyuge deba ser expreso, siendo suficiente el tácito «cuando la actividad comercial se lleva a cabo con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que debe prestarlo».

(14) STS de 3 de julio de 2007 (RJ 2007/3792).

7. STS de 25 de septiembre de 2007 (15), afirma que es doctrina jurisprudencial consolidada en la interpretación del artículo 1317 del Código Civil, que éste despliega todos sus efectos con independencia de que pueda pedirse la declaración de ineficacia de los capítulos. Por ello se ha afirmado reiteradamente por esta Sala que no es necesario pedir la nulidad de las escrituras de capítulos matrimoniales, ya que lo que establece el artículo 1317 del Código Civil «es una responsabilidad *ex lege*, inderogable por la voluntad de los particulares, que para nada incide en la validez de las adjudicaciones y que, en su consecuencia, no se requiere para su efectividad de declaración de ineficacia o de nulidad de clase alguna». Cuando el artículo 1317 del Código Civil establece que «la modificación del régimen económico-matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros» determina que los cónyuges no pueden oponerse a las ejecuciones contra los bienes que pertenecieron a la masa de los gananciales a pesar del cambio de régimen, independientemente de la declaración o no de la nulidad de los propios capítulos, siempre que se den los requisitos exigidos en el propio artículo 1317, cuya concurrencia en el presente caso se examinará más adelante. El artículo 1317 del Código Civil, completado con los artículos 1399, 1403 y 1404, determina que, al conservar los acreedores de los cónyuges sus derechos contra el cónyuge deudor, pueden dirigirse contra los bienes que formaban la masa responsable antes de las capitulaciones, con independencia de cuál de los cónyuges sea su titular después del otorgamiento de las mismas, sin que sea necesaria la declaración de nulidad o el fraude de acreedores, que constituyen otras vías distintas para obtener un resultado parecido. Se trata de una doctrina consolidada jurisprudencialmente.

8. STS de 5 de octubre de 2007 (16), *se estima la responsabilidad por deudas contraídas por uno solo de los cónyuges, al contraerse la deuda por el marido en el desarrollo de la actividad comercial ejercida con conocimiento y sin la oposición de la esposa*. En el Fundamento de Derecho 4.º se dispone: «La deuda, de naturaleza mercantil, fue contraída por el marido en el desarrollo de su actividad comercial, la cual ejercía con conocimiento y sin oposición de su esposa, habiéndose concertado la operación que dio lugar a la misma con anterioridad a la liquidación del régimen económico-matrimonial de la sociedad de gananciales y su sustitución por el régimen de separación de bienes. Por consiguiente, de dicha deuda deben responder los bienes gananciales, aunque se hayan atribuido a la esposa con ocasión de la liquidación de la sociedad, sin que obste a que la demanda se dirija contra ambos cónyuges el que la obligación haya sido contraída por uno solo de ellos, pues, al responder los bienes de la sociedad, puede demandarse al

(15) STS de 25 de septiembre de 2007 (RJ 2007/5362).

(16) STS de 5 de octubre de 2007 (RJ 2007/6798).

interviniente con notificación de la demanda al cónyuge no deudor, o formular la misma contra ambos cónyuges. Así resulta de los artículos 1.365.2.º y 1.317 del Código Civil y 6.º y 7.º del Código de Comercio y doctrina jurisprudencial. El artículo 1365.2.º del Código Civil —que actúa hacia el exterior (sentencia de 27 de marzo de 1999)— establece que los bienes gananciales responderán directamente frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio o en la administración ordinaria de los propios bienes, y seguidamente remite al Código de Comercio si el marido o la mujer (uno de los cónyuges), «fueren comerciantes». En este Código se exige que para que los bienes comunes queden obligados, el consentimiento de ambos cónyuges, pero se presume el consentimiento cuando se ejerza el comercio con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que deba prestarlo, o cuando al contraer matrimonio se hallare uno de los cónyuges ejerciendo el comercio y lo continuare sin oposición del otro (arts. 6.º, inciso final, 7.º y 8.º del Código de Comercio). La doctrina de esta Sala es reiterada en el sentido de que, conforme a la normativa mercantil, los bienes gananciales quedan sujetos a la actividad de comercio conocida y consentida que lleva a cabo uno de los cónyuges. Por otra parte, el artículo 1.317 del Código Civil previene que la modificación del régimen económico-matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros, y la doctrina jurisprudencial es clara en orden a la sujeción de los bienes adjudicados en la liquidación respecto de las deudas de que deben responder los bienes gananciales, sin necesidad de pedir la rescisión por fraude de las capitulaciones ni tener que demostrar que no se pueden cobrar de otros modos los créditos.

Por lo expuesto, se desestima el motivo primero porque la responsabilidad de los bienes gananciales deriva de la normativa mercantil aplicable al caso de autos, con independencia de que la señora Ángeles no haya intervenido en la operación de que deriva el crédito por el que se acciona en la demanda, y que conociera o no su concreta concertación, pues el conocimiento sin oposición del ejercicio del comercio por el señor Gonzalo crea la presunción legal de consentimiento, sin que nada obste a que la reclamación pueda también dirigirse contra la misma como litisconsorte voluntario, de ahí que no haya incongruencia. Y asimismo se desestima el motivo tercero porque el artículo 1.373 del Código Civil, cuya infracción se denuncia, se refiere a deudas privativas que tienen un régimen jurídico diferente».

9. STS de 16 de febrero de 2006 (17) para un supuesto de responsabilidad ganancial por deudas de comercio. Se dice que procede el embargo de bienes gananciales. Se trata de bienes adquiridos constante matrimonio por el marido para el desarrollo de la actividad propia de la sociedad familiar en la

(17) STS de 16 de febrero de 2006 (RJ 2006/641).

que participa la esposa tercerista por deudas contraídas en el desempeño de la actividad comercial conocida y consentida por su consorte.

A mi modo de ver, es un supuesto muy frecuente en el que uno de los cónyuges realiza una actividad comercial y sostiene a la familia, como vamos a ver dependerá de cada caso el que se pueda embargar los bienes gananciales o no. En el presente supuesto se trata de una sociedad de carácter familiar (los partícipes son los esposos o hijos), teniendo la actividad desarrollada por ella carácter ganancial. Hay pleno conocimiento por la sociedad y los cónyuges saben perfectamente sus actuaciones, por ello dice la sentencia que: «De acuerdo con el artículo 1365.2.º del Código Civil, los bienes gananciales responderán directamente frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge “en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio o en la administración ordinaria de los propios bienes”. Si uno de los cónyuges fuera comerciante, se estará a lo dispuesto en el Código de Comercio, cuyo artículo 6 establece que si se trata de personas casadas, para que los bienes comunes del matrimonio puedan quedar obligados es preciso el consentimiento de ambos cónyuges, que se presume otorgado, a tenor del artículo 7, cuando se ejerce actividad comercial con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que deba prestarlo, habiendo declarado la jurisprudencia que, conforme a la normativa mercantil, los bienes gananciales quedan sujetos a la actividad de comercio consentida y conocida que lleva a cabo uno de los esposos (sentencias de 6 de junio de 1994 [RJ 1994/4585], 10 de noviembre de 1995 [RJ 1995/8116] y 30 de diciembre de 1999 [RJ 1999/9095]). Es claro que en el presente caso, el esposo ejercía el Comercio, si bien a través de «Comercial Picar, S. L.», con conocimiento y consentimiento de la tercerista, participe en la sociedad, por lo que carece, también desde este punto de vista, de legitimación para interponer tercería de dominio sobre bienes gananciales, subsistente la sociedad conyugal».

10. STS de 1 de marzo de 2006 (18), pone énfasis en la subsidiariedad de la acción rescisoria por fraude de acreedores en la modificación de régimen económico-matrimonial. Se basa en el carácter subsidiario de la acción rescisoria. Se estima, por lo general, que para la subsistencia y efectividad de dicha garantía no es necesario acudir a la rescisión o nulidad de las capitulaciones matrimoniales en que tal modificación se instrumente, ya que del sentido general de los artículos 1399, 1403 y 1404 del Código Civil se desprende que la preservación de los derechos de los acreedores se traduce en que éstos conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor con responsabilidad ilimitada y, además, su consorte responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiese formulado debidamente inventario, pues, en

(18) STS de 1 de marzo de 2006 (RJ 2006/1860).

Vid comentario a esta sentencia en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 73/2007, por Margarita CASTILLA BAREA.

otro caso, y por aplicación de las normas de las sucesiones (arts. 1401 y 1402 en relación con el 1084 del Código Civil), tal responsabilidad será *ultra vires*.

La jurisprudencia, sin embargo, no parte de una incompatibilidad absoluta entre la acción rescisoria y la reclamación dirigida contra el cónyuge adjudicatario, pues en ocasiones se atribuye virtualidad al artículo 1317 del Código Civil, para privar de eficacia a las capitulaciones matrimoniales cuando se evidencia que fueron destinadas a defraudar a un acreedor, y sin que sea preciso para ello obtener declaración de insolvencia en un juicio previo; se admite la rescisión de las capitulaciones cuando se prueba que el crédito no se había podido hacer efectivo al no encontrar la ejecutante bienes del deudor para aplicarlos a tal fin, así como que demandante y demandada consintieron la modificación de su régimen matrimonial de bienes y la adjudicación de los hasta entonces gananciales con el fin de procurar al primero una situación de insolvencia o de insuficiencia económica para no cumplir obligaciones válidamente contraídas; o, finalmente, se proclama expresamente la alternatividad entre ambas acciones, declarando que los acreedores podrán acudir a la acción rescisoria (art. 1291.3 CC), siempre de carácter subsidiario, o dirigir la acción de reclamación contra el cónyuge deudor o contra el no deudor en los bienes que las nuevas capitulaciones le adjudiquen, de donde se desprende que jurisprudencialmente no queda excluido de manera radical y absoluta el ejercicio de la acción rescisoria contra los actos de liquidación de la sociedad de gananciales, aunque siempre será menester que se cumplan los presupuestos necesarios para su ejercicio, entre los que figura, como se ha repetido, el requisito de la subsidiariedad, que puede concurrir en supuestos extraordinarios en que, en aras de las circunstancias concurrentes, se demuestre que la responsabilidad atribuida al cónyuge adjudicatario sea por sí misma ineficaz para la garantía de los derechos de los acreedores defraudados.

11. STS de 15 de julio de 2005 (19), sobre el embargo de bienes gananciales. Una deuda ganancial derivada del afianzamiento solidario realizado por uno de los cónyuges del préstamo concedido a la sociedad familiar de la que es socio.

Se sigue manteniendo el criterio del beneficio o interés familiar como determinante de la responsabilidad de los bienes.

En el presente caso, el Supremo cita varias sentencias como la del 28 de septiembre de 2001 (*RJ* 2001/7134): en esta ocasión ha quedado suficientemente acreditado que la sociedad avalada era una compañía familiar, que desenvolvía su negocio en la órbita de la sociedad ganancial de la que resultaba beneficiaria de las actividades negociales positivas que se desarrollaban. En el caso presente se trata de deuda derivada de la actividad comercial desplegada por el marido, en su condición de administrador único y socio mayoritario de la so-

(19) STS de 15 de julio de 2005 (*RJ* 2005/9237).

ciudad familiar dicha, vigente el régimen de gananciales, lo que la hace deuda común, pues la recurrente conocía perfectamente las actividades comerciales que realizaba su esposo, constituyendo medio económico para el sustento de su familia (sentencia de 30 de diciembre de 1999 [*RJ* 1999/9095]), integrándose dichas actividades en el número 5.º del artículo 1347 del Código Civil y hace aplicable los artículos 6 y 7 del Código de Comercio.

Igualmente la Resolución General de los Registros y del Notariado expone lo siguiente: el Código Civil ha tenido que admitir supuestos de válida actuación unipersonal de uno solo de los cónyuges en los que resultan obligados los bienes gananciales, sin necesidad de una actuación conjunta de los dos cónyuges, como sucede entre otros, en los supuestos del artículo 1365 de dicho cuerpo legal. Al estar pues, autorizado en determinados casos uno de los cónyuges a obligar por sí solo a los bienes de la sociedad conyugal, cuando esto suceda, en las relaciones entre el cónyuge contratante y los terceros aparecerá interesado también el esposo no contratante debido a su coparticipación en la comunidad de gananciales y habrá que tratar igualmente de cohonestar los derechos que el tercero como acreedor pueda ostentar sobre el patrimonio ganancial con los del otro cónyuge no interviniente. El Código Civil ha pretendido solucionar la cuestión distinguiendo de una parte el aspecto externo de la relación, en donde en base a la protección del tráfico del artículo 1339 engloba, en el mismo plano, frente al acreedor, la masa de privativa del cónyuge deudor y la de gananciales como objeto de responsabilidad, sobre el que puede hacer efectiva la acción nacida de su crédito, y de otra parte el aspecto interno de relación de los dos esposos a fin de que mediante el reintegro entre las diferentes masas patrimoniales, pueda realizar la liquidación atribuyendo la deuda a la que realmente corresponda, según se expresa fundamentalmente en los artículos 1319, párrafo último, y 1364 del Código Civil. En sentencia dictada por esta Sala, de fecha 14 de septiembre de 2001, se manifiesta que ha quedado suficientemente acreditado que la sociedad avalada era una compañía familiar, que desenvolvía su negocio en la órbita de la sociedad ganancial, la que resultaba beneficiaria de las actividades negociales positivas que desarrollaban y así lo pone de manifiesto el examen en vía casacional de los hechos probados que se dejan reseñados. En esta línea, la sentencia de 2 de julio de 1990 (*RJ* 1990/5765) contempló un supuesto de aval a cargo de un cónyuge que actúa en favor de la explotación regular de los negocios, que favorecían al consorcio ganancial, haciendo aplicación del artículo 1632.2.º y 4.º del Código Civil, para declarar la existencia de deuda común, y de igual forma se pronuncia la sentencia de 11 de abril de 1972 (*RJ* 1972/1666), tratándose de aval que afecta a establecimiento mercantil y no cabe apreciar que fuera exclusivamente gratuito por tratarse de aval solidario sometido a la norma segunda del artículo 1145 del Código Civil (sentencias de 21 de noviembre [*RJ* 1987/8638] y 29 de diciembre de 1987 [*RJ* 1987/9656]).

12. STS de 25 de octubre de 2005 (20), sobre responsabilidad por deudas contraídas por uno solo de los cónyuges, debiendo distinguir entre la responsabilidad por deudas originadas en el desempeño de la profesión y las derivadas de culpa extracontractual.

El supuesto es similar a tantos otros, deuda contraída por el marido, disolución de la sociedad de gananciales y separación de bienes.

En el supuesto contemplado en primera instancia se declara la rescisión por fraude de acreedores y se dice que la esposa debe responder de la deuda que se reclama al ser responsabilidad ganancial. En apelación y casación se confirma la misma postura. Debemos señalar algunos aspectos relevantes para su estudio.

Se imputa la responsabilidad de la deuda contraída por el esposo como ganancial, si bien en primera instancia se imputa en base al artículo 1365.2 del Código Civil, mientras que la Audiencia considera que se trata de una responsabilidad extracontractual y por ello aplica el artículo 1366 del Código Civil. La doctrina siempre ha puesto de relieve la dificultad en distinguir los supuestos de aplicación de ambos artículos y así ha venido sucediendo también en la jurisprudencia de esta Sala. Por ello resulta imprescindible el análisis del caso concreto sometido a nuestra consideración para llegar a una solución correcta.

Entre los hechos considerados probados por la sentencia de apelación destaca que el marido y la mujer habían avalado préstamos concedidos a la sociedad Discuber, S. A., de la que el marido era accionista y administrador y que los bienes recibidos del demandante habían servido para la cancelación de las deudas que ambos cónyuges tenían como avalistas. Partiendo de esta base debemos examinar las distintas opciones que se presentan al juzgador:

- «1.º La obligación de devolver el dinero aportado por el señor Bernardo puede ser considerada una carga de la sociedad de gananciales, de acuerdo con el artículo 1362.4.º del Código Civil, que atribuye esta cualidad a las que se originen por “el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge”. De aquí que la responsabilidad frente a terceros acreedores debe regirse por el artículo 1365.2.º del Código Civil. Sin embargo, contra esta consideración se levanta la objeción que esta concreta deuda no se originó en el desempeño ordinario de la profesión del señor Joaquín, sino que fue causada por el destino desviado que se dio a los fondos aportados por el señor Bernardo, que no sirvieron para ampliar el capital de Discuber, S. A., sino para saldar los avales que el mencionado don Joaquín y su esposa habían otorgado en garantía de préstamos concedidos a la sociedad de la que don Joaquín era administrador.

(20) STS de 25 de octubre de 2005 (RJ 2005/7210).

Vid. Comentario a esta sentencia en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 71/200, por Laura GÁZQUEZ SERRANO.

- 2.º En consecuencia, parece más adecuado considerar que la obligación de don Joaquín como responsable solidario de la deuda de la sociedad Discuber, S. A., debe regirse por lo dispuesto en el artículo 1366 del Código Civil, es decir, se trata de una responsabilidad extracontractual, entendida esta expresión en sentido amplio, porque no tiene su origen en un contrato, sino que se trata de una indemnización de daños y perjuicios originada por las disposiciones legales y concretamente, en los artículos 133 y 135 LSA y que, además, ha sido beneficiosa para la sociedad de gananciales, puesto que ha eliminado un pasivo de ambos cónyuges, consistente en los avales asumidos y ya aludidos, pasivo que, era una deuda de la sociedad de gananciales, interpretación que coincide con la naturaleza de la responsabilidad de los administradores que establece el artículo 135 LSA. Y ello dejando aparte la colaboración de la propia esposa en todas las operaciones económicas.
- 3.º El recurrente admite esta calificación, pero considera que al concurrir «dolo o culpa grave» del marido, la responsabilidad no corresponde a la sociedad de gananciales, sino a éste, que en el momento actual es insolvente, como lo demuestran los hechos probados. Esta objeción no es válida, porque la norma del artículo 1366 del Código Civil no permite disminuir las garantías del acreedor, sino que frente al tercero funcionará la responsabilidad de la sociedad de gananciales, con independencia de las acciones que los cónyuges tengan entre ellos para el reembolso de lo pagado que no debiera ir a cargo de la sociedad.

La conclusión es que el patrimonio ganancial resulta responsable de la deuda contraída por don Joaquín porque la actuación que la ha generado ha sido beneficiosa para la propia sociedad conyugal, lo que implica la no admisión del primer motivo del recurso».

Así pues, se busca el beneficio concedido a la sociedad de gananciales y se trata de evitar el posible engaño a los acreedores, partiendo de una responsabilidad amplia.

13. STS de 21 de noviembre de 2005 (21) para un supuesto de modificación de capitulaciones matrimoniales en fraude de acreedores. El acreedor puede dirigir su acción contra los bienes de carácter ganancial para obtener el cumplimiento de las obligaciones contraídas con anterioridad a la disolución del régimen económico.

Pero en este caso se presenta un tema práctico muy interesante en la vida real y que merece la pena detenernos un poco.

(21) STS de 21 de noviembre de 2005 (RJ 2005/7850).

Los cónyuges sustituyeron su régimen económico-matrimonial por el de separación absoluta de bienes y disolvieron la sociedad de gananciales adjudicando bienes a la mujer que ahora la actora, entidad bancaria, solicita que dicha adjudicación se declare nula por simulación absoluta por ilicitud de la causa por ser en fraude de acreedores dicha adjudicación, dando lugar a su rescisión.

Tanto en primera instancia como en apelación se condena a la entidad, y el Supremo declara no haber lugar al recurso, las pretensiones no prosperaron, ya que: Primero, la simulación es una cuestión de hecho sometida a la libre apreciación del juzgador de instancia, al declarar que había que rechazar la acción de nulidad radical por simulación por inexistencia o licitud de la causa «al ser precisamente el intercambio de prestaciones y derechos, realizado por los interesados mediante la modificación de su anterior régimen económico-matrimonial, la razón de ser del negocio realizado»; y Segundo, la acción rescisoria por fraude prevista en el artículo 1291-3.º del Código Civil en relación con el 1111 del mismo código, requiere la acreditación de que se ha producido una actuación fraudulenta y, además, tiene carácter subsidiario para los acreedores, como señala dicho apartado 3.º del artículo 1291 al referirse a «cuando éstos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba», subsidiariedad que expresamente se establece en el artículo 1294 del Código Civil. En el presente caso, la Audiencia Provincial considera probado, en el Fundamento Jurídico cuarto de su sentencia, que «no existe diferencia apreciable en cuanto al valor conjunto de los bienes adjudicados a cada uno de los cónyuges», conclusión de carácter fáctico que no ha sido debidamente combatida en casación y que excluye la idea de cualquier actuación fraudulenta; por otro lado, como señala, entre otras, la sentencia de esta Sala, de 15 de marzo de 1994, «estableciendo el artículo 1317 del Código Civil —como también se establecía en el 1322, según la normativa legal vigente con anterioridad a la modificación operada por la Ley de 13 de mayo de 1981— que la modificación del régimen económico-matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudica en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros, lo que hizo que el Tribunal Supremo mantuviera en abundante jurisprudencia —sentencias de 13 de junio de 1986 (*RJ* 1986/3547), 10 de septiembre (*RJ* 1987/6046) y 14 de octubre de 1987 (*RJ* 1987/7099), 24 de noviembre de 1988 (*RJ* 1988/8705) y 25 de enero (*RJ* 1989/124) y 20 de marzo de 1989 (*RJ* 1989/2186)— que a tales efectos es innecesario pedir la nulidad de las escrituras de capitulaciones matrimoniales y liquidación de la sociedad legal de gananciales, ya que lo que aquel precepto consagra es una responsabilidad *ex lege*, inderogable por la voluntad de los particulares, que para nada incide en la validez de las adjudicaciones y que, en su consecuencia, no se requiere para su efectividad de declaración de ineficacia o nulidad de clase alguna». De ahí que, al subsistir el derecho del acreedor a dirigir su acción contra los bienes de carácter ganancial para obtener el cumplimiento

de las obligaciones contraídas con anterioridad a la disolución de tal régimen económico, se falta a la condición de subsidiariedad que acompaña a la acción rescisoria por fraude».

Este es el dato clave para prosperar la acción, *la condición de subsidiariedad que acompaña a la acción rescisoria por fraude*. Por lo tanto, hay que acudir a la responsabilidad privativa o ganancial, pero en cualquier caso hay que marcar los parámetros para que llegue a buen fin.

14. STS de 3 de noviembre de 2004 (22), estamos ante un supuesto de responsabilidad de los bienes comunes por la deuda contraída sin el concurso ni el consentimiento de su consorte.

En casación se estima la infracción del artículo 1261 del Código Civil, habiendo sido condenada como deudora la mujer a consecuencia de dos contratos de fianza en los que no fue parte contratante, ya que no consistió en celebrarlo. Si no ha consentido las fianzas no puede ser condenada como fiadora.

Se hace necesario distinguir entre deuda (deber de realizar la prestación) y responsabilidad patrimonial (sujeción del patrimonio propio a la facultades de agresión de los acreedores, para la satisfacción coactiva de los créditos). Distinción que da pie para declarar que, en los matrimonios regidos por las normas de la sociedad de gananciales, si la obligación la contrae, *nomine proprio*, uno de los cónyuges, él será el único deudor, no el otro (ni aquella sociedad, carente de personalidad jurídica); y que, pese a ello, responderán directamente ambos cónyuges con los bienes comunes si, como se ha dicho, habiéndola contraído solo uno y, por lo tanto, no los dos o uno con el consentimiento del otro, casos previstos en el artículo 1367 del Código Civil la deuda es de la naturaleza que el legislador toma en consideración para facultar a los acreedores a que hagan efectivo su derecho con una ejecución directa sobre los bienes comunes.

Una de las deudas de tal condición es la que menciona el artículo 1365.1.º del Código Civil, precepto que aplicó la Audiencia Provincial para calificar las que causaron la condena (en cuanto nacidas del ejercicio de la gestión de los bienes gananciales), en términos que no cabe sino mantener.

Por ello, la esposa adeuda la suma que admitió deber, al allanarse a la demanda, pero no el resto, ya que no celebró el contrato que lo generó, aunque, junto con su cónyuge, el otro demandado, responda directamente de todo el débito con los bienes gananciales.

15. STS de 11 de diciembre de 2003 (23) para un caso de hacer extensiva a la esposa e hijos del administrador de una sociedad anónima la responsabilidad de gestión social. La actividad de la sociedad no es una deuda ganancial ni aparece fraude de ley o abuso del derecho, y no puede acudirse

(22) STS de 3 de noviembre de 2004 (RJ 2004/6868).

(23) STS de 11 de diciembre de 2003 (RJ 2003/412).

a los bienes de la esposa ni del hijo para exigir responsabilidad del administrador que era el marido-padre.

16. STS de 18 de marzo de 2002 (24) para la que el artículo 1317 del Código Civil otorga una eficacia decisiva para hacer efectiva la deuda sin necesidad de pedir la rescisión por fraude de las nuevas capitulaciones y sin tener que demostrar que no se pueden cobrar de otro modo los créditos.

El Fundamento de Derecho 3.º señala: «...de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1317 del Código Civil, que dispone que la modificación del régimen económico-matrimonial, realizada durante el matrimonio, no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros, y la interpretación dada al mismo por la doctrina de esta Sala en sentencias de 26 de junio (RJ 1992/5478) y 7 de noviembre de 1992 (RJ 1992/9098), 21 de julio (RJ 1994/6573) y 13 de octubre de 1994 (RJ 1994/7482), y 25 de septiembre de 1999 (RJ 1999/7274), de otorgar al referido precepto una eficacia decisiva para hacer efectiva la deuda sin necesidad de pedir la rescisión por fraude de las nuevas capitulaciones y sin tener que demostrar que no se pueden cobrar de otro modo sus créditos».

Decretando que alcanza la responsabilidad de esta condena a los bienes que le fueron adjudicados en la división y liquidación de bienes de la sociedad de gananciales.

17. STS de 27 de noviembre de 2002 (25), contempla un supuesto de capitulaciones matrimoniales que pactan separación de bienes, con un posible fraude de acreedores.

En primera instancia se considera que hay rescisión por fraude de acreedores, confirmándose en apelación. En casación se confirma solo en parte.

El siguiente supuesto nos indica: Que los cónyuges demandados otorgaron capitulaciones matrimoniales, concertando el régimen legal de separación de bienes, adjudicándose la vivienda a la esposa. Que como consecuencia de lo anterior no resultó efectivo el embargo trabado en el procedimiento ejecutivo. Que a la mujer se le adjudicaron la totalidad de los bienes inmuebles que componían el haber ganancial, adjudicándose el marido solo acciones, entre ellas la de la sociedad afianzada.

La Sala, asimismo, constata: «El contrato de descuento bancario fue firmado y afianzado el 27 de octubre de 1993, las letras que con posterioridad fueron objeto de impago, fueron presentadas al descuento con fecha valor de 8 de marzo de 1994, es decir, que el 8 de marzo el Banco entregó las cantidades al acreditado, teniendo como garantía las letras de cambio con fecha de vencimiento de 25 de junio de 1994. En ese día de marzo ya había nacido

(24) STS de 18 de marzo de 2002 (RJ 2002/2273).

(25) STS de 27 de noviembre de 2002 (RJ 2002/10280).

la obligación de pago al Banco de las cantidades descontadas. Las capitulaciones matrimoniales se firmaron el 14 de abril de 1994, cuando la obligación de devolución de las cantidades adelantadas por el Banco ya había nacido». De tales hechos, pues, sobresalen estas circunstancias: 1. El demandado actuaba con otros como fiador solidario. 2. El descuento bancario se suscribió en 27-10-1993, se efectuó el descuento el día 8 de marzo siguiente. 3. Se firmaron las capitulaciones en 14-4-1994. 4. Las letras vencían el 25-6-1994.

Al final se dan razones para sostener que la deuda no es ganancial, y se indica la necesidad de agotar la solvencia del deudor, pues la vía rescisoria de capitulaciones matrimoniales está condicionada a que el acreedor trate de obtener su crédito, agotando la vía de apremio contra el deudor.

18. STS de 7 de marzo de 2001 (26), sobre rescisión por fraude de acreedores.

Señala en su Fundamento de Derecho 2.º: «La doctrina de esta Sala tiene declarado al respecto que no es rigurosamente necesario que haya de promoverse pleito previo para acreditar la insolvencia o que ésta tenga que ser total, siendo suficiente que concurra minoración económica provocada para cubrir la integridad de la deuda, causándose de esta manera un real y persistente daño al acreedor o acreedores por la actuación fraudulenta del obligado, siendo esencial que del conjunto de las pruebas se llegue a la conclusión de que no pudiendo aquél cobrar lo que se le debe, carece de otro recurso legal para obtener la reparación de los perjuicios económicos que le afectan».

Se alega que la mujer no está obligada por las deudas del marido, al no existir consentimiento expreso, pero no se estima al entender que el negocio tenía naturaleza ganancial y el Código de Comercio sujeta los bienes gananciales a la responsabilidad del ejercicio comercial por uno de los cónyuges, basando el consentimiento tácito cuando la actividad comercial se lleva a cabo con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que debe prestarlo.

19. STS de 29 de diciembre de 2001 (27), establece la ganancialidad de los bienes conyugales.

20. STS de 12 de enero de 1998 (28), sobre embargo de bienes gananciales por deudas propias de un cónyuge. Su Fundamento de Derecho 2.º expresa: «Una de las causas de disolución —no *ipso iure* del artículo 1392 del Código Civil— de la comunidad de gananciales a instancia de parte, que enumera el artículo 1393, es la del artículo 1373, al que se remite el último párrafo de aquél: es el embargo de bienes gananciales por deudas propias de un cónyuge, en que el otro exige que el embargo se trabase sobre la parte que

(26) STS de 7 de marzo de 2001 (RJ 2001/2729).

(27) STS de 29 de diciembre de 2001 (RJ 2001/3096).

(28) STS de 12 de enero de 1998 (RJ 1998/35).

ostenta el cónyuge deudor en la comunidad ganancial, lo que lleva consigo la disolución del régimen.

Por tanto, el cónyuge no deudor, que ve cómo le embargan bienes gananciales, tiene una opción: aceptarlo, en cuyo caso cuando en su día se ejecuten bienes suficientes para satisfacer la deuda de otro cónyuge, el deudor embargado, se reputará que éste ha recibido a cuenta, por el valor de los bienes ejecutados, parte de los gananciales que en el momento de la liquidación le corresponderían; o bien, exigir que el embargo concrete a la parte de gananciales que le corresponda al cónyuge deudor, en cuyo caso se disuelve la comunidad de gananciales y rige el régimen de separación de bienes: es la opción que contemplan los artículos 1373 y 1374 del Código Civil.

La aplicación en el proceso de esta opción que concede al cónyuge no deudor el artículo 1373 del Código Civil parte de la situación de derecho material: estando ante una deuda propia de un cónyuge, sin responsabilidad para la comunidad de gananciales y que no es una carga de ésta, se han embargado bienes gananciales en ejecución de sentencia o en juicio ejecutivo; cuando el embargo es notificado al cónyuge no deudor y éste ejerce aquella opción, puede hacerlo, como reconoce la sentencia de 29 de octubre de 1984 (*RJ* 1984/5077), en incidente en el proceso de ejecución; sin perjuicio de admitirse, en ciertos casos, la terceraía de dominio, como así entendió la sentencia de 17 de julio de 1997 (*RJ* 1997/5513).

Este ha sido el caso presente: tal como dice expresamente la sentencia de instancia, la deuda del marido no era ganancial, ya que «no se infiere en modo alguno la existencia de consentimiento expreso por parte de la esposa y así la póliza de afianzamiento viene constituida y firmada tan solo por el esposo» y advierte que el «Banco» no demandó a la esposa, respecto a la obligación solidaria de pago por razón del contrato de fianza y en la sentencia de los autos principales no se la condena al pago.

Cuando en ejecución de esta sentencia se embargan bienes gananciales, se produce exactamente el supuesto para el que está prevista la opción que concede el artículo 1373 del Código Civil: hubo una deuda no ganancial, sino propia del marido —hecho declarado así en la sentencia de instancia— y no se embargaron bienes privativos de éste, sino bienes gananciales; frente a cuyo embargo la esposa, en incidente de ejecución de sentencia, exigió que en la traba se sustituyeran los bienes comunes embargados por la parte de los bienes que le correspondan y se le adjudiquen al cónyuge deudor en la comunidad de gananciales, sustitución de la traba que es consecuencia de la disolución de la comunidad de gananciales. Así se ordenó, correctamente, por la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, que es objeto del presente recurso de casación.

21. STS de 10 de marzo de 1998 (29), donde se habla de la inoponibilidad del nuevo régimen hasta la inscripción de las capitulaciones en el registro. El Fundamento de Derecho 2.º expresa: «El recurrente arguye, en síntesis, que los bienes inmuebles que se adjudicó en pago de su haber ganancial, como consecuencia del nuevo régimen de separación pactado en capitulaciones, figuran inscritos “a raíz” de aquéllas como bienes privativos en el Registro de la Propiedad. Pero, aparte de que estos datos no se recogen en los hechos probados (ni se señalan fechas ni referencias fiables), no cabe que se confunda la propiedad de los bienes adjudicados con la responsabilidad por las deudas de la sociedad de gananciales que se liquida y con la imputabilidad de las deudas contraídas por el cónyuge con un tercero a dicha sociedad, mientras no se produzca la publicidad necesaria sobre un nuevo régimen económico del matrimonio. En este sentido, conviene reiterar, en atención a las dudas que suscita el sistema de publicidad adoptado por nuestra legislación, en beneficio de la seguridad del tráfico, para proteger a los terceros, frente a las modificaciones que se produzcan en el régimen económico-matrimonial que, cuando no conste en el Registro Civil, conforme con el artículo 77 de la Ley de Registro Civil, la alteración del régimen económico, habida respecto del matrimonio en cuestión, el tercero de buena fe se halla plenamente protegido, de modo que no pueden oponerse al mismo, las consecuencias jurídicas del nuevo régimen económico. Si falta esta publicidad del Registro Civil o está en discordancia con lo que resulta de la “toma de razón” en el Registro de la Propiedad cuando, como consecuencia del nuevo régimen económico-matrimonial, las capitulaciones matrimoniales afectan a inmuebles, sin perjuicio de las posibles responsabilidades en que hayan podido incurrirse, los terceros de buena fe, especialmente protegidos por el Registro Inmobiliario, no verán alterada su posición jurídica. Mas ello no significa, como parece pretender el recurrente, que los terceros, en general, estén concernidos y obligados, por la publicidad del Registro Inmobiliario al margen de lo que resulte del Registro Civil, que es, en definitiva, el que hace público para todos el régimen económico modificado».

De las normas expuestas se desprende que, siendo el marido comerciante, con consentimiento y sin oposición de la mujer, y habiéndose inscrito en el Registro Civil la modificación de las capitulaciones matrimoniales el 24 de mayo de 1989, es decir, con posterioridad al documento de reconocimiento de deuda y al fallecimiento del esposo, es claro que al pago de la misma están sujetos los bienes comunes, sin perjuicio de la responsabilidad que alcanza a los herederos.

Se concluye indicando que la deuda no puede alcanzar a los bienes privativos de la esposa, ahora bien, los bienes adjudicados siguen siendo bienes gananciales para el acreedor cuyo crédito es una partida del pasivo de la sociedad de gananciales que se disuelve y liquida.

(29) STS de 10 de marzo de 1998 (RJ 1998/1042).

22. STS de 17 de julio de 1997 (30), estamos ante un procedimiento de tercería de dominio, el esposo avala, sin el consentimiento de su esposa, una póliza de crédito mercantil a favor de la Cámara Agraria, donde trabajaba. Como consecuencia del incumplimiento de esta obligación de garantía, el Banco EC promovió juicio ejecutivo contra el esposo, a resultas del cual fueron embargadas dos fincas de carácter ganancial, sin que la diligencia de embargo fuera notificada, en la debida forma, a la esposa del ejecutado. Ésta interpone tercería de dominio sobre las fincas gananciales desestimándose en primera instancia y apelación. El TS estima el recurso casando la sentencia de instancia.

Se parte de la naturaleza gratuita del negocio, aval en una póliza de crédito mercantil, otorgado por el marido; este tipo de fianza requiere, para que afecte a los bienes comunes, el consentimiento de ambos cónyuges y no el simple conocimiento.

En su Fundamento de Derecho 5.º declara que: «...a diferencia de la reivindicatoria, en la acción de tercería no se trata de declarar, ni recuperar el dominio de la cosa, sino de liberar del embargo bienes indebidamente trabados, por no estar en el caso de responder de la deuda de ejecución, excluyéndoles de la vía de apremio, lo que presupone, ineludiblemente, la exigencia de que el tercerista no esté de algún modo vinculado, como sujeto pasivo, al pago del crédito para cuya efectividad se realizó la traba, esto es, que, con relación a dicho crédito, tenga la condición de tercero, como así viene declarado en diversas sentencias, y semejante doctrina tiene su complemento en la sustentada por la sentencia de 16 de noviembre de 1990 (*RJ* 1990/8950), al declarar que la situación de tercero ha de admitirse que concurre en la esposa a espaldas de la cual se constituyó la obligación acreditadamente no ganancial, determinante del ejecutivo en el que se embargan bienes de esta naturaleza, sin que en salvaguarda de sus derechos sobre el inmueble común trabado le fuese notificada ni siquiera la pendencia del procedimiento contra su consorte.

MORALEJA IMBERNÓN (31) para sustentar estos argumentos acude a la influencia en materia de pasivo de la sociedad de gananciales del «interés de la familia» y al dato de que el marido únicamente lleva a cabo un acto mercantil aislado que, en modo alguno se enmarca en una actividad general comercial a resultas de la cual la masa ganancial pueda resultar obligada.

23. STS de 2 de diciembre de 1997 (32) es para un supuesto de compraventa realizada por el marido comerciante sin intervenir su esposa. Aunque en el presente caso hay un cambio de régimen económico de gananciales a sepa-

(30) STS de 17 de julio de 1997 (*RJ* 1997/5513) y comentada en *CC Jurisprudencia Civil*, núm. 45, septiembre-diciembre de 1997, por MORALEJA IMBERNÓN, N., pág. 1261 y sigs.

(31) *Op. cit.*, pág. 1235.

(32) STS de 2 de diciembre de 1997 (*RJ* 1997/8721).

ración, y aunque hay mucha jurisprudencia al respecto, en el presente caso no se ha reclamado en la demanda la responsabilidad del patrimonio ganancial, sino que se ha interesado que se condene a ambos esposos a pagar el precio de unas compraventas, en las que la esposa-demandada no fue parte compradora.

24. STS de 13 de octubre de 1994 (33), sobre todo el carácter de deuda solidaria del matrimonio demandado se deduce de la regulación de la sociedad de gananciales en el Código Civil y de su responsabilidad por las deudas que cualquiera de los cónyuges contrae. Así, el artículo 1317 señala que la modificación del régimen económico-matrimonial realizada durante el matrimonio: «no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros». Como ocurriría en este caso a virtud de la escritura de capitulaciones en su aspecto de adjudicación de los bienes inmuebles del matrimonio a la esposa, quedando el esposo en situación de no poder pagar la deuda contraída con el vendedor del motor marino litigioso. Con ello como ha declarado esta Sala [sentencias, entre otras, de 30 de enero de 1986 (*RJ* 1986/338), 10 de septiembre de 1987 (*RJ* 1987/6046) y 18 de julio de 1991 (*RJ* 1991/5399)], sin decretar la nulidad de las capitulaciones, se trata de evitar el posible fraude a los terceros derivado de la modificación de las capitulaciones matrimoniales, las que pierden su eficacia cuando fueron destinadas a defraudar al acreedor de los otorgantes, sin que sea preciso para ello obtener declaración de insolvencia en juicio previo, cuando del conjunto de la prueba —como aquí ocurre— se estima que el contrato se otorgó en fraude de acreedores, quienes no pueden de otro modo cobrar lo que se les debe. De todo ello, y de lo dispuesto en los artículos 1362, número 4.º, 1401 y 1402, resulta que, más que solidaridad de obligación frente a terceros en contra de los esposos, hay una vinculación real de los bienes adjudicados a cualquiera de ellos al liquidar la sociedad de gananciales y sustituirla por otro régimen económico-matrimonial. Ya que es de cargo de la citada sociedad la explotación regular de los negocios de cada cónyuge, respondiendo sus bienes del ejercicio ordinario de la profesión. Así [sentencias de 5 de junio de 1990 (*RJ* 1990/4733), 15 de marzo de 1991 (*RJ* 1991/2261) y otras] los bienes gananciales responden directamente frente al acreedor del marido de las deudas por éste contraídas, incluyendo la responsabilidad del cónyuge no deudor con los bienes que le hayan sido adjudicados, es decir, que existe una responsabilidad de los bienes gananciales que no desaparece por el hecho de que hayan sido adjudicados, y aun después de la disolución de la sociedad permanece viva la acción del acreedor contra los bienes consorciales. Y en los artículos 1401 y 1402 citados se garantiza la conservación de los créditos de terceros por las deudas de la sociedad también contra el cónyuge no deudor, por los bienes que le han sido adjudicados, pues antes es pagar que partir [sentencia de 13 de junio de 1986 (*RJ* 1986/3547)].

(33) STS de 13 de octubre de 1994 (*RJ* 1994/7482).

25. STS de 28 de abril de 1993 (34), donde se discute la modificación de las capitulaciones matrimoniales. En primera instancia se declara la nulidad de las capitulaciones y en casación se estima lícito el motivo de modificación y se declara válida dicha modificación. La causa fue la de establecer un régimen de separación de bienes entre los esposos, sin perjuicio de subrayar que el fin de ese contrato fuese el de proteger el patrimonio inmobiliario de la esposa frente a una eventual crisis de la actividad turística que pudiera repercutir en el negocio desarrollado por el esposo.

26. STS de 5 de febrero de 1991 (35), en este caso se pretende demostrar que el señor N. G., por medio de los avales en que él intervino, ha obligado los bienes gananciales a título gratuito sin intervención, ni el concurso, ni consentimiento expreso de su mujer. Se alegan varias razones, de las cuales destacamos: el supuesto ahora contemplado de contrato de fianza convertido por el recurrente, que no implica por sí acto dispositivo alguno sobre bienes conyugales: c) Asimismo los actos que se citan del Código Civil no se refieren tampoco a contratos de garantía concertados por los cónyuges sino a actos dispositivos de bienes gananciales (art. 1375), a actos de disposición a título oneroso sobre los mismos bienes (art. 1377 y el anterior art. 1413), no se trata de liberalidades sobre bienes gananciales (art. 1378) ni se está en los supuestos de los artículos 1367 ó 1828 del Código Civil, también invocados, por todo ello no concurren las infracciones que estos motivos acusan; ni las de los artículos 325, 439 y 441 del Código de Comercio, tratándose de un contrato de garantía y accesorio respecto de una obligación principal, que en el caso debatido no se demuestra la supuesta gratuidad sino basada en cubrir contratos onerosos. d) Es de tener muy en cuenta en estos autos que quien pide la nulidad de los llamados avales, por no haber intervenido en ellos su mujer, fue quien dio origen a tal nulidad, es decir, el recurrente señor N. G., avalista o fiador, y en tal concepto no tiene legitimación alguna para solicitar se declare una nulidad que surgió de sus propios y voluntarios actos. Así se deduce del artículo 1302 del Código Civil, al privar de la acción de nulidad a los que dieron lugar a la causa de nulidad que se invoca, aplicable sin duda por evidente razón de analogía, según el artículo 4, apartado 1 del mismo Código, ya que hay entre el caso previsto y el discutido identidad de razón. Por todo ello es procedente la desestimación de los motivos 2.º y 4.º, sin que se detecte infracción alguna del artículo 325 del Código de Comercio, ni del artículo 24.1 de la Constitución, en cuanto, respecto de este último, es obvio que no habiendo sido demandada la esposa del recurrente señor N. G., ni habiendo intervenido aquélla en los contratos cuya nulidad se pidió, tiene a su disposición todos los medios de defensa que el ordenamiento jurídico establece. La jurisprudencia,

(34) STS de 28 de abril de 1993 (*RJ* 1993/2952).

(35) STS de 5 de febrero de 1991 (*RJ* 1991/705).

concorde con el criterio expuesto, declaró la validez de la fianza del marido que obliga a la sociedad de gananciales, siempre que no se cree perjuicio o fraude para la mujer; lo mismo cuando la esposa conoce el ejercicio profesional del marido, o no consta oposición expresa de aquélla al ejercicio mercantil profesional de su marido. Todo ello corrobora la desestimación expresada de los citados motivos.

27. STS de 15 de marzo de 1991 (36), sobre aval otorgado por el esposo en la explotación regular de su negocio. Existe responsabilidad de los bienes atribuidos a la esposa después de la disolución de la sociedad. El marido administra los bienes gananciales y firma como avalista y afianza obligaciones mercantiles. Se establece la afección de los bienes gananciales a la responsabilidad del cumplimiento de las obligaciones asumidas por el marido, cuando actúan en interés de la familia, y la extensión de tal doctrina al caso concreto del aval, que pese a ser un negocio gratuito, como accesorio que es de otro principal, cuyo buen fin, redundo en beneficio de la sociedad, también obliga a los referidos bienes comunes.

En el caso presente, el marido como administrador único de la sociedad anónima, de capital mayoritario de la comunidad de bienes gananciales, al concretar las pólizas y los avales, en cuestión, procedía, según establece acertadamente la sentencia de instancia, en situación equiparable a la del comerciante, según el artículo 6.º del Código de Comercio, al que se presume otorgado el consentimiento del otro cónyuge para obligar a los bienes comunes, cuando se ejerza «con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que debe prestarlo», en concordancia, con la finalidad de buscar el necesario equilibrio, entre los beneficios que para la sociedad de gananciales se derivan de tal actividad y los consecuentes riesgos y responsabilidades jurídicas que la actividad origina y produce, razones que subsisten, en el Código Civil vigente, con carácter general al disponer en el artículo 1365 que los bienes gananciales respondan directamente frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge, cuando, según el número 2.º, éste las contraiga en el ejercicio de su profesión, arte u oficio.

Y como hemos afirmado más arriba, se vuelve a citar la responsabilidad del cónyuge no deudor con los bienes que le hayan sido adjudicados, es decir, que existe una responsabilidad de los bienes gananciales que no desaparece en estos casos por el hecho de que hayan sido adjudicados, todo lo que determina, que aún después de la disolución de la sociedad permanece viva la acción del acreedor contra los bienes consorciales.

28. STS de 18 de julio de 1991 (37) con un voto particular en que se dice: «requisito esencial para la rescisión por fraude que no pueda el acreedor cobrar de otro modo lo que se le debe (arts. 1291-3 y 1294 del CC).

(36) STS de 15 de marzo de 1991 (RJ 1991/2261).

(37) STS de 18 de julio de 1991 (RJ 1991/5399).

29. STS de 30 de septiembre de 1991 (38) para un caso de aval prestado por la esposa. Sólo cuando la obligación avalada vence, es exigida y se persiguen bienes para hacerla efectiva, puede plantearse si la afección de bienes para su pago es o no permitida por el régimen matrimonial sin consentimiento del marido, o de la mujer, porque ambos cónyuges son iguales a dichos efectos.

Por lo demás, y aparte de lo insólito de que la esposa litigue junto a su esposo instando la nulidad de sus propios actos sin hacer ninguna salvedad para justificar su postura procesal, no cabe ignorar que si la esposa pudo obligarse y se obligó, contrajo desde entonces, en virtud del principio de responsabilidad patrimonial universal proclamado en el artículo 1911 del Código Civil, el deber de pagar con todos sus bienes presentes y futuros. Como aún no ha pagado, su deber subsiste y, modificado desde 1981 el derecho matrimonial, ha de tenerse presente que actualmente cuando un cónyuge contrae obligaciones personales que no cabe satisfacer con sus bienes privativos puede ser compelido a pagar con su porción de gananciales llegando, incluso, a la disolución de la sociedad conyugal (art. 1373).

El aval cambiario se concibe hoy, y así lo proclama nuestra Ley Cambiaria (art. 37), como obligación autónoma, tanto que quien garantiza o avala una letra nada de su causa puede discutir, es válido el aval aunque la obligación sea nula. La conclusión, pues, con arreglo a la tesis de la autonomía, es que no se permite al avalista discutir la provisión de fondos.

30. STS de 30 de abril de 1990 (39), sobre responsabilidad por deudas contraídas por uno de los cónyuges por afianzamiento mercantil con beneficios derivados para el matrimonio. Se estudia la distinción entre la acción rescisoria y la subrogatoria. Interesa la rescisión por fraude de acreedores que se produce cuando se evidencia que la modificación del régimen matrimonial se hizo con fin de procurar al marido una situación de insolvencia económica para no cumplir obligaciones válidamente constituidas durante el régimen ganancial, adjudicándose al esposo numerario mientras que a la esposa se le atribuyen los bienes inmuebles existentes lo que determina declarar la rescisión por fraude de los nuevos capítulos matrimoniales otorgados.

31. STS de 6 de junio de 1990 (40), sobre tercería de bienes gananciales. Se estima que estamos ante obligaciones contraídas en interés de la familia. La sentencia de instancia rechazó la tercería interpuesta por las esposas, alegando la ganancialidad de los bienes embargados, situación no apta para el ejercicio de la acción de tercería, ya que es doctrina constante —sentencias de 20 de febrero de 1987 (*RJ* 1987/701), 4 de febrero y 13 de julio

(38) STS de 30 de septiembre de 1991 (*RJ* 1991/7859).

(39) STS de 30 de abril de 1990 (*RJ* 1990/2813).

(40) STS de 6 de junio de 1990 (*RJ* 1990/4740).

de 1988 (*RJ* 1988/5992) y 19 de julio de 1989 (*RJ* 1989/5727)— que, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales, la esposa no puede ser tenida como tercero y carece, por tanto a estos efectos, de legitimación, tratándose en realidad, de eludir la responsabilidad que alcanza a los bienes del matrimonio por una obligación contraída en septiembre de 1976 por los esposos que redundó en interés de la familia —sentencias de 6 de octubre de 1980 (*RJ* 1980/3616); 21 de diciembre de 1985 (*RJ* 1985/6615), 20 de febrero y 29 de diciembre de 1987 (*RJ* 1987/701 y *RJ* 1987/9656)—, ya que aquéllos eran socios y miembros del Consejo de Administración de la sociedad constituida con posterioridad al matrimonio, a cuyo favor prestaron la garantía que se ejecuta, como expresamente se declara acreditado en la instancia en sentencias que ya desde la de primer grado acogida por la de apelación, hacen notar, con toda razón, la plena responsabilidad de los bienes afectados bajo cualquiera de las modificaciones del Código Civil habidas, toda vez que, ya sea por la facultad del marido para obligar a los gananciales al contratar a título oneroso, ya por la atribuida a cualquiera de los cónyuges por el artículo 1365.2.º vigente, la actuación aquí contemplada no es cuestionable ni desde la vertiente civil ni desde esta otra constitucional con cita de última hora que, con claro designio dilatorio, trae a discusión el principio de igualdad sin mayores precisiones que justifiquen su extemporánea invocación.

32. STS de 16 de noviembre de 1990 (41), sobre afianzamiento prestado por el esposo y responsabilidad de la sociedad de gananciales. El caso en cuestión se contrae a determinar si a instancia de la esposa procede o no alzar la traba de los gananciales operada en un procedimiento ejecutivo seguido contra el marido, como avalista de un contrato de préstamo mercantil, de carácter gratuito y sin constancia de que dicho afianzamiento lo fuese en interés y beneficio de la familia, ni prestado en el ejercicio ordinario de su profesión arte u oficio o en la administración ordinaria de sus bienes propios (art. 1365 del Código), y sin que tampoco aparezca que, en ningún momento, la esposa hubiese sido notificada del proceso de ejecución en marcha y ni siquiera de la existencia misma del aval constituido, cuestión que ha de ser resuelta afirmativamente tal y como lo hizo el Juez de 1.^a Instancia, ya que sobre que, a diferencia de la reivindicatoria, en la acción de tercería no se trata de declarar ni recuperar el dominio de la cosa, sino de liberar del embargo bienes indebidamente trabados por no estar en el caso de responder de la deuda en ejecución, excluyéndoles de la vía de apremio, lo que presupone la exigencia ineludible de que el tercerista no esté de algún modo vinculado, como sujeto pasivo, al pago del crédito para cuya efectividad se realizó la traba, esto es, que con relación a dicho crédito, tenga la condición de tercero, situación que ha de admitirse con-

(41) STS de 16 de noviembre de 1990 (*RJ* 1990/8950).

curre en la esposa a espaldas de la cual se constituyó la obligación acreditada-mente no ganancial, determinante del proceso ejecutivo en el que se embarga-ron bienes de esta naturaleza, sin que en salvaguarda de sus derechos sobre el inmueble común trabado, le fuese notificada ni siquiera la pendencia del proce-so contra su consorte, como la doctrina viene exigiendo para la viabilidad del embargo de gananciales.

33. STS de 30 de enero de 1986 (42). Capitulaciones que modifican el régimen económico durante el matrimonio. Corresponde al deudor designar bie-nes o manifestar que carece de ellos. En este caso los demandados recurrentes otorgaron en tres actos separados pero en la misma fecha, 26 de marzo de 1980 y ante el mismo Notario, participando las respectivas esposas, tres capitulacio-nes matrimoniales en las que liquidaron y disolvieron la sociedad de ganancia-les respectiva, estableciendo un régimen de separación de bienes, siendo los bienes inmuebles sistemáticamente adjudicados a las esposas, atribuyéndose a los maridos, al contrario, unas escasas participaciones en dos sociedades y di-nero efectivo para equilibrar los lotes partibles.

En el caso concreto, *la norma del artículo 1317 del Código Civil se limita a decir que «no perjudicará la modificación del régimen económico del matri-monio, llevada a efecto durante el mismo, en ningún caso los derechos adqui-ridos por terceros»*; es evidente que con ello trata de evitar el posible fraude a los terceros derivado de la modificación de las capitulaciones y que éstas per-derán su eficacia en un caso como el debatido, en que totalmente fueron des-tinadas a defraudar a un acreedor de los otorgantes, y desde luego probado este fraude, como lo ha sido en la instancia, ha de acordarse su rescisión por esta causa, y la consiguiente ineficacia de unos contratos que habiendo reu-nido en su origen los requisitos esenciales para su validez y, por tanto, no siendo susceptibles de nulidad o anulabilidad, sin embargo se probó una lesión o perjuicio para los acreedores, dando así lugar a su rescisión por fraude; sin que quepa hablar de rescisión parcial, porque como un todo los contratos objeto de rescisión tuvieran una finalidad unívoca que impide una ineficacia parcial. En definitiva, este motivo debe ser desestimado por haber sido recta-mente aplicado por la Sala a quo el artículo 1317 del Código Civil.

Y su Fundamento de Derecho 4.º expone que: *...es innecesario obtener la declaración de insolvencia en juicio previo cuando por el conjunto de las pruebas se estime que el contrato se otorgó en fraude de acreedores, quienes no podrían cobrar de otro modo lo que se les debía. b) La misma Sala de casación (sentencia de 22 de febrero de 1913, ya citada) ha declarado que es improcedente apoyarse en que el carácter subsidiario de la acción res-cisoria impida su ejercicio en tanto el perjudicado no demuestre que carece de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio y que*

(42) STS de 30 de enero de 1986 (RJ 1986/338).

tanto la presencia o ausencia de fraude —sentencias de 18 de abril de 1925, 9 de noviembre de 1966 (RJ 1966/4860) y otras—, como la existencia del perjuicio —sentencias de 28 de diciembre de 1891 y 22 de octubre de 1931 (RJ 1931/2200)— son cuestiones de hecho sujetas al exclusivo criterio del Tribunal sentenciador en la apreciación de las pruebas.

34. STS de 15 de febrero de 1986 (43). Estamos ante un cambio de régimen económico-matrimonial, se pide la rescisión por fraude de acreedores, pero se dice que no procede por no agotar los medios idóneos para cobrar lo adeudado.

Al respecto hay que citar el Fundamento de Derecho 2.º: «Uno de los requisitos esenciales para que los contratos puedan rescindir por razón de fraude, está constituido por la exigencia de que el acreedor no pueda cobrar de otro modo lo que se le debe (art. 1.291-3.º del Código Civil), pues dado el carácter subsidiario de la acción rescisoria que proclama, también, el artículo 1.294 del mismo Cuerpo legal, solo puede ejercitarse cuando se carezca de todo recurso legal para obtener reparación del perjuicio, requisito que no concurre en el caso de litis, pues, si la disolución y subsiguiente liquidación de la sociedad de gananciales como consecuencia de las capitulaciones otorgadas vigente el matrimonio —en las que se modificó el régimen económico de gananciales y se adoptó el de separación absoluta de bienes (art. 1392)— no perjudica en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros —art. 26 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, y 1317 del Código Civil—, si el artículo 1401 del referido Código dispone que mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad, los acreedores conservan sus créditos contra el cónyuge deudor, respondiendo, también, el cónyuge no deudor con los bienes que se le hayan adjudicado si se hubiera formulado debidamente inventario judicial o extrajudicial, y si el artículo 1402 establece que los acreedores de la sociedad de gananciales tienen en su liquidación los mismos derechos que les reconocen las leyes en la partición y liquidación de las herencias, es decir, el derecho de exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los cónyuges si no se hubiera formulado debidamente inventario o hasta donde alcancen los bienes adjudicados si se hubiera formulado (art. 1.084), es visto que, en el presente caso, no puede afirmarse que el banco actor no tuviera otro recurso legal para hacer efectivo su crédito que el ejercicio de la acción rescisoria; sin que la normativa hipotecaria constituya obstáculo alguno para la persecución de los bienes que en la referida liquidación de la sociedad conyugal se adjudicaren a cada uno de los esposos, pues el artículo 144-2 del Reglamento Hipotecario, previendo expresamente la hipótesis aquí contemplada, dispone que si como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal se hubiere inscrito la partición

(43) STS de 15 de febrero de 1986 (RJ 1986/681).

de bienes, podrá anotarse el embargo cuando la demanda se hubiese dirigido contra los respectivos adjudicatarios».

35. STS de 13 de junio de 1986 (44), sobre liquidación de la sociedad de gananciales, en cuanto a bienes privativos del marido para el pago de sus deudas.

36. STS de 14 de mayo de 1984 (45). Su Considerando 3.º expresa que: *«los bienes comunes respondían de las obligaciones contraídas por el varón actuando al servicio del consorcio, con independencia de la específica naturaleza del acto o negocio realizado, siempre que le haya movido el interés de la familia, presunción normal que sin embargo admite prueba en contrario —sentencias de 28 de junio de 1963 (RJ 1963/3506) y 4 de mayo de 1968 (RJ 1968/3720)—, fijando el alcance del anterior artículo 1408, número 1.º, y en tal sentido la sentencia de esta Sala, de 6 de octubre de 1980 (RJ 1980/3616), precisamente decidiendo sobre un supuesto de aval, tiene declarado que la no responsabilidad del patrimonio ganancial, con relación a las obligaciones contraídas por el marido a título gratuito, es un principio que debe ser interpretado a la luz de otro más general en cuya virtud cuando tales obligaciones o deudas han sido pactadas en beneficio familiar, la responsabilidad alcanza al patrimonio común y por ello se ocasiona su afección en tanto no se demuestre que el negocio fue concertado en manifiesto perjuicio de la esposa o con ánimo de sustraer al caudal del consorcio parte de los bienes, provocando su disminución.*

Resolviendo un supuesto de marcada analogía con el presente, la sentencia de 11 de abril de 1972 (RJ 1972/1666) descarta que el aval cambiario tenga que ser calificado como verdadera operación a título gratuito cuando va encaminado a facilitar el desenvolvimiento negocial de la sociedad deudora, de la que el avalista es partícipe, resolviendo de momento su situación financiera, puesto que al fiador cambiario le asisten los derechos de reembolso y subrogación a que se refieren los artículos 1838 y 1839 del Código Civil, que podrá usar frente al avalado, lo que impide catalogar el acto como presidido por un intento o fin de liberalidad, de los que son prohibidos al marido por el párrafo 1.º del artículo 1413.

Dicha solución impuesta por el régimen derogado, inaplicable en el actual en vista del sistema de administración conjunta y lo dispuesto en el artículo 1365 vigente es, sin duda, la que conviene a la situación debatida teniendo en cuenta que, según rotundo aserto de una y otra sentencia incólume en el recurso al no ser combatido por el cauce adecuado, la intervención del marido como avalista en beneficio de Teczone, S. A., de la que la sociedad

(44) STS de 13 de junio de 1986 (RJ 1986/3547).

(45) STS de 14 de mayo de 1984 (RJ 1984/2410).

de gananciales era accionista mayoritario y aquel Presidente del Consejo de Administración, lo fue también en provecho del consorcio conyugal, pues en “tal cargo tenía (don José C.) su fuente de ingresos con la que atendía a sus necesidades familiares y levantaba las cargas del matrimonio”, que de esa suerte resultaba favorecido con las ventajas obtenidas mediante la operación, lo que excluye todo vestigio de ánimo defraudatorio para la esposa recurrente o de actuación en su perjuicio.

Tal estado de cosas no ha podido verse alterado por la escritura de capitulaciones matrimoniales y separación de bienes, con liquidación de la sociedad de gananciales, otorgada meses más tarde, pues el principio de mutabilidad del régimen económico con posterioridad a la celebración de las nupcias, introducido por la Ley de 2 de mayo de 1975 y mantenido en la reforma de 1981, no puede perjudicar de ningún (sic) los derechos ya adquiridos por tercero (art. 1322, párr. 3.º y 1317, respectivamente)».

37. STS de 6 de octubre de 1980 (46). De nuevo sobre el embargo de bienes gananciales cuando estamos ante obligaciones del marido en interés y beneficio de la familia. Preciso es tener en cuenta y constatar aquí la terminante declaración de la sentencia recurrida de que la fianza constituida por el marido lo ha sido en interés y beneficio de la familia, afirmación que la Sala de Instancia basa no solo en la presunción de que las obligaciones asumidas durante el matrimonio repercuten en utilidad de éste, sino en el dato probado de que la familia de autos vive del trabajo del esposo en la entidad «Ferrer y Perdomo» —de la que él forma parte— y a cuyo favor se estipuló el aval.

Su Considerando 2.º es bastante claro: *«la particular regla —realmente inducida de las otras del Código Civil al respecto— de la no responsabilidad del patrimonio ganancial por las obligaciones contraídas por el marido a título gratuito está, a su vez, inmersa en la más general de la extensión de esa responsabilidad cuando las obligaciones o deudas contraídas por aquél redunden en interés de la familia o hubieran sido asumidas en defensa o beneficio de la misma —y así resulta de lo dispuesto en el art. 1408 del Código Civil y, en general, de las sentencias de esta Sala, de 28 de junio de 1963 (RJ 1963/3506), y 4 de mayo de 1968 (RJ 1968/3720)—, porque ese es, en definitiva, el destino propio de los bienes de la sociedad conyugal, y ese debe ser el principio general y criterio que ha de seguirse en la apreciación de la conducta y gestión marital, mientras no se demuestre que las obligaciones o deudas se hayan contraído con manifiesto perjuicio de la mujer —o, en su caso, del marido— o con ánimo de sustraer del patrimonio conyugal familiar bienes o productos que disminuyan ilícitamente su cuantía, dado que toda la finalidad de esas cautelas y restricciones está en conservar inmune aquel patrimonio como defensa del mismo y del interés de la mujer*

(46) STS de 6 de octubre de 1980 (RJ 1980/3616).

no administradora, a lo que responden los preceptos del Código Civil señalados en sus artículos 1408 y siguientes y 1413».

IV. NUESTRA DOCTRINA

Existen muchos libros, trabajos, artículos y comentarios sobre la cuestión tratada. Es muy difícil facilitar una postura única y sencilla sobre el punto de debate, pero creo que con los comentarios antes vistos, y con unas pequeñas indicaciones a las que haré referencia, nos podrá servir de ayudar en el estudio de estas cuestiones.

Por ello citaré algunos planteamientos ofrecidos por varios estudiosos de la materia.

Antes, hemos citado varios artículos del Código Civil para entender la sujeción de los bienes gananciales por la actuación individual de un cónyuge, como es el artículo 1365, que se refiere al ejercicio de la potestad doméstica, incluyéndose aquí todos los gastos corrientes que realiza o necesita la familia para su normal desenvolvimiento diario. Es una norma de responsabilidad que determina la sujeción de los bienes gananciales por las deudas que, cualquiera de los cónyuges, actuando individualmente en el ejercicio de la potestad doméstica, haya contraído con terceros.

También se refiere a la gestión o disposición de los bienes gananciales, este supuesto genera más problemática (47), puesto que la actuación de cualquiera de los cónyuges en la gestión de la masa ganancial ha de contar con la debida habilitación legal o capitular; si el cónyuge no ha actuado amparado por dichas habilitaciones, no quedarán vinculados los bienes gananciales, sino sólo los bienes privativos del cónyuge actuante y la mitad ganancial que le corresponde. Al respecto hay que observar las normas de nuestra Ley y Reglamento Hipotecario que nos dice como se han inscrito los bienes gananciales y por lo tanto la posible vinculación de los mismos a la responsabilidad de uno o de los dos cónyuges, dando paso al debatido y comentado artículo 144 RH y que aparece citado en innumerables sentencias y resoluciones (48). A modo de ejemplo citaré la RDGRN de 4 de

(47) Vid. AGUILERA RODERO, J., «Análisis sobre la sujeción de los bienes gananciales ante deudas contraídas por uno de los cónyuges, con especial consideración de los artículos 1365 y 1366 del Código Civil», en AC, núm. 15, 2008, Ed. La Ley.

(48) Citar como principio general el artículo 90.

1. Los bienes que con arreglo al Derecho Foral o especial aplicable correspondan a una comunidad matrimonial, se inscribirán a nombre del cónyuge o de los cónyuges adquirentes, expresándose, cuando proceda, el carácter común y, en su caso, la denominación que aquélla tenga.

Si los bienes estuvieren inscritos a favor de uno de los cónyuges y procediera legalmente, de acuerdo con la naturaleza del régimen matrimonial, la incorporación o inte-

octubre de 1993 (por mencionar una) en que se pide una anotación de embargo sobre unos bienes que el registrador no admite, se trataba de bienes

gración de los mismos a la comunidad podrá hacerse constar esta circunstancia por nota marginal.

2. Los bienes adquiridos por ambos cónyuges, sujetos a cualquier régimen de separación o participación, se inscribirán a nombre de uno y otro, en la proporción indivisa en que adquieran conforme al artículo 54 de este Reglamento.

3. Si el régimen económico-matrimonial vigente fuera el de participación, se hará constar el consentimiento del cónyuge del disponente si resultare del título y la disposición fuera a título gratuito.

Teniendo presente el contenido de los presentes preceptos:

Artículo 93.

1. Se inscribirán a nombre de marido y mujer, con carácter ganancial, los bienes adquiridos a título oneroso y a costa del caudal común por ambos cónyuges para la comunidad o atribuyéndoles de común acuerdo tal condición o adquiriéndolos en forma conjunta y sin atribución de cuotas.

En la misma forma se inscribirán los bienes donados o dejados en testamento a los cónyuges conjuntamente y sin especial designación de partes, constante la sociedad, siempre que la liberalidad fuere aceptada por ambos y el donante o testador no hubiere dispuesto lo contrario.

2. Para la inscripción de los actos de administración o de disposición, a título oneroso, de estos bienes será preciso que se hayan realizado conjuntamente por ambos cónyuges, o por uno cualquiera de ellos con el consentimiento del otro o con la autorización judicial supletoria.

3. Los actos de disposición a título gratuito de estos bienes se inscribirán cuando fueren realizados por ambos cónyuges conjuntamente, o por uno de ellos concurriendo el consentimiento del otro.

4. Los bienes adquiridos a título oneroso por uno solo de los cónyuges para la sociedad de gananciales se inscribirán con esta indicación, a nombre del cónyuge adquirente. Para la inscripción de los actos de disposición de estos bienes se estará a lo dispuesto en los apartados 2 y 3 de este artículo y para la de los actos enumerados en el apartado 2 del artículo siguiente, se estará a lo que en él se dispone.

Artículo 94.

1. Los bienes adquiridos a título oneroso por uno solo de los cónyuges, sin expresar que adquiere para la sociedad de gananciales, se inscribirán a nombre del cónyuge adquirente con carácter presuntivamente ganancial.

2. Serán inscribibles las agrupaciones, segregaciones o divisiones de estas fincas, las declaraciones de obra nueva sobre ellas, la constitución de sus edificios en régimen de propiedad horizontal y cualesquiera otros actos análogos realizados por sí solo por el titular registral.

3. Para la inscripción de los actos de disposición a título oneroso de los bienes inscritos conforme al apartado 1 de este artículo, será necesario que hayan sido otorgados por el titular registral con el consentimiento de su consorte o, en su defecto, con autorización judicial.

4. Los actos a título gratuito se registrarán por lo dispuesto en el apartado 3 del artículo anterior.

Artículo 95.

1. Se inscribirán como bienes privativos del cónyuge adquirente los adquiridos durante la sociedad de gananciales que legalmente tengan tal carácter.

2. El carácter privativo del precio o de la contraprestación del bien adquirido deberá justificarse mediante prueba documental pública.

adjudicados a la esposa del ejecutado en liquidación de sociedad conyugal, inscripción de la adjudicación con anterioridad al inicio del juicio ejecutivo del que deriva el embargo y no quedando demostrado el carácter ganancial de

3. Todos los actos inscribibles relativos a estos bienes se llevarán a cabo exclusivamente por el cónyuge adquirente aun antes de proceder a la liquidación de la sociedad conyugal disuelta.

4. Si la privatividad resultase solo de la confesión del consorte, se expresará dicha circunstancia en la inscripción y ésta se practicará a nombre del cónyuge a cuyo favor se haga aquélla. Todos los actos inscribibles relativos a estos bienes se realizarán exclusivamente por el cónyuge a cuyo favor se haya hecho la confesión, quien no obstante, necesitará para los actos de disposición realizados después del fallecimiento del cónyuge confesante el consentimiento de los herederos forzosos de éste, si los tuviere, salvo que el carácter privativo del bien resultare de la partición de la herencia.

5. Si la justificación o confesión de privatividad se refiriese solamente a una parte del precio o contraprestación, la inscripción se practicará a nombre del cónyuge a cuyo favor se haga aquélla en la participación indivisa que se indique en el título y a nombre de uno o ambos cónyuges, según proceda, para su sociedad de gananciales, en la participación indivisa restante del bien adquirido.

6. La justificación o confesión de la privatividad, hechas con posterioridad a la inscripción, se harán constar por nota marginal. No se consignará la confesión contraria a una aseveración o a otra confesión previamente registrada de la misma persona.

Artículo 96.

1. Lo dispuesto en los artículos 93, 94 y 95, se entiende sin perjuicio de lo establecido por la Ley para casos especiales y de lo válidamente pactado en capitulaciones matrimoniales.

2. Las resoluciones judiciales que afecten a la administración o disposición de los bienes de los cónyuges se harán constar por nota marginal.

Sin olvidar la norma fundamental contemplada en el artículo 144 del mismo cuerpo legal:

1. Para que durante la vigencia de la sociedad conyugal sea anotable en el Registro de la Propiedad el embargo de bienes inscritos conforme a lo previsto en los apartados 1 ó 4 del artículo 93 o en el apartado 1 del artículo 94, deberá constar que la demanda ha sido dirigida contra los dos cónyuges o que estando demandado uno de los cónyuges, ha sido notificado al otro el embargo.

2. Cuando se trate de bienes inscritos conforme al número 4 del artículo 95, el embargo será anotable si la demanda se hubiere dirigido contra el cónyuge a cuyo favor aparezcan inscritos los bienes, sea o no el cónyuge deudor.

3. Llegado el caso de enajenación de los bienes embargados, se cumplirá lo pertinente de los artículos 93 y siguientes de este Reglamento.

4. Disuelta la sociedad de gananciales, si no figura en el Registro su liquidación, el embargo será anotable si consta que la demanda se ha dirigido contra ambos cónyuges o sus herederos.

Cuando constare en el Registro su liquidación, el embargo será anotable si el bien ha sido adjudicado al cónyuge contra el que se dirige la demanda o la ejecución, o del mandamiento resulta la responsabilidad del bien por la deuda que motiva el embargo y consta la notificación del embargo al cónyuge titular, antes del otorgamiento de aquélla.

5. Cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, y este carácter constare en el Registro, será necesario para la anotación del embargo de vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que del mandamiento resulte que la vivienda no tiene aquél carácter o que el embargo ha sido notificado al cónyuge del titular embargado.

la deuda (49). El registrador en su calificación se centra en la prioridad entre las fechas de la traba de embargo, de los capítulos matrimoniales y de la eficacia *erga omnes* de la modificación del régimen económico-matrimonial y el embargo se trabó con posterioridad al momento en que la modificación del régimen es oponible a terceros a través de la publicidad registral.

Igualmente se incluye el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio, y aunque el código parte de la premisa de que los instrumentos necesarios para el desempeño de la actividad profesional o empresarial de los cónyuges tiene carácter privativo, configura sus frutos como bienes gananciales. Y teniendo dichos rendimientos la consideración de ganancialidades, es lógico que se determine que sea la masa consorcial la que deba atender los gastos que su producción genere. El Código da un tratamiento diferenciado a estos dos supuestos. Esta polémica es muy usada en el día a día y lo hemos visto en el estudio jurisprudencial.

La segunda parte del número 2 de este artículo 1365 del Código Civil establece la sujeción de los bienes gananciales frente a los gastos ocasionados por uno de los cónyuges en la administración ordinaria de sus bienes privativos. Se observa que el legislador ha dado un trato diferente a la responsabilidad provisional de los bienes gananciales frente a los gastos ocasionados por los diferentes patrimonios de los cónyuges en atención a su carácter común o privativo.

También es un caso de actuación individual que compromete a los bienes conyugales el contemplado en el artículo 1366 del Código Civil. Estamos ante responsabilidad por obligaciones extracontractuales de un cónyuge por actuaciones en beneficio de la sociedad conyugal o por la administración de los bienes. Está muy estudiado en nuestro Derecho, pero podemos sintetizar que cuando la gestión de sus bienes privados llevada a cabo por el cónyuge deudor deba ser calificada como extraordinaria, debiéramos entender que no quedarán afectos a dicha responsabilidad provisional o frente a terceros los bienes de la sociedad conyugal en su conjunto, sino los privativos del cónyuge deudor y su mitad en la sociedad de gananciales. Sólo en el supuesto que

GONZÁLEZ GONZALO, A., *La liquidación de la sociedad de gananciales: el pasivo y su satisfacción*. Publicación: Aranzadi Civil, núm. 3/2002 (Estudio).

Editorial Aranzadi, S. A., Pamplona. 2002.

En opinión de este autor, la facultad del acreedor de dirigirse indistintamente contra uno u otro cónyuge viene mermada por el artículo 144.4 RH. Según su párrafo primero, si la liquidación de la sociedad de gananciales no ha accedido todavía al Registro de la Propiedad (porque todavía no se ha liquidado o porque, liquidada, aún no se han inscrito las correspondientes adjudicaciones), para que pueda anotarse preventivamente el embargo deberá constar que la reclamación judicial se ha dirigido contra ambos cónyuges o sus herederos 167 y 168. De acuerdo con el segundo párrafo, una vez inscrita en el Registro la liquidación, solo podrá anotarse preventivamente el embargo si el bien trabado ha sido adjudicado al cónyuge contra el que se dirige la demanda o la ejecución, o del mandamiento resulta la responsabilidad del bien por la deuda que motiva el embargo y consta la notificación del mismo al cónyuge antes del otorgamiento de la liquidación 169.

(49) RDGRN de 4 de octubre de 1993 (RJ 1993/7929).

dicha actuación hubiera reportado beneficios a la comunidad ganancial, el cónyuge deudor podría reclamarlos, pero ya en el ámbito de la esfera interna.

Este artículo analiza la conducta ilícita llevada a cabo por el deudor, ya que excluye de su regulación aquellos supuestos de obligaciones debidas a dolo o culpa grave del cónyuge deudor.

En la vida real, la realidad cotidiana exige en numerosas ocasiones que los cónyuges deban actuar de forma individual, para no lastrar el propio desenvolvimiento de la familia y esto ha llevado al legislador a establecer un régimen de responsabilidad provisional de los bienes gananciales, frente a estas actuaciones individuales de los cónyuges, al entender, de un lado, que de dichas actuaciones se deriva un beneficio para la sociedad ganancial y, de otro, que es necesario proteger los intereses de los terceros con quienes se asume dicha responsabilidad. Será posteriormente, dentro de la relación interna, si se demuestra que tal actuación se ejerció en beneficio del consorcio, cuando éste asuma definitivamente el cargo. Si de dicha verificación no resultare el beneficio consorcial, sino simplemente el privado del cónyuge actuante, éste deberá restituir a la sociedad ganancial las cantidades por ella asumidas provisionalmente.

Es clave la distinción del aspecto interno y externo de responsabilidad ganancial, puesto que en la esfera interna los cónyuges pueden libremente hacer y deshacer (50) y en la externa, la responsabilidad ganancial viene fijada por los criterios de nuestro ordenamiento (51). Un problema a mayores es que uno de los cónyuges sea comerciante y sobre ello se ha discutido bastante, en aras al conocimiento o actuación de uno solo de los cónyuges (52). La prueba del conocimiento o ignorancia de la actividad mercantil evidencia una probabilidad de compromiso de los bienes gananciales que se desvirtúa con el conocimiento de tal ejercicio y su actuación en interés familiar. Remitiéndose a la normativa comercial del artículo 6 y siguientes del Código de Comercio (53).

(50) Resulta muy gratificante la lectura sobre la forma de justificar el carácter privativo del precio en la compra de bienes (privativos) por los cónyuges. Propuesta para una nueva interpretación del artículo 95.2 del RH. *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 116, pág. 1659 y sigs.

(51) Vid. GORDILLO CAÑAS, A., «Ganancialidad de la deuda: ¿presunción, prueba o determinación legal?», en AC, núm. 21, 2004. Ed. La Ley.

Vid. RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, P., «El artículo 1324 del Código Civil: dudas y reflexiones», en *Diario La Ley*, núm. 6535, 2006.

(52) Vid. HERNÁNDEZ RUEDA, N., «Notas acerca del sistema de responsabilidad por deudas contraídas por un cónyuge comerciante en el ámbito de la sociedad de gananciales», en AC, núm. 33. Ed. La Ley.

(53) Artículo 6.

En caso de ejercicio del comercio por persona casada, quedarán obligados a las resultas del mismo los bienes propios del cónyuge que lo ejerza y los adquiridos por esas resultas, pudiendo enajenar e hipotecar los unos y los otros. Para que los demás bienes comunes queden obligados será necesario el consentimiento de ambos cónyuges.

Sobre todo hoy en día, en tiempos de crisis, se va a tratar de desvirtuar las presunciones marcadas por la ley, y por eso el artículo 1317 del Código Civil en los cambios de régimen (54) debe ser seriamente aplicado, pues muchas veces se tiende a perjudicar a los acreedores (55). Por eso debemos tener presente la Ley Concursal en los artículos que afectan a esta materia (56).

Artículo 7.

Se presumirá otorgado el consentimiento a que se refiere el artículo anterior cuando se ejerza el comercio con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que deba prestarlo.

Artículo 8.

También se presumirá prestado el consentimiento a que se refiere el artículo 6 cuando al contraer matrimonio se hallare uno de los cónyuges ejerciendo el comercio y lo continuare sin oposición del otro.

Artículo 9.

El consentimiento para obligar los bienes propios del cónyuge del comerciante habrá de ser expreso en cada caso.

Artículo 10.

El cónyuge del comerciante podrá revocar libremente el consentimiento expreso o presunto a que se refieren los artículos anteriores.

Artículo 11.

Los actos de consentimiento, oposición y revocación a que se refieren los artículos 7, 9 y 10 habrán de constar, a los efectos de tercero, en escritura pública inscrita en el Registro Mercantil. Los de revocación no podrán, en ningún caso, perjudicar derechos adquiridos con anterioridad.

Artículo 12.

Lo dispuesto en los artículos anteriores se entiende sin perjuicio de pactos en contrario, contenidos en capitulaciones matrimoniales debidamente inscritas en el Registro Mercantil.

(54) Vid. MAGARIÑOS BLANCO, V., «Cambio de régimen económico-matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores», en *RCDI*, núm. 548, enero-febrero de 1982, pág. 47 y sigs.

(55) Vid. GALÁN LÓPEZ, C., «La responsabilidad de los bienes gananciales en el concurso del cónyuge», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 1/2004. Ed. La Ley.

Vid. MAGRO SERVET, V., «La responsabilidad concursal de los bienes propios y comunes del deudor y la influencia del régimen económico-matrimonial en la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal», en *Diario La Ley*, núm. 6213, 2005.

(56) Artículo 77. *Bienes conyugales*.

1. En caso de concurso de persona casada, la masa activa comprenderá los bienes y derechos propios o privativos del concursado.

2. Si el régimen económico del matrimonio fuese el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en la masa, además, los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado. En este caso, el cónyuge del concursado podrá pedir la disolución de la sociedad o comunidad conyugal y el juez acordará la liquidación o división del patrimonio que se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso.

Vid. CUENA CASAS, M., «La sociedad de gananciales ante la Ley Concursal», en *AC*, núm. 20, 2008, Ed. La Ley.

También su artículo: «La coordinación de la liquidación de la sociedad de gananciales con el convenio o la liquidación del concurso», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 12. Sección Estudios, Primer semestre de 2010, Ed. La Ley.

En cualquier caso, la cita de normas que hay que conjugar (legislación civil, mercantil en algunos casos, hipotecaria, concursal) es bastante extensa, pero quiero aclarar que, efectivamente, el contraer matrimonio, el elegir el tipo de régimen económico, el modificarle... lo deciden los dos cónyuges voluntariamente y a veces puede ser que pretendan evadir pagos de uno de los cónyuges y es aquí donde debemos investigar cuál es el compromiso adquirido y la actuación de buena o mala fe de los otorgantes. Ahora bien, cada caso es distinto y la prueba será fundamental para desvirtuar las pretensiones pretendidas, por eso lo que deseo es sentar unas bases generales y conjugarlas con la situación concreta, y lo mejor es acompañar la cita jurisprudencial que son reflejo de las inquietudes y vicisitudes reales que suceden en nuestra sociedad.

RESUMEN

GANANCIALES RESPONSABILIDAD

Son muchas las sentencias y aspectos jurídicos que podemos encontrar en un tema tan práctico y tan usual sobre el funcionamiento de las relaciones económicas entre los cónyuges, no exentos de polémicas jurídicas, sobre todo cuando se trata de desvincular la responsabilidad de los bienes gananciales acudiendo a la vía del nuevo pacto de capitulaciones matrimoniales. ¿Se pueden comprometer los bienes comunes por actuación individual de uno solo de los cónyuges? ¿Responden los bienes gananciales o los privativos del cónyuge actuante? Estos interrogantes y otros que iremos viendo los trataremos de resolver en el estudio presentado.

ABSTRACT

COMMUNITY PROPERTY OF SPOUSES LIABILITY

Many are the court rulings and legal aspects to be found in an issue as practical and commonplace as the workings of economic relations between spouses. There is no lack of legal controversy, especially when the point at issue is the use of the new agreement on marriage articles to disentangle community property from liability. Can jointly owned property be compromised by just one spouse acting individually? Can liability be exacted through the couple's community property or the acting spouse's private property? We shall endeavour to settle these questions and others that we shall see in this study.

(Trabajo recibido el 28-9-09 y aceptado para su publicación el 19-11-2010)

DERECHO COMPARADO

Protección tabular de los datos descriptivos de las fincas en Australia: un estudio comparado con el sistema español

por

LUIS JAVIER ARRIETA SEVILLA
Universidad de Navarra

PENNY CARRUTHERS
University of Western Australia

NATALIE SKEAD
University of Western Australia

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. EL PROPÓSITO Y LOS EFECTOS DE LA INSCRIPCIÓN:
 1. EL PROPÓSITO DE LA INSCRIPCIÓN.
 2. LA DESCRIPCIÓN FÍSICA DE LAS FINCAS.
 3. LOS EFECTOS DE LA INSCRIPCIÓN.
- III. LA DESCRIPCIÓN ERRÓNEA DE LA FINCA COMO LÍMITE A LA PROTECCIÓN REGISTRAL.
- IV. LA EXCEPCIÓN DE TÍTULO PREVIO CONTRADICTORIO.
- V. RELACIÓN ENTRE EXCEPCIONES: DOBLE INMATRICULACIÓN POR ERRÓNEA DESCRIPCIÓN DE LA FINCA:
 1. PRIMER ESCENARIO.
 2. SEGUNDO ESCENARIO.
- VI. SIMILITUDES ENTRE ESPAÑA Y AUSTRALIA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS DESCRIPTIVOS.

I. INTRODUCCIÓN

La regulación de los derechos inmobiliarios en Australia tiene sus orígenes en la doctrina inglesa de las *tenures*. Con ocasión de la conquista normanda de Inglaterra en 1066, el rey se reservó un derecho absoluto sobre todas las tierras. Los súbditos del monarca únicamente podían ocupar las fincas con base en concesiones emanadas de la generosidad regia que no afectaban al derecho del monarca. Aunque en Australia no se implantaron las estructuras feudales propias de la Alta Edad Media que originaron las *tenures*, esta doctrina fue de aplicación porque los primeros colonos importaron las categorías propias del Derecho Inmobiliario inglés.

La tradición jurídica inglesa que formó parte del Ordenamiento de las colonias australianas no proporcionaba suficiente seguridad al tráfico jurídico y no se adecuaba de forma satisfactoria a las características del nuevo asentamiento. Por estos motivos, el 26 de enero de 1858 fue aprobada en Adelaide la *Real Property Act of South Australia*, una norma original que rechazó la forma en la que se venían transmitiendo los derechos reales y que en poco tiempo revolucionó por completo el Derecho Inmobiliario australiano (1).

El impulsor fundamental de la reforma fue Sir Robert Richard TORRENS: un inmigrante irlandés, graduado en el Trinity College, hijo de uno de los fundadores de la colonia de South Australia y elegido en 1857 para formar parte de la Asamblea Legislativa, precisamente, por proponer una reforma global del sistema de transmisión de inmuebles.

El *Torrens system* sustituyó la tradición jurídica inglesa por un sistema sencillo, rápido, económico y fiable que sobre la base de la inscripción en el Registro dota de plena seguridad a las adquisiciones inmobiliarias. El carácter concluyente del Registro australiano confiere al titular registral una protección que la doctrina y la jurisprudencia han denominado *indefeasibility of title*. Esta protección constituye el pilar básico y fundamental del sistema porque evita que los derechos inscritos puedan ser cancelados por un error en el título o por falta de capacidad de disposición del transmitente.

Aunque no hay evidencias que justifiquen una conexión en el nacimiento y desarrollo de los sistemas registrales de Australia y España, las consecuen-

(1) Australia está dividida en seis Estados (New South Wales, Queensland, South Australia, Tasmania, Victoria y Western Australia) y dos Territorios (Australian Capital Territory y Northern Territory), cada uno de ellos con competencias legislativas. Por ello, no cabe hablar de un único sistema inmobiliario, sino de una pluralidad, puesto que cada uno de los Estados y Territorios tiene su propia legislación registral. A pesar de esta diversidad, el contenido de esas normas es extraordinariamente parecido, si bien, en algunas cuestiones la regulación de las distintas jurisdicciones no es uniforme.

En el presente artículo, con carácter general, las referencias legales serán a la *Real Property Act 1900* de New South Wales (en adelante, RPA [NSW]) que sustituyó a la primitiva Ley aprobada en 1862.

cias jurídicas que presentan son, en cierta medida, análogas. Esta similitud puede justificar la importación de principios registrales presentes en el *Torrens system* para la solución de determinadas cuestiones que no tienen una respuesta clara en el Ordenamiento español. En concreto, la legislación y jurisprudencia australianas pueden resultar muy útiles para la solución de los problemas de doble inmatriculación y de discordancia entre la realidad física y la descripción tabular de una finca registral.

En las siguientes páginas se va a analizar la razón por la que surge el vigente sistema tabular australiano y cómo protege al titular registral (II). Con posterioridad, centraremos nuestro análisis en la protección tabular de los datos descriptivos, lo cual exige estudiar la relación entre el *indefeasibility principle* y las descripciones inexactas de las fincas (III), la solución de la doble inmatriculación en Australia (IV) y los supuestos de solapamiento normativo en los que hay una colisión entre folios registrales por la inexacta descripción de una finca (V). El artículo terminará con una reflexión acerca de la relación que existe entre los sistemas español y australiano en estas materias (VI).

II. EL PROPÓSITO Y LOS EFECTOS DE LA INSCRIPCIÓN

1. EL PROPÓSITO DE LA INSCRIPCIÓN: LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO

La seguridad del tráfico inmobiliario es uno de los anhelos que está en el centro de cualquier sistema tabular. Para satisfacer esta aspiración es necesaria la creación de una estructura jurídica que recoja de forma tendencialmente exacta los derechos reales que recaen sobre un inmueble. Es decir, un requisito indispensable para el afianzamiento de un sistema tabular cualquiera es que sus pronunciamientos sean, con carácter general, exactos. En caso de que el Registro no sea tendencialmente exacto, la protección del titular registral generará cierta inseguridad jurídica que a la postre hará que el sistema registral en su conjunto fracase. Lo contrario, esto es, la correspondencia ordinaria entre la realidad jurídica y los libros registrales aumenta la confianza de los ciudadanos en la información que contiene el Registro, lo cual permite que en circunstancias cuantitativamente escasas la seguridad del tráfico determine que el titular registral esté protegido frente a los que ostenten un derecho preferente desde un punto de vista jurídico-real.

Tanto en Australia como en España la legislación establece una serie de presunciones que protegen de forma extraordinaria al titular registral por medio del *indefeasibility principle* y la fe pública registral, respectivamente. Sin embargo, la admisión de esta protección tabular requiere un control de la situación jurídico-real antes de cada inscripción que evite errores e inexacti-

tudes registrales. En España, la prevención de errores se logra a través de la calificación registral y la exigencia de titulación pública para inscribir (2). En Australia, el control jurídico del derecho se da, principalmente, con ocasión de la inmatriculación, ya que está sometida a un examen exhaustivo por parte de los encargados de la *Land Titles Office*.

El sistema tabular propuesto por Robert TORRENS resuelve las limitaciones propias del antiguo sistema de transmisión de inmuebles (*old system*) que se había constituido sobre la base de un Registro de documentos que únicamente daba noticia de las transmisiones inmobiliarias con efectos de publicidad. En el *old system*, la adquisición derivativa de la propiedad dependía de la validez de la cadena de transmisiones de la finca desde la concesión inicial de la Corona hasta el último adquirente (*chain of titles*). El Registro, por tanto, no protegía a los que en él confiaban e inscribían sus títulos porque no daba fe de la concreta situación jurídica de la finca registral. Los limitados efectos de ese Registro de documentos determinaban, por un lado, el carácter histórico o dependiente de los títulos y, por otro, que la seguridad del tráfico inmobiliario no se lograra con la inscripción sino con la investigación extraregistral de la cadena de títulos (3). Por esta razón, si una persona deseaba adquirir una finca o un derecho real sobre ella debía examinar la validez de cada una de las transmisiones de la finca para asegurarse de que el vendedor estuviera legitimado para disponer, ya que el Registro no le podía proteger en ningún caso. Esto suponía la vigencia del principio *nemo dat quod non habet* —puesto que no se transmitía el derecho si el vendedor no tenía un título válido para justificar el acto dispositivo— y la relevancia de la usucapión (*adverse possession*) para purificar los defectos de la *chain of titles* y, de esta manera, justificar una adquisición originaria del derecho.

El proceso de verificación de la cadena de títulos era largo, económicamente costoso y complejo, porque requería un cuidadoso y detenido examen de una cantidad cada vez mayor de documentos. Además, la seguridad que proporcionaba al tráfico inmobiliario el examen de los documentos transmisivos nunca era absoluta, ya que siempre era posible la aparición de un tercero con un derecho o carga oculta.

(2) La prueba del dominio por parte del inmatriculante constituye una *probatio diabolica*, dado el carácter limitado de la calificación, por lo que es suficiente para la inmatriculación inferir la propiedad de las declaraciones o de los documentos aportados por el solicitante. Cfr. DE PABLO CONTRERAS, *Curso de Derecho Civil*, III, Colex, Madrid, 2008, pág. 93.

(3) En opinión del propio TORRENS (*The South Australian system of conveyancing by registration of title*, The Register and Observer General Printing Offices, Adelaide, 1859, págs. 8-9), los defectos del sistema anterior derivaban de la naturaleza dependiente de los títulos que hacía necesaria una costosa investigación de los títulos de los vendedores que nunca proporcionaba una certeza absoluta a las adquisiciones. Por ello, los adquirentes siempre quedaban sujetos a las reclamaciones de los posibles terceros.

Frente al carácter dependiente de los títulos y la eficacia limitada de la inscripción reaccionó Robert TORRENS, que fundó el sistema de transmisión vigente en Australia sobre un Registro jurídico que dota de plena seguridad y fiabilidad a los derechos inscritos. Como ha señalado CHAMBERS, este sistema pretende «presentar un cuadro exacto de los derechos de propiedad que recaen sobre una finca: todos los derechos de propiedad deben estar allí y cada derecho de propiedad inscrito debe realmente existir» (4). El objetivo que se marcó TORRENS fue, por tanto, crear un sistema tabular que fuera fiel reflejo de la realidad jurídica y que al mismo tiempo estuviera caracterizado por la independencia o abstracción de las titularidades inscritas frente a la situación extrarregistral. Esto supuso la derogación del aforismo romano *nemo dat quod non habet* y su sustitución por la protección del titular registral.

El *Torrens system* logra estos propósitos al establecer que la inscripción purifica los posibles defectos de la titularidad del vendedor y a los que es ajeno el tercero que inscribe.

En lo que a España respecta, el Registro nació en 1861 con la aprobación de la Ley Hipotecaria. En su Exposición de Motivos se recoge que «el fin de la legislación hipotecaria es asentar el crédito territorial en la base de la seguridad de la hipoteca y del pago de lo ofrecido». Al igual que en Australia, la seguridad del tráfico fue la razón que llevó a establecer el Registro de la Propiedad. Así se deriva del Real Decreto de 10 de agosto de 1855, que señaló que las normas entonces vigentes «no garantizan suficientemente la propiedad, ni ejercen saludable influencia en la prosperidad pública, ni asientan en 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 dan la debida seguridad a los que sobre aquella garantía prestan sus capitales».

La tradición jurídica romana mantuvo su influencia tras la aprobación de la Ley Hipotecaria porque la propiedad y los demás derechos inmobiliarios —excepto la hipoteca— se han seguido transmitiendo al margen del Registro. No obstante, la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 señaló que, «según el sistema de la comisión, resultará de hecho que para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales, en tanto se considerarán constituidos o traspasados, en cuanto conste su inscripción en el Registro, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el derecho antiguo».

La recta comprensión de este párrafo requiere rechazar la distinción entre propiedad *erga omnes e inter partes*, en función de si hay o no inscripción. En su lugar, parece que es más correcto interpretar este fragmento de la Exposición de Motivos en clave de seguridad del tráfico. Esto supone que la propie-

(4) CHAMBERS, *An introduction to Property Law in Australia*, 2nd ed., Thomson, Pyrmont, 2008, pág. 446.

dad es transmitida por la concurrencia del título y el modo, pero se reserva a la inscripción la función de dar seguridad al tráfico, ya que la adquisición *a non domino* —cúspide de la protección inmobiliaria— está reservada, con carácter exclusivo, al Registro de la Propiedad.

2. LA DESCRIPCIÓN FÍSICA DE LAS FINCAS

El *Torrens system* está fundado, como ha señalado ROUFF, sobre el *mirror principle* (5). Este axioma pretende hacer que el Registro sea un espejo que identifique correctamente al titular del derecho y refleje fielmente la situación jurídico-real y las cualidades físicas de las fincas inscritas. Sobre la base de esta fidelidad del Registro a la realidad se desarrolla el *indefeasibility principle*.

Si el proceso de inmatriculación concluye satisfactoriamente, el Registrador procede a la creación de un *folio* y a la entrega del *certificate of title* al solicitante (6). Cada uno de estos documentos está dividido en tres secciones. En la sección primera se lleva a cabo una descripción gráfica y alfanumérica de la parcela y sus accesorios que en la práctica se concretaba en la inclusión de un plano detallado del enclave en el que estuviera sita la finca trazado por los topógrafos del Registro. Desde la implantación de medios informáticos y tecnológicos para la gestión de la información registral, únicamente se contiene un código o referencia que remite directamente a un terreno objetivamente delimitado en una base gráfica y digital elaborada y custodiada por la *Land Titles Office*.

La sección segunda muestra quién es el vigente propietario de la finca registral. Por último, en la sección tercera se inscriben las cargas y gravámenes que pesan sobre la finca.

En España, durante décadas las fincas registrales se han descrito por los propios inmatriculantes a través de los nombres de los propietarios colindantes. Esta forma de llevar a cabo la descripción de las fincas ha originado multitud de supuestos de discordancia entre la descripción registral y la física o real de una finca y de doble inmatriculación.

Para garantizar la exactitud del Registro español y evitar los problemas que se derivan de la descripción errónea de las fincas es necesario que los

(5) Cfr. ROUFF, *An Englishman looks at the Torrens system*, The Law Book Company, Sydney, 1957, págs. 16-24.

(6) La legislación australiana admite tres tipos distintos de *folio* con distinta eficacia en función de la certeza del derecho del inmatriculante. El *ordinary folio* goza de todas las presunciones tabulares; la eficacia del *qualified folio* queda limitada por un periodo de seis a doce años en los que el titular registral no quedará protegido frente a reclamaciones de terceros; por último, el *limited folio* no protege al titular registral frente a las posibles inexactitudes en la descripción física de la finca.

linderos se expresen de forma objetiva y estable a través de cauces independientes de la voluntad del inmatriculante. Desde la entrada en vigor de los artículos 50 a 57 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, la descripción de las fincas que se inmatriculan ha dejado de hacerse de forma subjetiva y ha pasado a estar absolutamente vinculada a la descripción de la parcela catastral correspondiente. El artículo 53.Siete de la Ley 13/1996 establece que «en lo sucesivo, no se inmatriculará ninguna finca en el Registro si no se aporta junto al título inmatriculador certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en términos totalmente coincidentes con la descripción de ésta en dicho título».

En el sistema tabular australiano, los requisitos de objetividad e independencia de las descripciones se vienen exigiendo desde su constitución. Las fincas concedidas por la Corona a particulares con posterioridad a la implantación del *Torrens system* están necesariamente incorporadas al Registro y descritas gráficamente por los topógrafos encargados de las tareas de fijación de los linderos. Para las fincas concedidas por la Corona con anterioridad a la entrada en vigor del *Torrens system* se reguló un procedimiento de inmatriculación (*primary application*) que exige, además de la prueba documental del derecho, la descripción precisa de la finca controlada por topógrafos. En los supuestos de segregación o división de una finca registral, la descripción de las fincas resultantes también es examinada por los topógrafos de la *Land Titles Office*.

3. LOS EFECTOS DE LA INSCRIPCIÓN

La implantación y generalización del *Torrens system* ha supuesto un cambio radical respecto del *old system*. El Registro ha dejado de ser un simple depósito de documentos con fines de publicidad para ser una institución jurídica que contribuye directísimamente a la seguridad del sistema inmobiliario porque la titularidad plena del derecho se logra con la inscripción. Esto implica que la inscripción no se limita a recoger información relativa a la existencia de un documento que ha accedido a los libros tabulares, sino que constituye la pieza básica para la adquisición de un derecho real. Por ello, quien inscribe su título adquirirá un derecho real (si no incurre en alguna de las excepciones a la protección registral), independientemente de los defectos del documento inscrito, del proceso traslativo o del derecho del transmitente.

La protección del titular registral está basada en el *indefeasibility principle*, piedra angular sobre la que se ha construido el sistema australiano y por el que la inscripción dota de independencia al derecho. Este efecto refleja la opinión del propio TORRENS, que señaló que el primer objetivo de un sistema registral eficaz debe ser evitar la investigación extrarregistral de los

títulos de transmisión y rechazar el carácter histórico o derivativo de los mismos (7).

En el *Torrens system*, la colisión entre derechos incompatibles se soluciona en virtud de la inscripción y no conforme a criterios sustantivos extrarregistrales, ya que rigen con carácter absoluto los principios de prioridad registral e inoponibilidad de los títulos no inscritos. De esta manera, el *certificate of title* es una prueba concluyente de que la persona que aparece como titular de la finca registral es su verdadero propietario y que no hay más cargas que las inscritas.

Aunque una serie de excepciones limitan la protección que el *indefeasibility principle* proporciona al titular registral, la interpretación de las mismas por parte de los Tribunales australianos ha tendido a ser restrictiva, pues de lo contrario, como ha señalado Peter BUTT, no se hubiera cumplido el objetivo marcado por Robert TORRENS:

«Cualquier otro enfoque [sobre la protección del titular registral] disminuiría la eficacia de la inscripción y obligaría a realizar una investigación histórica de las transacciones y de los títulos traslativos que Sir Robert TORRENS se esforzó en suprimir. (...) La confianza pública en el *Torrens system* depende de la solidez de los efectos que determinan la protección de la inscripción» (8).

Como se acaba de apuntar, la protección del que aparece como titular en el *certificate of title* no es absoluta, ya que su posición puede estar sometida a alguna de las excepciones que excluyen la defensa de la inscripción. Algunas de estas excepciones tienen carácter subjetivo porque derivan de la conducta del que pretende la protección tabular (fraude y excepción *in personam*). En cambio, otras se deben a errores objetivos o contradicciones en el propio Registro. Dos de esas limitaciones objetivas están estrechamente relacionadas con los datos descriptivos de las fincas. En concreto, la normativa australiana recoge como excepciones a la protección registral la descripción errónea de la finca y las situaciones en las que dos folios describen como propio un mismo terreno.

III. LA DESCRIPCIÓN ERRÓNEA DE LA FINCA COMO LÍMITE A LA PROTECCIÓN REGISTRAL

Todas las jurisdicciones australianas excluyen la aplicación del *indefeasibility principle* cuando la finca registral está erróneamente descrita. Como

(7) Cfr. TORRENS, *Essay on the Transfer of Land by Registration*, Cassel & Company Ltd., London, 1882, pág. 18.

(8) Cfr. BUTT, «Indefeasibility and sleights of hand», en *Australian Law Journal*, núm. 66, 1992, pág. 596.

ha señalado BUTT, «el Registro no dota de carácter concluyente a los linderos de la finca en la forma en la que aparecen descritos» (9). Es decir, si se demuestra que la descripción física incluye una franja sobre la que el titular registral no tiene un derecho legítimo, el título inscrito será parcialmente claudicable frente a la reclamación de un tercero (*section 42.1.c*) RPA [NSW]). La razón de ser de esta excepción es evitar que el *verus dominus* de una finca pierda total o parcialmente su derecho por la inclusión indebida del terreno en el *certificate of title* que el Registro expide a otro sujeto.

Estos errores en la descripción de las fincas derivan fundamentalmente de inexactitudes en la elaboración de los mapas topográficos que se diseñan en el proceso de inmatriculación. El hecho de que los topógrafos examinen las descripciones de las fincas y delimiten de forma objetiva e independiente sus linderos no implica que las descripciones que realizan sean precisas y totalmente correctas. También es posible que la inexactitud en la descripción de los linderos surja con relación a fincas que ya estuvieran incorporadas al *Torrens system*. Por ejemplo, si en una transmisión se incluye una porción que ninguno de los contratantes pretendía incluir y así se refleja gráficamente en el Registro.

A pesar de lo anterior, todas las jurisdicciones excepto Queensland, Northern Territory y Tasmania, tras exponer que el *indefeasibility principle* no actúa cuando la finca está inexactamente descrita, establecen una puntuación relativa a los posibles terceros que adquieran a título oneroso la finca registral. Esto es, después de rechazar la protección registral de los datos descriptivos, varios Estados admiten expresamente la *indefeasibility of title* respecto de adquirentes a título oneroso. Nos encontramos, por tanto, con una excepción a la excepción porque la protección tabular se rechaza con carácter general pero se admite cuando un tercero adquiere a título oneroso una finca registral con exceso de superficie por un error de identificación.

Supongamos que por una inexacta delimitación se incluye una franja de terreno en la descripción registral de una finca. Si en esta situación el titular registral transmite o hipoteca esa finca y el tercero inscribe el título será merecedor de la protección del *indefeasibility principle*, por lo que adquirirá la franja incluida por error (10). La razón por la que se adopta esta solución se basa, según la opinión de HEPBURN, en que el comprador que ha confiado en la descripción de la finca que se contiene en el *certificate of title* y en el folio registral no debe soportar las consecuencias de un error al que es absolutamente ajeno (11). Por tanto, la presente excepción a la invulnerabilidad

(9) BUTT, *Land Law*, 5th ed., Thomson Reuters, Pyrmont, 2006, págs. 27 y 730.

(10) Cfr. WEIR, «The uncertainty of certain boundaries», en *Australian Property Law Journal*, vol. 9, núm. 1, 2001, págs. 36-38; BUTT, *Land Law*, pág. 784, y CHAMBERS, *An introduction to Property Law in Australia*, pág. 454.

(11) Cfr. HEPBURN, *Australian Property Law*, LexisNexis-Butterworths, Chatswood, 2008, pág. 687.

del título está pensada, básicamente, para evitar alteraciones físicas en la propiedad con ocasión de la conversión de un título antiguo en uno basado en el *Torrens system*, ya que la excepción está limitada respecto de los subadquirientes a título oneroso.

La regulación de la *ejectment provision* en Australian Capital Territory, New South Wales y Western Australia apoya esta misma conclusión. La *section 118 RPA [NSW]* dispone que frente a un titular inscrito no se podrá plantear una acción judicial destinada a recuperar la posesión de una finca inmatriculada, salvo que concurren ciertas circunstancias. Este decir, los motivos por los que un título inscrito puede ser objeto de impugnación están legalmente tasados y su interpretación es restrictiva. Uno de esos supuestos en los que es posible solicitar la cancelación o rectificación de un título inscrito es la errónea descripción de la finca registral. En concreto, la *section 118.1.e) RPA [NSW]* establece que un título inscrito puede ser impugnado con éxito si por un error en la descripción física de los linderos se ha incluido una porción de terreno de la finca colindante. Sin embargo, la persona que bajo la regulación del *old system* sea considerado propietario no podrá reclamar con éxito la devolución de dicha franja en caso de que el titular registral sea un tercero que hubiera adquirido a título oneroso la finca registral inexactamente descrita.

WHALAN entiende que se puede argumentar que en Queensland y Tasmania la posición es la misma que en las jurisdicciones que explícitamente matizan la exclusión del *indefeasibility principle* (12). En el caso de Queensland, se apoya en la jurisprudencia neozelandesa que complementa una normativa que tampoco prevé expresamente la salvedad para el adquirente a título oneroso (13). Sin embargo, la *Court of Appeal* ha sostenido en *Beames v Leader* [2000] 1 Qd R 347 que la *section 185 (1) LTA [Qld]* debe considerarse una simple sustitución de la norma derogada, la cual tampoco recogía esta especialidad. No obstante, es discutible que esta ausencia se deba a una intención real de rechazar la protección del tercero y marcar una diferencia con la regulación de otras jurisdicciones.

La justificación de la protección del tercero en Tasmania es mucho más sencilla gracias a la regulación de la *ejectment provision*. Con base en la *section 149 (1) (e) LTA [Tas]*, la acción para recuperar la posesión de una franja de terreno incluida por error en el folio de otro titular registral no prosperará frente a adquirentes de buena fe. Asimismo, la *section 42 LTA [Tas]* regula la tutela general de los adquirentes a título oneroso, la cual podría in-

(12) Cfr. WHALAN, *The Torrens System in Australia*, The Law Book Company, Sydney, 1982, pág. 320.

(13) En el caso *Zachariah v Morrow and Wilson* [1915] 34 NZLR 885, se afirmó que resulta necesario proteger al adquirente de buena fe y a título oneroso que sin mediar fraude inscribe su adquisición en el Registro.

cluir la protección del tercero en caso de inexactitud en la descripción física de la finca.

Antes de analizar la jurisprudencia australiana relativa a esta excepción a la protección registral es necesario hacer dos observaciones con relación al significado de la expresión «errónea descripción de la finca»:

- a) La excepción se refiere únicamente a la extensión física de la finca, por lo que no se pueden incluir los errores en la descripción jurídica. Esta cuestión se trae a colación porque en *CPR and Imperial Oil Ltd. v Turta* [1954] SCR 427, el demandante alegó esta excepción para impugnar el título del demandado. Aunque se trata de un litigio que tuvo lugar en Canadá, la doctrina australiana lo cita con asiduidad, ya que la provincia canadiense de Alberta ha asumido los postulados del *Torrens system*. En el caso, CPR fue privado de su derecho de explotación del petróleo del subsuelo de una finca porque al emitirse un nuevo *certificate of title*, el Registro omitió por error la referencia a esta reserva, lo que facilitó que la finca se transmitiera a un tercero libre de cargas. El Tribunal desestimó la pretensión de CPR porque la omisión de los derechos petrolíferos en el *certificate of title* no encaja en la excepción de descripción errónea.
- b) La excepción sólo se aplicará si, como resultado de un error en la descripción de la finca, el *certificate of title* incluye un terreno que no se tenía que haber incluido. Por ello, si una finca se describe correctamente, pero el inmatriculante carece de un título legítimo que justifique su derecho conforme a las reglas del *old system*, la excepción no podrá ser alegada porque, en esos casos, el *indefeasibility principle* protege al titular inscrito frente al no inscrito. Esto significa que la excepción sólo será de aplicación cuando exista un error en el control de los elementos descriptivos o físicos, ya que no se podrá emplear en caso de que el error esté en el control jurídico del derecho. El Juez Walker describió didácticamente esta cuestión en *Hamilton v Iredale* [1903] 3 SRNSW 535:

«Si inmatriculo una finca denominada «Blackacre» (para lo cual estoy legitimado) que se describe de una manera inexacta en el *certificate of title*, ya sea porque éste se refiere a una finca colindante llamada «Whiteacre» o porque en la descripción de «Blackacre» se incluye una franja de «Whiteacre», hay un error en la descripción que puede ser objeto de rectificación frente a mí o cualquier adquirente a título gratuito. Por el contrario, no hay error en la descripción de la finca o de sus linderos si se expide a mi favor un *certificate of title*, fruto de la inmatriculación de un terreno respecto del cual no tengo un título válido. Por ello, únicamente hay error en la descripción de una finca si se describe «B» cuando realmente se pretendía describir «A» o cuando se describió «A», de tal manera que se incluyó una porción que corresponde a «B». Sin embargo, si la finca cuya inmatriculación pre-

tendo se describe correctamente pero resulta que la finca no es mía, no hay error en la descripción. En este caso, hay falta de título pero no error en la descripción».

En el caso referido, el demandado solicitó la inmatriculación de una finca en 1868, para lo cual alegó que la había usucapido. El Registro aceptó su solicitud, abrió un folio registral para la finca y emitió un *certificate of title* en el que ésta se describía de la misma forma que en la solicitud del inmatriculante.

Los demandantes pretendieron que se cancelara el folio registral y el *certificate of title* del demandado. Para ello, presentaron una cadena de documentos que justificó plenamente la existencia y validez de su derecho sobre la finca litigiosa que se remontaba a una concesión de la Corona efectuada en 1799. Asimismo, los demandantes alegaron, por un lado, la aplicación de la excepción de descripción errónea para rechazar la protección tabular del demandado y, por otro lado, que éste no había podido usucapir porque nunca había estado en posesión efectiva de la finca.

En primera instancia se admitió la demanda porque la posesión del demandado no estaba correctamente fundada. Por ello, se estimó que los demandantes tenían derecho a solicitar la cancelación del folio registral en el que el demandado aparecía como titular. Sin embargo, esta solución fue recurrida ante la *Court of Appeal*. En su sentencia, el Juez Stephen confirmó que el Registrador y sus colaboradores cometieron un error al admitir la inmatriculación porque el demandado no había adquirido la finca por usucapición. A pesar de ello, la *Court of Appeal* admitió el recurso y desestimó la demanda, ya que el *indefeasibility principle* determina la defensa del titular registral frente a cualquier persona. Aunque el Registrador debía haber rechazado la inmatriculación no lo hizo y la consecuencia directa de ello fue que el demandado *non dominus* adquirió de modo originario la finca, ya que se trataba de un supuesto de falta de título extrarregistral y no de una delimitación inexacta de los linderos.

En opinión de WHALAN, la salvedad introducida en casi todas las jurisdicciones con relación a los terceros que adquieren a título oneroso una finca inexactamente descrita —ya sea de forma explícita (Australian Capital Territory, New South Wales, South Australia, Victoria y Western Australia) o indirectamente (Queensland y Tasmania)— reduce «drásticamente» la aplicación de esta limitación a la protección del titular registral (14).

El análisis de la jurisprudencia australiana en torno a esta cuestión requiere trazar una distinción en función de si la inexactitud surge en el momento de la inmatriculación o después de ella:

(14) Cfr. WHALAN, *The Torrens System in Australia*, pág. 320.

a) El error surge en la inmatriculación cuando al crearse el folio registral y expedirse el primer *certificate of title* se incluye en la descripción física de la finca una franja de terreno que no debería ser incluida. En estos supuestos, el verdadero propietario de la finca conforme a las normas del *old system* podrá reivindicarla con éxito a no ser que el titular registral sea un tercero que goce de una especial protección. Así se señaló en *Marsden v McAlister* [1887] 8 NSWLR 300.

En 1870, James Marsden solicitó la inmatriculación de una finca que fue aceptada por la *Land Titles Office*, que expidió un *certificate of title* que describía la finca tal y como aparecía en la solicitud. Varios años después, McAlister tuvo noticia de que la finca registral de Marsden invadía su propiedad, ya que el lindero sur había sido delimitado erróneamente. Fruto de este error, la finca de Marsden incluía un área cuyo legítimo propietario era McAlister. Tras el examen de las *chains of titles* se demostró que el terreno litigioso correspondía al demandado, cuyo título derivaba de una concesión de la Corona y una sucesión perfectamente documentada de títulos transmisivos. Sin embargo, James Marsden había transmitido su finca a un tercero que alegó su condición de titular registral y solicitó que su posición fuera reconocida frente a McAlister.

El fallo admitió la excepción al *indefeasibility principle*, por lo que el titular registral de la finca erróneamente descrita no fue protegido frente al verdadero propietario. La solución desestimatoria se fundó en que la publicidad registral no es suficiente para justificar la pérdida de la propiedad por el dueño de la franja. No obstante, para comprender el verdadero significado de esta solución resulta esencial añadir que el tercero había adquirido la finca fruto de una declaración testamentaria del inmatriculante. El hecho de que el tercero fuera un adquirente a título gratuito determinó la plena aplicabilidad de la excepción al *indefeasibility principle*, ya que no cumplía el requisito de la onerosidad que se exige para la protección tabular del tercero.

El razonamiento anterior se completó con una declaración *obiter dicta* importantísima en la que se manifestó que la solución del pleito hubiera sido distinta en caso de que el tercero hubiera sido un adquirente a título oneroso. En la sentencia se estimó que la tutela de estos terceros que adquieren una finca registral con una descripción inexacta queda amparada porque el *Torrens system* trata de «evitar que se lesione a compradores inocentes por defectos en el título del transmitente».

b) En segundo lugar, el error en la descripción física puede surgir con relación a fincas ya inmatriculadas. El caso paradigmático es *Michael v Onisiforou* [1977] 1 BPR 9356. Con anterioridad a 1960, el titular registral de una finca construyó dos edificios que se separaron por un muro medianero. Estos dos edificios constituyeron los números 17 y 19 de Clovelly Road. En 1960, el propietario dividió la finca registral en dos y transmitió el número 17 a uno de los demandados y el número 19 a Paridis, predecesor de los demandantes.

A pesar de que la división de la finca original fue controlada por un topógrafo oficial, el encargado de realizar la medición y descripción gráfica de las fincas resultantes incurrió en un error, de modo que una parte del jardín del número 19 se incluyó en el *certificate of title* de la finca del número 17 de Clovelly Road.

De los hechos se desprende que no se trataba de un supuesto de falta de título en el que la doctrina del caso *Hamilton v Iredale*, al que ya nos hemos referido, pudiera haber sido de aplicación. Por el contrario, se trataba de un error en la descripción porque el *certificate of title* de la finca del número 17 incluía una porción de terreno que correspondía al número 19 de Clovelly Road. Ante esta situación era indispensable plantearse si el demandado podía ser protegido por ser un adquirente a título oneroso de la finca registral.

La solución del pleito rechazó la adquisición de la franja incluida por error. Para ello, el Juez Rath averiguó cuál fue el objeto físico sobre el que recayó el consentimiento contractual del adquirente que pretendía ser protegido *a non domino*. Tras la pertinente investigación e interrogatorio a los litigantes, concluyó que el demandado no tuvo intención de comprar la franja litigiosa (aquella que por error se incluyó en la descripción registral del número 17 de Clovelly Road), lo que determinó que no pudiera ser protegido, puesto que no se trataba de un verdadero tercero que hubiera adquirido a título oneroso la finca. Las pruebas demostraron que la voluntad del comprador había sido adquirir la realidad física externa perceptible por los sentidos y no el espacio descrito en el *certificate of title* que incluía una porción del jardín de la finca colindante. Con base en esta argumentación, se ordenó la rectificación de los linderos registrales y la expedición de dos nuevos *certificates of title*.

En el caso *Pleasance v Allen* [1889] 15 VLR 601 ya se había planteado una cuestión similar a la que apareció en *Michael v Onisiforou*. AAA era el titular registral de una finca sobre la que se construyeron dos establecimientos comerciales y un pequeño hotel. En septiembre de 1887, AAA segregó una porción —la parcela que comprendía las dos tiendas— y la transmitió a BBB. En el contrato de compraventa el inmueble se describió como «la porción de la finca en la que se construyeron las dos tiendas». Sin embargo, en el documento que sirvió para la inscripción (*transfer of title*) se describió a través de una serie de puntos objetivos que resultaron ser incorrectos. La consecuencia del error fue que en el *transfer of title* y en el posterior *certificate of title* la descripción de la finca invadía la propiedad colindante. Con posterioridad, BBB vendió la parcela donde estaban las tiendas a un comprador, el cual las transmitió más tarde a los demandantes. En ambas transmisiones, los *certificates of title* incluían la franja de terreno litigiosa.

En octubre de 1887, AAA vendió la finca donde se había construido el hotel a CCC, que poco después transmitió al demandado. En los documentos

en los que se recogieron estas transmisiones no se incluyó la franja que, por el contrario, sí aparecía en el *certificate of title* del demandante y de sus predecesores. Cuando el demandado tuvo conocimiento del error solicitó la rectificación de la descripción tabular de las fincas.

Al tratarse de un supuesto de errónea descripción de los linderos, los demandantes alegaron su condición de adquirentes a título oneroso. Sin embargo, el Juez Hodges rechazó tal pretensión porque en las diversas transmisiones de las fincas colindantes la intención de los compradores fue la de adquirir «el espacio que venían sobre el terreno» y no «el que aparecía reflejado en el papel». Por ello, aunque se aceptó que los demandantes fueran adquirentes a título oneroso se rechazó que tuvieran tal condición respecto de la concreta franja litigiosa, porque su intención —reflejada en el contrato— no había sido adquirir el terreno objeto de la litis. Por consiguiente, la argumentación del Juez basada en la prueba extrarregistral concluyó que los demandantes no merecían la protección del *indefeasibility principle*, por lo que se procedió a la rectificación de la situación tabular.

Las observaciones que los Tribunales australianos hicieron para solucionar los casos *Michael v Onisiforou* y *Pleasance v Allen* son de vital importancia para comprender el significado de la excepción de errónea descripción de la finca y la posible protección de los terceros. A la luz de la jurisprudencia, el comprador no podrá ser protegido si en el momento de la adquisición no puso su confianza en la descripción errónea del documento registral. En los casos citados, los titulares registrales de las fincas inexactamente descritas no fueron protegidos porque no tuvieron la intención de comprar el área incluida en la descripción tabular, sino el espacio físicamente delimitado que se les presentó.

Ahora bien, ¿en qué supuestos es razonable pensar que el comprador de una finca inexactamente descrita pone su confianza en la descripción del Registro? ¿Es posible admitir que una persona confíe en una descripción tabular inexacta y pueda ser protegido por el *indefeasibility principle*? No parece que esto sea posible si hay una colisión entre la realidad «visual» y la «tabular». La simple confianza en una descripción registral que resulta ser inexacta no bastará para que el tercero merezca la protección tabular. La razón por la que no resulta suficiente la simple confianza en la descripción del *certificate of title* es que los Tribunales van a valorar las pruebas o evidencias extrínsecas acerca de la verdadera extensión de la finca y la ubicación precisa de sus linderos. Esto supone que en caso de colisión entre la descripción real y la registral de una finca, la primera prevalece sobre la segunda, por lo que la protección tabular del tercero se difumina (15).

(15) VV.AA., *Real Property Law in Queensland*, 2nd ed., The Law Book Company, Pyrmont, 2005, pág. 364. En la jurisprudencia, cfr. *Pleasance v Allen* [1889] 15 VLR 601 y *Overland v Lenehan* [1901] 11 QJL 59.

La interpretación de la voluntad contractual conforme la doctrina de *Michael v Onisiforou* y *Pleasance v Allen* y la supremacía de las evidencias extrínsecas sobre la descripción tabular, ¿vacía de contenido la excepción a la inaplicación de la protección registral que se recoge en el inciso final de la *section 42.1.c*) RPA [NSW]? Es cierto que de esta forma se limita enormemente —no de forma arbitraria, sino por razones de justicia material— la protección del titular registral; sin embargo, entendemos que cuando la descripción tabular inexacta sea coherente con la descripción de la realidad física perceptible por los sentidos el titular registral merecerá la *indefeasibility of title*. En estos casos, las evidencias extrínsecas no sólo no refutan la declaración registral inexacta, sino que la hacen más digna de confianza y, por tanto, de protección. Las sentencias anteriormente analizadas rechazaron correctamente la aplicación del *indefeasibility principle* porque la situación tabular debía ceder ante una realidad física diferente y coherente con los derechos reales. Por el contrario, si la realidad física hubiera sido coherente con la descripción tabular de la finca y contradictoria con la propiedad inmobiliaria, a buen seguro, la jurisprudencia hubiera admitido la *indefeasibility of title* y la consiguiente adquisición *a non domino* de la porción de terreno que de forma inexacta se incluía en la descripción registral.

Por ello, aunque WHALAN había señalado que la protección de los adquirentes a título oneroso reduce «drásticamente» la aplicación de esta excepción al *indefeasibility principle* (16), los rigurosos requisitos que la jurisprudencia australiana exige para que estos terceros sean efectivamente protegidos determinan que la excepción mantenga, en casi todos los casos, plenamente su eficacia.

IV. LA EXCEPCIÓN DE TÍTULO PREVIO CONTRADICTORIO

Otro de los límites a la protección registral es la *prior title exception*, que se recoge en la *section 42.1.a*) RPA [NSW]. La existencia de un título inscrito previo que se refiera de forma total o parcial a la misma finca determina que el titular del segundo folio no pueda gozar de la *indefeasibility of title*.

La excepción de título inscrito contradictorio se aplica en aquellas situaciones en las que dos folios registrales vigentes han sido creados para el mismo espacio físico (17). La presente limitación a la protección tabular se corresponde, por tanto, en el Ordenamiento español con la doble inmatriculación.

(16) Cfr. WHALAN, *The Torrens System in Australia*, pág. 320.

(17) La excepción sólo procede en caso de que los títulos incompatibles estén vigentes en el momento en el que surge la disputa. Por ello, si debido a cualquier razón, el título anterior ha sido cancelado, no podrá alegarse para resolver el posible conflicto. Cfr. *Medical Benefits Fund of Australia Ltd. v Fisher* [1984] 1 Qd 606.

Tanto en el sistema australiano como en el español esta situación puede surgir con ocasión de la inmatriculación de una finca o con posterioridad a ella. Un error en la descripción registral puede acarrear la invasión total o parcial de la propiedad colindante. En caso de que la finca contigua estuviera intabulada nos encontraremos ante una doble inmatriculación; en caso contrario, esta contradicción podrá aparecer si con posterioridad la finca colindante se inmatricula. También es posible que la doble inmatriculación se deba a que dos personas tengan títulos inscritos contradictorios sobre la misma finca, de modo que existan dos hojas registrales incompatibles entre sí.

Los efectos que se derivan de la contradicción o coincidencia entre descripciones son idénticos en todas las jurisdicciones australianas. El que aparezca como titular en el segundo folio registral no podrá alegar su condición de titular inscrito frente al que cuente con un *certificate of title* expedido con anterioridad. El legislador australiano ha establecido que la regla *prior in tempore, potior in iure* rige con carácter absoluto en los supuestos en los que dos folios registrales se refieren al mismo espacio físico, ya que el poseedor del primer *certificate of title* podrá imponer su condición al otro titular registral. Por ello, cabe decir que el sistema establece únicamente esta excepción para deslegitimar a los segundos titulares registrales, ya que queda incólume la protección tabular del primer inscrito.

En Australian Capital Territory, New South Wales, Tasmania y Western Australia esta conclusión es reforzada por la *ejectment provision*. La s. 118.1.f) RPA [NSW] dispone que la acción destinada a recuperar la posesión de una finca no prosperará, en caso de doble inmatriculación, frente a un titular registral que justifique su derecho con base en un folio registral anterior.

Habida cuenta de las cautelas que el legislador australiano ha introducido en el procedimiento de inmatriculación y la claridad normativa, no es llamativo que apenas exista jurisprudencia sobre la *section 42.1.a)* RPA [NSW].

En el caso *Lloyd v Mayfield* [1885] 7 ALT 48, el demandante reivindicó la finca que ocupaba el demandado, para lo cual alegó su inscripción fechada en 1884. El demandado se opuso a la demanda y aportó un documento que justificaba su condición de titular registral de la finca litigiosa desde 1872. La *Full Court of Victoria* desestimó la demanda y consideró que el *certificate of title* del demandado era suficiente para demostrar la prevalencia de su derecho, ya que había sido expedido con anterioridad. La prioridad registral fue suficiente para resolver el caso porque «el propósito de la Ley es hacer del *certificate of title* una prueba concluyente del derecho sobre el terreno que en él se describe».

Una situación similar se presentó en *Stevens v Williams* [1886] 12 VLR 152. En este supuesto, el certificado del demandado fue expedido en 1876. Los linderos de la finca descritos en el *certificate of title* coincidían en una pequeña parte con la finca colindante, cuya titularidad registral ostentaba el

demandante desde 1885. El Juez Higinbotham declaró que la franja litigiosa correspondía al demandado, simplemente, porque su *certificate* era anterior al del demandante.

Sin embargo, la solución de la doble inmatriculación conforme al aforismo *prior in tempore, potior in iure* debe completarse con dos reglas distintas. Mientras que la primera puede afectar a cualquier situación de doble inmatriculación, la segunda se refiere únicamente a la doble inmatriculación parcial:

- i) Si el primer inmatriculante hubiera actuado de forma fraudulenta no merecerá la protección del Registro, por lo que prevalecerá el titular del segundo folio registral (18).
- ii) Si el primer título inscrito incluye una franja o parcela de terreno cuyo dominio no corresponde al inmatriculante, el titular del *certificate of title* correcto pero emitido con posterioridad gozará de preferencia.

Cada una de estas reglas tiene, a su vez, su contrapunto relativo a la posible protección de los terceros que adquieran la finca a título oneroso:

- i) ¿Qué ocurrirá cuando el titular registral que actuó fraudulentamente en la inmatriculación transmite a un tercero? El *Torrens system* pretende evitar que la excepción de fraude se perpetúe, de modo que los titulares registrales de una finca estén sometidos en cascada a la reclamación del defraudado. Para ello, la *section 45.1 y 2 RPA [NSW]* establece una limitación a la acción para reclamar el fraude, ya que éste no vincula a los subadquirentes a título oneroso que inscriben su derecho.
- ii) ¿Debe entenderse preferente el folio que describe de forma inexacta la finca cuando el titular registral sea un adquirente a título oneroso? Con anterioridad nos hemos referido a la *section 42.1.c) RPA [NSW]*, relativa a la protección del tercero cuando la finca se describe de forma errónea y a su rigurosa interpretación jurisprudencial.

Esta última cuestión será analizada por extenso en el siguiente apartado, ya que se trata de un supuesto de solapamiento entre dos límites distintos a la protección registral. La proximidad que existe entre las excepciones de título previo y de delimitación inexacta hace necesario analizar qué ocurre cuando las dos excepciones al *indefeasibility principle* se puedan aplicar al mismo tiempo. Las conclusiones a las que vamos a llegar se pueden extender a los supuestos de doble inmatriculación en los que el primer titular registral

(18) La *section 42.1 RPA [NSW]* excluye la protección tabular a los titulares registrales cuyo comportamiento haya sido deshonesto e inmoral (*Butler v Fairclough* [1917] 23 CLR 78).

actuó en fraude pero transmitió a un tercero presuntamente protegido por la *section 45 RPA [NSW]* frente al segundo inmatriculante.

V. RELACIÓN ENTRE EXCEPCIONES: DOBLE INMATRICULACIÓN POR ERRÓNEA DESCRIPCIÓN DE LA FINCA

Hasta ahora se ha examinado por separado el funcionamiento de las excepciones a la *indefeasibility of title* por descripción errónea de la finca registral y por título previo contradictorio. Sin embargo, es posible que ambas excepciones sean aplicables a un mismo supuesto. Esto es, los límites a la protección tabular que estamos analizando son dos círculos secantes que cuentan con un ámbito propio o exclusivo y otro coincidente.

Las situaciones en las que estas excepciones al *indefeasibility principle* pueden solaparse nos conducen a dos escenarios o contextos distintos. En ambos nos encontramos con dos folios registrales válidos y vigentes —uno anterior y otro posterior— que se refieren al mismo espacio físico porque en uno ellos la descripción de la finca es errónea. La primera posibilidad es que el primer *certificate of title* emitido describa correctamente la finca y que el folio registral posterior sea el que la describe de forma incorrecta, de modo que se produce una doble inmatriculación. En el segundo escenario la situación es la inversa: el título posterior describe correctamente la finca, mientras que el anterior la describe erróneamente.

En algunos supuestos, la aplicación de una u otra excepción conduce al mismo resultado, por lo que la determinación de cuál es la norma preferente no genera problemas. En otros, la solución será distinta según cuál sea la regla escogida. Por ejemplo, si en el primer folio registral la finca se describe correctamente pero en el segundo folio, el que señala incorrectamente los linderos, hay un adquirente a título oneroso: ¿será posible aplicar la excepción a la excepción que se contempla en la *section 42.1.c) RPA [NSW]* para admitir que el adquirente a título oneroso tienen un derecho preferente? Debido a esta posible disparidad de soluciones es indispensable determinar claramente la regla que debe ser de aplicación.

Otro escenario en el que las excepciones de título previo contradictorio y errónea descripción no proporcionan una solución coherente es aquel en el que el primer folio describe incorrectamente la finca. En estos casos, ¿procede aplicar la prioridad registral para determinar la preferencia entre los folios incompatibles o, por el contrario, es necesario señalar que el *indefeasibility principle* no protege las descripciones? Si el titular registral del primer folio fuera un tercero, ¿la solución seguirá siendo la misma?

1. PRIMER ESCENARIO

La primera situación en la que se puede dar un solapamiento entre las *sections* 42.1.a) y 42.1.c) RPA [NSW] surge cuando dos *certificates of title* describen total o parcialmente el mismo inmueble por un error en la descripción del que fue emitido con posterioridad.

El caso *Stevens v Williams* [1886] 12 VLR 152, anteriormente citado, ilustra adecuadamente esta situación. En el supuesto de hecho litigioso había una doble inmatriculación parcial porque dos fincas colindantes incluían la misma franja de terreno. Aunque las descripciones alfanuméricas de los folios registrales eran distintas, las delimitaciones gráficas resultaron ser contradictorias. El demandado presentó su título inscrito fechado en 1876 mientras que el del actor era de 1885. El Juez Higinbotham desestimó la demanda porque el *certificate of title* del demandante era posterior, reconoció el derecho del demandado sobre la franja doblemente inmatriculada y ordenó la rectificación del *certificate of title* del demandante para adecuarlo a la realidad jurídica.

Sin embargo, la solución no hubiera variado si la excepción de la errónea descripción de los linderos hubiera sido aplicada. De la relación de hechos probados se deduce que el error que originó la doble inmatriculación parcial se debió a una incorrecta descripción de la finca por el demandante. Es decir, el demandante no sólo tenía un título inscrito posterior en el tiempo, sino que ese título era, además, inexacto.

A pesar de que en el caso *Stevens v Williams* las excepciones de título previo contradictorio y errónea descripción ofrecen un mismo resultado, es posible que en el primer escenario surja una situación de conflicto en la que la aplicación de una norma u otra condicione el resultado final. Si el titular del *certificate of title* posterior fuera un adquirente a título oneroso de la franja inexactamente incluida en su finca registral, la *section* 42.1.c) RPA [NSW] le podría proteger —al menos desde un punto de vista teórico— en, al menos, siete jurisdicciones australianas. Sin embargo, el *certificate of title* posterior seguiría siendo claudicable conforme a la *section* 42.1.a) RPA [NSW].

Si ambos litigantes tienen la condición de terceros estarán en igualdad de condiciones, por lo que parece claro que la solución deberá seguir siendo la misma. La duda se plantea, por tanto, en las situaciones en las que sólo el titular del segundo folio es tercero. Douglas WHALAN se ha referido expresamente a esta situación en la que el primer *certificate of title* describe la finca correctamente y el posterior de manera incorrecta pero su titular es un adquirente a título oneroso:

«A diferencia de lo que ocurre con la excepción de descripción errónea, los Tribunales han sostenido, con base en la excepción de título contradictorio, que

el primer titular registral tiene preferencia frente al comprador de buena fe de la finca incluida en el *certificate of title* posterior» (19).

Para analizar esta cuestión es necesario examinar la cita de WHALAN a la luz del caso *Registrar of Titles v Esperance Land Company* [1899] WAR 118. El Registrador, en ejercicio de sus competencias, exigió a la empresa demandada la devolución del *certificate of title* para rectificar un error descriptivo en el que había incurrido la *Land Titles Office*. De los hechos litigiosos se deduce que Alwood era el propietario de una finca que fue dividida en dos partes, una de las cuales fue transmitida a Henson. Cuando esta transmisión fue inscrita se expidió a nombre del comprador un *certificate of title* relativo a la porción de terrero transmitida. Tiempo después Alwood vendió el resto de la finca a Simon. El certificado en el que Simon aparecía como titular registral incluyó por una negligencia el terreno que Alwood había transmitido a Henson. Antes de conocerse el error descriptivo Simon transmitió la finca a la sociedad mercantil demandada.

El caso fue resuelto con base en la excepción de título previo contradictorio, lo que supuso dar preferencia al *certificate of title* de Henson sobre el de Esperance Land Company. La aplicación de la excepción de errónea descripción de la finca y la regulación especial para adquirentes a título oneroso hubiera arrojado una solución diametralmente opuesta. Sin embargo, el Tribunal no valoró su posible aplicación. No obstante, el Tribunal sí examinó la aplicación de la protección general de los terceros recogida en la *section 202 TLA* [WA] —análoga a la *section 45 RPA* [NSW]— y admitió que la sociedad demandada era un tercero de buena fe que había adquirido a título oneroso la finca registral incluida en el *certificate of title* posterior e incorrecto (20).

Sin embargo, el hecho de que la sociedad demandada fuera una adquirente de buena fe y a título oneroso no fue suficiente para alterar la solución de la doble inmatriculación. Por ello, se sostuvo que la protección de los compradores de buena fe está supeditada o queda limitada por la excepción del título previo contradictorio, la cual es suficiente para salvaguardar el derecho del titular registral cuyo *certificate of title* sea correcto y anterior en el tiempo. El Juez Stone justificó esta solución señalando lo siguiente:

«No creo que el hecho de que la finca haya pasado a manos de un adquirente de buena fe y a título oneroso pueda afectar a esta cuestión, porque la norma relativa a la protección del comprador (...) está, en mi opinión, controlada y sometida por la que regula la excepción del título contradictorio que

(19) WHALAN, *The Torrens System in Australia*, pág. 320.

(20) Del contenido de la sentencia parece que se deduce que los abogados de la demandada se refirieron expresamente a la posible aplicación de la *section 202 TLA* [WA] y no de la regla especial en materia de descripciones inexactas de la *section 68.1 TLA* [WA].

expresamente protege el derecho del comprador anterior o del titular del *certificate of title* previo».

En conclusión, el titular registral que aparezca en el primer *certificate of title* prevalecerá aunque el otro alegue su condición de adquirente a título oneroso. En caso de que la excepción de descripción inexacta resultara preferente llegaríamos a un resultado un tanto sorprendente e injusto que protegería *a non domino* al tercero. Si tomamos como referencia el supuesto de hecho del caso *Registrar of Titles v Esperance Land Company*, el primer titular registral perdería su derecho sobre la finca aunque ésta constara correctamente descrita en su *certificate of title*. La pérdida de su derecho estaría fundada en que el otro titular registral es un subadquirente a título oneroso de una finca inscrita que invade parte de la propiedad colindante.

Esta hipotética solución no es coherente con los postulados del *Torrens system* porque la protección tabular del primer titular registral no puede quedar eliminada por la defensa de otro titular registral. El *indefeasibility principle* protege con igual intensidad a los titulares registrales, independiente de su condición de tercero o de inmatriculante, ya que asume la eficacia ofensiva y defensiva de la inscripción. Esto es, en Australia el mismo principio protege al inmatriculante y al que pretende la purificación de algún defecto para adquirir *a non domino*. El hecho de que sea el mismo principio el que protege a todos los titulares registrales simplifica la solución del conflicto, ya que el *indefeasibility principle* concede la misma protección y con igual intensidad al inmatriculante que describe correctamente su finca como al subadquirente oneroso de la que aparezca incorrectamente descrita. Esta protección de valor idéntico pero de sentido contradictorio hace que no sea difícil esclarecer cuál de los titulares registrales tiene, a efectos del *indefeasibility principle*, un interés preferente. El legislador australiano se ha decantado, de forma clarísima, a favor de la protección del primer inmatriculante, ya que ha establecido explícitamente que en los supuestos en los que dos folios registrales se refieren al mismo inmueble, el segundo no merece protección (*section 42.1.a*) RPA [NSW]). Por tanto, la doble inmatriculación excluye, en todo caso, la protección del segundo folio registral, aunque su titular sea un adquirente oneroso de la finca inexactamente descrita.

La posición que mantiene la legislación, la jurisprudencia y la doctrina australianas en relación con este escenario no deja lugar a dudas. El titular registral del primer *certificate of title* prevalece, en cualquier caso, frente al titular registral posterior incluso cuando se trate de un tercero. El fundamento que justifica esta solución aparece en la propia *section 42.1.a*) RPA [NSW] que determina que en los supuestos de colisión entre dos *certificates of title* el primero en el tiempo prevalece sobre el posterior. La eficacia defensiva de la inscripción fundada en la *section 42.1* RPA [NSW] determina que el titular registral que hubiera descrito correctamente la finca no pueda ser

vencido en juicio por el que aparezca como titular en otro *certificate of title*, y ello, aunque éste último pueda arrogarse la condición de subadquirente a título oneroso (21).

Aunque el legislador australiano guarda silencio en este punto, KERR ha señalado que el segundo titular registral podrá imponerse al primero y resultar protegido si logra adquirir un nuevo título con base en la usucapión (*adverse possession*) (22). En Australia, todos los Estados —no así los Territorios— admiten que se pueda adquirir la propiedad de un inmueble, incluso frente a un titular registral, por la posesión en concepto de dueño durante un plazo de tiempo que media entre los doce y los quince años (23).

Por ello, cabe concluir que la excepción de título previo contradictorio opera para proteger, en todo caso, al primer folio registral, salvo que el titular del segundo folio consiga usucapir la finca.

2. SEGUNDO ESCENARIO

El segundo escenario en el que las excepciones de título previo contradictorio y errónea descripción pueden aplicarse en un mismo supuesto es aquel en el que el primer *certificate of title* describe incorrectamente la finca porque incluye una franja de terreno que corresponde al colindante, el cual con posterioridad procedió a inmatricular su finca.

BRADBROOK, MACCALLUM y MOORE han señalado que en estos casos procede aplicar la norma que excluye la protección de las descripciones inexactas:

«Si en el *certificate of title* anterior se incluye una franja de terreno fruto de una descripción incorrecta, el *certificate* posterior prevalece. En otras palabras, cuando puedan aplicarse ambas excepciones, la relativa a la descripción errónea de la finca es aplicable y prevalece» (24).

Es decir, en opinión de los citados autores, no procede aplicar la *section* 42.1.a) RPA [NSW] que ampara al primer inmatriculante con base en la

(21) Cfr. WHALAN, *The Torrens system in Australia*, pág. 320, y GRAY/EDGEWORTH/FOSTER, *Property Law in New South Wales*, 2nd ed., LexisNexis-Butterworths, Chatswood, 2007, pág. 305.

(22) Cfr. KERR, *Principles of the Australian Lands Titles (Torrens) System*, The Law Book Company, Sydney, 1927, pág. 242.

(23) Sin embargo, los distintos Ordenamientos no son uniformes en cuanto a los requisitos que se exigen. Especialmente problemáticos son el carácter preceptivo de la inscripción del *adverse possessor* para la adquisición originaria del derecho y la oponibilidad de la usucapión iniciada o consumada frente a otro titular registral.

La legislación de los Territorios —Australian Capital Territory (*section* 69 LTA [ACT]) y Northern Territory (*section* 191 LTA [NT])— rechaza la posibilidad de adquirir un derecho sobre una finca inmatriculada por *adverse possession*.

(24) BRADBROOK/MACCALLUM/MOORE, *Australian Real Property Law*, pág. 157.

prioridad registral sino la *section 42.1.c*) RPA [NSW], por lo que se protegerá al titular del segundo folio registral.

En este mismo sentido se ha pronunciado Peter BUTT:

«[En caso de colisión entre las dos excepciones], el folio del primer titular registral será cancelado (en cuanto a la franja erróneamente incluida), conforme a la *section 42.1.c*), a no ser que, como especifica la propia excepción, sea un comprador o acreedor hipotecario» (25).

El caso *National Trustees Company v Hassett* [1907] VLR 404 recoge este supuesto. En el *certificate of title* de la demandante se incluyó por error una franja de terreno que tiempo después formó parte de la finca que el demandado inmatriculó. La actora reivindicó la parcela litigiosa con base en su *certificate of title* previo. Sin embargo, la *Supreme Court of Victoria* rechazó la pretensión de la demandante porque la descripción física de su finca era incorrecta y la prioridad en la inmatriculación no constituía un motivo suficiente para la estimación de la demanda. El Juez Cussen justificó esta solución alegando lo siguiente:

«Por lo general, no hay duda de que [en los casos de colisión de descripciones] el *certificate* previo es concluyente e irrefutable en relación con la propiedad de la finca (...). No obstante, cuando los linderos de la finca registral se describen incorrectamente en el primer *certificate of title* la protección del titular registral se reduce en la misma extensión que el error descriptivo, lo que determina que el *certificate of title* posterior goce de plena protección».

La inaplicación de la *section 42.1.a*) RPA [NSW] en los casos en los que el primer folio describe incorrectamente la finca es totalmente aceptable y apropiada. En estas circunstancias, es razonable que el primer *certificate of title* deba ser rectificado para reflejar correctamente la situación jurídica del inmueble y que prevalezca el segundo folio que describe correctamente la finca. Mantener la regla *prior in tempore, potior in iure* para proteger al primer titular registral resulta inapropiado porque altera el régimen de protección de los datos descriptivos.

Sin embargo, ¿cuál hubiera sido la solución del caso si la finca que se describió inexactamente en el primer *certificate of title* hubiera sido vendida a un subadquirente de buena fe? En primer lugar sería necesario determinar si hay plena coherencia entre la declaración tabular inexacta y la realidad física, ya que sólo en tal caso cabría cuestionarse si el tercero debe tener preferencia.

A primera vista, Peter BUTT admite la rectificación del primer folio registral sólo en caso de que su titular no sea un adquirente a título oneroso u otra

(25) BUTT, *Land Law*, pág. 776.

persona cuyo título derive de aquélla (26). BUTT cita como argumento de autoridad una declaración en *obiter dicta* del caso *National Trustees Company v Hassett*:

«Se trata de un caso en el que hay una descripción incorrecta de la finca por un error en la demarcación de sus límites o linderos en el que el demandante no es un adquirente a título oneroso, por ello se deduce que su *certificate of title* [aunque fue el primero en acceder al Registro] no es definitivo, por lo que no puede prevalecer frente al demandado».

De esta cita jurisprudencial se deriva que en caso de que el demandante hubiera sido un adquirente a título oneroso, su título hubiera sido preferente al del otro titular registral, a pesar de la errónea delimitación de los linderos.

La generalización de esta conclusión puede producir —en función del concreto supuesto de hecho litigioso— un resultado inadecuado por resultar incompatible con la protección que la *section 42.1 RPA [NSW]* dispensa al otro titular registral. En determinadas situaciones, la persona que aparezca como titular en el *certificate of title* posterior podrá reclamar la protección tabular respecto del terreno correctamente descrito en su folio y de manera incorrecta en el folio anterior. Sin embargo, en otras ocasiones, la protección del tercero que inscribe será preferente al título del *verus dominus*. Por ello es necesario plantearse dos hipótesis diferentes.

La distinción entre una y otra hipótesis radica en determinar si la inscripción del tercero en el primer folio —aquel que describe la finca de forma inexacta— es anterior o posterior a la *primary application* del legítimo propietario. El subadquirente a título oneroso de la finca delimitada inexactamente merecerá la protección tabular únicamente si inscribe cuando el verdadero dueño de la franja conforme a las normas del *old system* todavía no fuera titular registral. Esto es, supongamos que AAA y BBB son propietarios documentales de dos fincas colindantes que están al margen del *Torrens system*; BBB solicita la inmatriculación de su propiedad pero por un error en la medición, en la documentación o en la calificación la finca registral se describe incorrectamente, de modo que se incluye en el *certificate of title* que se expide a BBB parte de la finca colindante propiedad de AAA. Tiempo después y sin que medie fraude, BBB transmite su finca a CCC que inscribe en el Registro. En este supuesto, el matiz introducido en la *section 42.1.c) RPA [NSW]* con relación a la excepción de la errónea descripción podría ser de aplicación. Si se cumplen todos los requisitos, CCC adquirirá la franja inexactamente incluida en su *certificate of title*, por lo que su inscripción merecerá plena protección. Aunque AAA fuera el propietario conforme al *old system* de la franja invadida no tendría ningún argumento para impugnar la

(26) Cfr. BUTT, *Land Law*, pág. 776.

inscripción de CCC. Por un lado, no podría alegar la *section 42.1.a)* RPA [NSW] porque no tiene un título inscrito previo al folio registral de CCC. Por otro lado, no podrá solicitar la inaplicación de la *section 42.1.c)* RPA [NSW] porque cuando CCC —subadquirente a título oneroso— inscribió no había ningún impedimento para la *indefeasibility of title*. Por estas razones, AAA únicamente estaría facultado para reivindicar el área invadida frente a BBB y sus subadquirentes a título gratuito pero no frente a quienes, como CCC, adquirieron a título oneroso.

Esta solución, no se alterará por el hecho de que con posterioridad a la inscripción registral de CCC, el propietario conforme al *old system* AAA solicite y logre la inmatriculación de su finca. Éste es el verdadero significado que tiene la referencia de Peter BUTT que admite la protección del titular del *certificate of title* inexacto si se trata de un comprador o acreedor hipotecario pero únicamente si es previo a la segunda *primary application* (27).

En definitiva, si un subadquirente a título oneroso inscribe antes de la doble inmatriculación es razonable pensar que pueda ser protegido con base en la salvedad a la excepción que aparece en la *section 42.1.c)* RPA [NSW]. Para ello, es indispensable que no haya todavía doble inmatriculación, que el adquirente a título oneroso ponga su confianza en el *certificate of title* y que no haya evidencias extrínsecas que le resulten oponibles (28).

Estos mismos requisitos serán necesarios para que el tercero que haya contratado con quien inmatriculó en primer lugar pero de forma fraudulenta pueda ser protegido por el Registro (*section 45.1 y 2* RPA [NSW]).

VI. SIMILITUDES ENTRE ESPAÑA Y AUSTRALIA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS DESCRIPTIVOS

La admisión, tanto en España como en Australia, del sistema de folio real y una protección intensa de la inscripción (si bien con algunas diferencias importantes) determina que sea posible y útil comparar las soluciones que presentan ambos sistemas jurídicos a unos mismos problemas. La organización del Registro por fincas facilita la publicidad de los derechos reales pero también permite que por un error la finca se describa de forma incorrecta o que aparezca doblemente inmatriculada.

La clave sobre la que se ha edificado el Registro australiano es la *indefeasibility of title* que determina la protección del titular registral, indepen-

(27) Conversación personal de Luis Javier Arrieta con Peter BUTT.

(28) El hecho de que la práctica totalidad de las fincas australianas estén inmatriculadas dificulta acudir a la publicidad registral para adquirir una porción erróneamente incluida en el folio, ya que, con carácter general, nos encontraremos ante una doble inmatriculación.

dientemente de su condición de tercero o de inmatriculante, porque la inscripción le proporciona un amparo absoluto, firme e inquebrantable. Sin embargo, la protección del titular registral está limitada por una serie de excepciones. Dos de ellas son el error en la delimitación física de la finca y la existencia de un folio registral contradictorio.

La protección del titular registral en España se articula de una forma dual por medio de los principios de legitimación y fe pública. A pesar de que la legislación española no se refiere a la relación entre la protección tabular y los datos descriptivos de las fincas, se puede decir que esta protección se admite con base en el principio de legitimación. Sin embargo, admitir que el artículo 38 LH protege los datos descriptivos no es suficiente porque el valor que tiene dicha presunción es únicamente *iuris tantum*. La protección de los datos descriptivos inexactos por la fe pública registral ha sido formalmente rechazada por la jurisprudencia.

La primera parte de la *section 42.1.c)* RPA [NSW] excluye la protección tabular de los datos descriptivos pero inmediatamente después establece una excepción, de modo que protege a los que adquirieron a título oneroso. Para ello, la jurisprudencia australiana exige que el adquirente haya puesto su confianza en la descripción registral inexacta y que no haya evidencias físicas o extrínsecas que hagan imposible la *indefeasibility of title*.

La protección que el *Torrens system* dispensa a las descripciones físicas de las fincas cuando concurren estos requisitos es perfectamente trasladable a España. La paulatina coordinación del Registro de la Propiedad con el Catastro Inmobiliario y la implantación progresiva de bases gráficas registrales está permitiendo que nuestro sistema tabular evolucione desde un sistema de titularidades a un sistema de fincas en el que la descripción del inmueble desempeña, como en el *Torrens system*, un papel cada vez más importante.

En este contexto de evolución y cambio es necesario plantearse nuevamente la relación entre los datos descriptivos y la fe pública registral. Esta cuestión ya ha sido objeto de análisis por FAJARDO FERNÁNDEZ y ARRIETA SEVILLA (29) que señalaron que cuando hubiera «cabida delimitadora» por encontrarnos ante una apariencia jurídicamente protegible por haber plena coherencia interna y externa entre la realidad física perceptible por los sentidos y lo publicado

(29) Cfr. FAJARDO FERNÁNDEZ/ARRIETA SEVILLA, «Fe pública registral en invasión tabular parcial de finca no inmatriculada», en *RCDI*, 2007, págs. 1569-1601. A favor de la extensión puntual de la fe pública a los datos descriptivos de las fincas ya se habían pronunciado GONZÁLEZ MARTÍNEZ, «Principio de publicidad», en *RCDI*, 1927, pág. 14; SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, I, Reus, Madrid, 1947, pág. 385; GARCÍA ARANGO, «Elementos de hecho», en *RCDI*, 1949, pág. 776; ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, I, Bosch, Barcelona, 1968, págs. 617 y 622; COSSÍO Y CORRAL, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Civitas, Madrid, 1986, págs. 221-222; MUÑOZ CARIÑANOS/GARCÍA GARCÍA, «Identificación de fincas rústicas», en *RCDI*, 1974, pág. 1396, y LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, III bis, Dykinson, Madrid, 2003, pág. 198.

por el Registro, el adquirente merecerá la protección tabular si cumple con todos los requisitos recogidos en la letra del artículo 34 LH y no hay doble inmatriculación.

El hecho de que no sea fácil que concurren todas estas exigencias no justifica que, si se dan en algún supuesto, se rechace de plano la aplicación de la fe pública.

La función que cumple el artículo 34 LH es la protección del tráfico jurídico por medio de la defensa de la apariencia en la que confía el tercero hipotecario que incurre en error invencible. Esa protección, inicialmente pensada para solucionar la falta de disposición del transmitente, puede y debe extenderse a la falta de disposición *parcial* del enajenante que transmite una finca que incluye por error una porción ajena.

Esto no supone un intento de extender con carácter general la fe pública registral a las descripciones de todas las fincas pero sí se propone que se admita cuando se cumplan —junto con las exigencias del art. 34 LH— los requisitos de coherencia entre la realidad física y el contenido del Registro. Las sentencias que afirman tajantemente que la fe pública no protege los datos de hecho de las fincas no contradicen lo que aquí se afirma, ya que el análisis de los supuestos de hecho de aquéllas determina que no hay identidad con la hipótesis que se plantea (30). A todas ellas les falta al menos uno de los requisitos que se han indicado para que la fe pública pueda proteger al titular registral.

En definitiva, admitir la inclusión de la cabida y los linderos en el ámbito de aplicación de la fe pública —no de forma general sino en la medida que aquí se propone conforme a los requisitos de la jurisprudencia australiana— no tiene que suponer un cambio radical de nuestro sistema registral y, por el contrario, redundará en beneficio de la seguridad del tráfico.

La experiencia australiana puede servir también para confirmar el criterio de solución civil de la doble inmatriculación en España. En el *Torrens system*, la existencia de un título previo hace que el tercero que inscribe de buena fe en el segundo *certificate of title* no pueda ser protegido. En España, la existencia de un folio contradictorio imposibilita la aplicación de la fe pública (31). Aunque la conclusión es idéntica en Australia su justificación es mucho más sencilla que en España, en donde algunos han admitido la protección del tercero hipotecario en la doble inmatriculación. Si en Australia la protección tabular está fundada en un único precepto (*section 42.1. RPA [NSW]*) y es idéntica para inmatriculantes y terceros es fácil concluir que en caso de colisión entre folios registrales los terceros no tendrán un título pre-

(30) Cfr. FAJARDO FERNÁNDEZ/ARRIETA SEVILLA, *Fe pública registral en invasión tabular parcial de finca no inmatriculada*, págs. 1596-1600.

(31) Cfr. ARRIETA SEVILLA, *La doble inmatriculación registral*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2009, págs. 218-283.

ferente por el mero hecho de ser adquirentes a título oneroso y de buena fe con base en las *sections* 42.1c) o 45.1 y 2 RPA [NSW].

La Ley Hipotecaria española regula en varios preceptos la protección tabular y lo hace con una eficacia diversa. CLEMENTE MEORO distingue los efectos de la colisión entre dos folios registrales sobre los principios de legitimación y fe pública para tratar de justificar la aplicación del artículo 34 LH en dobles inmatriculaciones (32). La existencia de dos asientos contradictorios anula la eficacia de la legitimación registral pero no necesariamente la del principio de fe pública. Para este autor, el tercero hipotecario será preferente al inmatriculante porque sus asientos tienen un valor distinto, ya que uno es protegido por el artículo 34 y el otro únicamente por el 38 LH. Para refutar esta doctrina y rechazar la aplicación del artículo 34 LH en los supuestos de doble inmatriculación es necesario acudir a la vinculación que existe entre la protección *iuris et de iure* del artículo 34 LH y la presunción de titularidad del principio de legitimación (33). Como si de un castillo de naipes se tratara, la exclusión del artículo 38 LH arrastra consigo a la fe pública registral.

En los casos de doble inmatriculación, preferir al tercero hipotecario frente a otro titular registral —aunque se trate de un inmatriculante— supone una violación de los derechos de éste, que acudió al Registro en busca de una mayor protección. Por este motivo, la existencia de dos asientos contradictorios siempre va a generar la pérdida de los efectos de ambas hojas registrales.

Una vez atisbados los problemas que puede generar la aplicación de la fe pública en la doble inmatriculación habrá que acudir al Derecho civil puro para determinar quién debe ser el titular protegido. De lo anterior se desprende una importante diferencia entre la solución legalmente recogida en Australia —dar preferencia a la primera hoja registral (*section* 42.1.a) RPA [NSW])— y la que se propone en España para la doble inmatriculación. Mientras que en Australia el legislador se decanta por la protección del titular del folio más antiguo, en España la posición de partida de los titulares registrales incompatibles es idéntica. La aplicación de la regla *prior in tempore, potior in iure* en la solución de la doble inmatriculación en España carece de sentido desde el momento en que el artículo 313.3.^a RH ha establecido que

(32) Cfr. CLEMENTE MEORO, *Doble inmatriculación de fincas en el Registro de la Propiedad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 56.

(33) Cfr. CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, «El principio registral de legitimación», en *RCDI*, 1994, págs. 2338-2339. Para este autor la legitimidad es el eje central del Registro «porque supone el reconocimiento técnico de la eficacia sustantiva de la publicidad (...), de modo que la inoponibilidad y la fe pública son efectos reflejo de la misma». En el mismo sentido, cfr. SANZ FERNÁNDEZ, *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Academia Matritense del Notariado, Madrid, 1944, pág. 184; VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios sobre Derecho de cosas*, Montecorvo, Madrid, 1973, pág. 344, y GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, III, Civitas, Madrid, 2002, pág. 86.

la doble inmatriculación se debe resolver en un proceso declarativo a través de la determinación del mejor derecho al inmueble.

Aunque a primera vista parezca diferente, esta solución es análoga a la que presenta el legislador australiano. La similitud entre ambos sistemas se observa cuando se analiza el distinto valor de la inscripción para la adquisición de derechos reales.

En España, algunas sentencias han empleado la prioridad registral para solucionar la doble inmatriculación y justificar el mejor derecho de uno de los titulares registrales. Esta línea jurisprudencial acarrea varios problemas que hacen necesario reflexionar sobre su conveniencia. El criterio de prioridad no es convincente porque la inscripción es meramente declarativa de una realidad jurídica preexistente que nace fuera del Registro y se incorpora al mismo para ser objeto de protección y publicidad. Puede ocurrir, por tanto, que el *verus dominus* inscriba su derecho sobre una finca cuando ésta ya estuviera inmatriculada a favor de un tercero —sin que éste la hubiera adquirido *a non domino*— y no por ello la inscripción y el derecho de propiedad de aquél han dejado ser preferentes.

La protección que en Australia se concede al folio más antiguo es una consecuencia de un sistema como el suyo en el que la transmisión definitiva y firme de la propiedad únicamente se logra con la inscripción. Aunque no se prohíben o eliminan los derechos no inscritos, por razones de política legislativa su eficacia es tremendamente reducida, ya que quedan desplazados por cualquier inscripción incompatible. De esta forma, el que inscriba (inmatriculante o tercero) podrá desconocer cualquier derecho previo no inscrito. La solución seguirá siendo la misma incluso en las situaciones en las que el que inscribe tiene conocimiento del derecho preexistente (34). Dado el valor de la inscripción, la adopción del criterio de prioridad registral en la *section 42.1.c* RPA [NSW] es lógico. Esto supone que si una persona inmatricula una finca cuya titularidad jurídica extrarregistral corresponde a otra, adquirirá un título que antes no tenía y que justificará plenamente su posición frente al que era propietario. Por ello, cuando dos folios registrales colisionan el primero será en todo caso preferente porque el que aparezca como inmatriculante habrá adquirido un título originario, preferente y plenamente oponible, incluso en los supuestos en los que el segundo inmatriculante hubiera sido el titular de la finca conforme a las normas *old system*.

(34) En Australia, el conocimiento de derechos no inscritos no impide la protección del *indefeasibility principle* porque no constituye un supuesto de fraude. La buena fe no se exige como tal para la protección tabular y, en última instancia, no habría que referirla a un estado de desconocimiento o de ignorancia del que inscribe sino a un estado de conducta que se caracteriza por la ausencia de fraude. Como se ha señalado en *Butler v Fairclough* [1917] 23 CLR 78, el fraude consiste en un comportamiento deshonesto e inmoral (*personal dishonesty or moral turpitude*).

Por tanto, la diferencia entre España y Australia no radica en la solución de la contradicción entre folios registrales sino en el valor jurídico de la inscripción. Mientras que aquí sólo tiene efectos registrales de eficacia *iuris tantum*, en Australia la inscripción tiene un alcance sustantivo o real, ya que implica la adquisición de un derecho.

RESUMEN

FINCA REGISTRAL AUSTRALIA

El sistema tabular australiano, denominado Torrens system, regula una serie de excepciones que limitan la protección del titular registral. Dos de ellas son la existencia de un título previo contradictorio y la errónea descripción física de la finca. Aunque se trata de excepciones independientes, en determinadas situaciones pueden actuar de forma conjunta. En ocasiones este solapamiento no presenta problemas, ya que presentan soluciones idénticas. Sin embargo, en otras situaciones las soluciones no son coherentes entre sí o con el sistema. La cuestión radica en determinar cuál de las soluciones es más justa y debe ser aplicada preferentemente. El artículo se centra fundamentalmente en la solución australiana a estos problemas pero también examina la coherencia de esa solución con el Derecho español.

ABSTRACT

REGISTERED PROPERTY AUSTRALIA

The Australian Torrens system provides several exceptions to the indefeasibility of title enjoyed by a registered proprietor. Two of these exceptions, are the «prior certificate of title» exception and the «wrong description of land» exception. These two exceptions have their own sphere of operation. However, there are instances in which they may overlap. In some of these cases the overlap is not problematic. In other cases the application of the two exceptions may result in inappropriate or even quite different outcomes. In cases of inconsistent outcomes, which exception should have ascendancy and determine the outcome of the dispute? This article examines this contentious area in Australian Law and, in doing so, provides some relevant comparative perspectives for Spanish Law.

(Trabajo recibido el 19-10-2010 y aceptado para su publicación el 19-11-2010)

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 17-8-2010

(BOE 8-11-2010)

Registro de Móstoles, número 4

**ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO SOBRE BIENES GANANCIALES:
DEMANDA DIRIGIDA POR UN CÓNYUGE FRENTE AL OTRO.**

Si del Registro o del mandamiento resulta que la sociedad de gananciales está disuelta, no cabe anotar un embargo sobre bienes gananciales concretos, sino sobre la parte que le corresponda al demandado en la liquidación de la sociedad. Pero hallándose vigente el régimen de gananciales, no hay obstáculo para anotar el embargo trabado en un proceso seguido por uno de los esposos frente al otro, por deudas privativas de aquél.

Resolución de 18-8-2010

(BOE 15-11-2010)

Registro de Corralejo

ZONA MARÍTIMO-TERRESTRE: SEGUNDAS Y POSTERIORES TRANSMISIONES.

Dado que el Tribunal Supremo ha declarado ajustado a Derecho el Reglamento de Costas, el Centro Directivo corrige su anterior doctrina y considera exigible la certificación de no invadir la zona marítimo-terrestre también en segundas y posteriores transmisiones.

Resolución de 20-9-2010
(BOE 8-11-2010)
Registro de Cáceres, número 2

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: DOCUMENTOS PRIVADOS.

Conforme a lo establecido en el artículo 420.1 del RH, no cabe practicar asiento de presentación de una instancia privada por la que se solicita la anulación de una anotación de embargo, que, por otro lado, está bajo la salvaguardia de los Tribunales.

Resolución de 21-9-2010
(BOE 15-11-2010)
Registro de Mazarrón

RECURSO GUBERNATIVO.

Dado que la anotación que solicita el recurrente ya se practicó, no tiene sentido el recurso.

Resolución de 23-9-2010
(BOE 15-11-2010)
Registro de Adeje

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.

No puede practicarse anotación de un embargo trabado en un procedimiento dirigido frente a personas distintas del titular registral, con independencia de las relaciones jurídicas que eventualmente existan entre los demandados y el referido titular registral.

Resolución de 24-9-2010
(BOE 15-11-2010)
Registro de Zaragoza, número 11

CONCURSO DE ACREEDORES.

No puede practicarse anotación de concurso de «la sociedad conyugal», dado que la sociedad de gananciales carece de personalidad, y que el concurso conjunto de ambos esposos debe decretarlo el juez expresamente.

Resolución de 24-9-2010
(BOE 15-11-2010)
Registro de Lorca, número 3

SOCIEDAD DE GANANCIALES: LIQUIDACIÓN JUDICIAL. FIRMEZA DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES.

Es inscribible el testimonio de una resolución judicial dictada en un procedimiento de liquidación de sociedad de gananciales que ratifica el acuerdo

alcanzado por los litigantes. Para la inscripción la resolución ha de ser firme, sin que sea admisible la expresión «firme a efectos registrales».

Resolución de 28-9-2010

(BOE 15-11-2010)

Registro de Madrid, número 35, 54 y 55

SOCIEDAD DE GANANCIALES: AFECTACIÓN DE BIENES PRIVATIVOS A LAS CARGAS DEL MATRIMONIO.

No tiene eficacia jurídico-real frente a terceros la declaración de ambos cónyuges de que ciertos bienes de uno de ellos están especialmente afectos a las cargas del matrimonio. Tan sólo cabría hacer constar en el Registro que una vivienda privativa de uno de los cónyuges está destinada a vivienda habitual de la familia.

Resolución de 29-9-2010

(BOE 15-11-2010)

Registro de Vila-real, número 2

CALIFICACIÓN NEGATIVA: NOTIFICACIÓN POR FAX. DESHEREDACIÓN.

Se reitera la doctrina del Centro Directivo sobre la admisibilidad de la notificación por fax al Notario. Habiendo el testador desheredado a sus hijos, no es necesario, para inscribir la partición, que se acredite que tales hijos carecen de descendientes.

Resolución de 30-9-2010

(BOE 15-11-2010)

Registro de Madrid, número 2

LEGADO DE CANTIDAD.

Para realizar la partición de una herencia no es necesaria la intervención del legatario de cantidad. Éste tiene como mecanismo de garantía la posibilidad de solicitar anotación preventiva.

Resolución de 1-10-2010

(BOE 8-11-2010)

Registro de 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), sólo podrán ser declaradas abusivas en virtud de una decisión judicial.

El hecho de que la Disposición Adicional 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. Sólo 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 éste no vencerá 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, éste no es aplicable.

No resulta inscribible la cláusula 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, sólo 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 establecidos 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 4-10-2010

(BOE 22-11-2010)

Registro de Marbella, número 2

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: BIENES PRIVATIVOS POR CONFESIÓN.

No es suficiente la mera notificación del embargo al cónyuge del deudor para poder trabar el bien confesadamente privativo en procedimiento seguido exclusivamente contra el confesante por deudas que contrajo unilateralmente. Por el contrario, debe demandarse a ambos cónyuges, dirigiendo contra cada uno pretensiones distintas, tal y como posibilita el artículo 538.2.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en línea con la solución adoptada por el artículo 144.2 del Reglamento Hipotecario, según el cual: «cuando se trate de bienes inscritos conforme al número 4 del artículo 95, el embargo será anotable si la demanda se hubiera dirigido contra el cónyuge a cuyo favor aparezcan inscritos los bienes, sea o no el cónyuge deudor». A este precepto deberá atenderse el Registrador de la Propiedad, que debe observar las normas de rango reglamentario en tanto no resulte que fueren claramente contrarias a la norma legal que trata de desarrollar.

Resolución de 18-10-2010

(BOE 22-11-2010)

Registro de Valencia, número 16

DOCUMENTO NOTARIAL: IDENTIDAD DE LOS OTORGANTES.

No puede el Registrador poner en duda el juicio de identidad realizado por el Notario respecto a los intervinientes en la escritura, y sólo puede apreciar

dudas claras sobre la eventual discrepancia con las personas que aparecen como titulares registrales.

Resolución de 19-10-2010
(BOE 22-11-2010)
Registro de Albuñol

APORTACIÓN A LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.

La aportación a la sociedad de gananciales, en tanto es un negocio de carácter traslativo, tiene plena virtualidad inmatriculadora, a menos que del iter documental se deduzca con claridad que se trata de un título creado *ad hoc* y artificialmente para tal fin.

Resolución de 27-10-2010
(BOE 27-11-2010)
Registro de Álora

LICENCIA DE PARCELACIÓN: SILENCIO ADMINISTRATIVO.

No puede entenderse concedida por silencio administrativo una licencia de segregación o la declaración de su innecesariedad, cuando dentro del preceptivo plazo de tres meses se ha notificado la resolución denegatoria expresa, aunque contra la misma se haya interpuesto recurso de reposición. Y en cualquier caso, de conformidad con la doctrina de la sentencia del TS, de 28 de enero de 2009, no cabe admitir, a efectos de inscripción, una licencia por silencio administrativo porque conforme al artículo 8 del TR de la Ley del Suelo, no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística.

Resolución de 29-10-2010
(BOE 27-11-2010)
Registro de Roquetas del Mar, número 3

CONDICIÓN RESOLUTORIA: CANCELACIÓN.

No puede cancelarse una condición resolutoria que no llegó a inscribirse. El asiento cancelatorio tiene carácter accesorio respecto al que se va a cancelar.

Resolución de 30-10-2010
(BOE 23-11-2010)
Registro de la Propiedad de Sevilla, número 1

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: PRESENTANTE. PRINCIPIO DE PRIORIDAD REGISTRAL.

Habiéndose presentado una escritura de cancelación de hipoteca por vía telemática, y habiéndose solicitado su retirada por el presentante, sólo cabe despachar esa misma escritura bajo el citado asiento de presentación, si cuando

se reintegre al Registro el título, no hay dudas sobre su identidad y tal nueva aportación la hace el mismo presentante que solicitó su retirada. Todo ello sin perjuicio de recordar la doctrina de este Centro Directivo sobre la conveniencia de atender a los títulos presentados posteriormente y relativos a una misma finca, a fin de lograr un mayor acierto en la calificación y evitar la práctica de asientos inútiles, siempre que con ello no quede desvirtuada la regla de la prioridad registral.

Resolución de 4-11-2010

(BOE 30-12-2010)

Registro de 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), sólo podrán ser declaradas abusivas en virtud de una decisión judicial.

El hecho de que la Disposición Adicional 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. Sólo 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 éste 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, éste no es aplicable.

No resulta inscribible la cláusula 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, sólo 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 establecidos 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 10-11-2010
(BOE 13-12-2010)

Registro de Tortosa, número 2

DESLINDE DEL DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO-TERRESTRE: ALCANCE.

El deslinde administrativo, como regla general, desenvuelve su eficacia en el orden estrictamente posesorio, lo que excluye su calificación como título de-

clarativo de la titularidad dominical de la Administración. Cosa distinta ocurre en el ámbito de la legislación de costas. Frente a la regla general en sede de rectificación de los asientos registrales que presupone el consentimiento del titular del asiento a rectificar o, en su caso, la oportuna resolución judicial firme dictada en juicio declarativo entablado contra aquél (cfr. arts. 1, 40, 82 y 220 de la Ley Hipotecaria), la Ley de Costas sanciona la eficacia rectificatoria de las resoluciones de deslinde, al disponer que la Orden aprobatoria del deslinde de la zona marítimo-terrestre tiene valor declarativo de la titularidad dominical a favor del Estado, así como virtualidad rectificatoria del Registro.

Resolución de 11-11-2010
(BOE 6-12-2010)
Registro de Albuñol

SEGURO DECENAL: EXCEPCIÓN EN CASO DE AUTOPROMOCIÓN Y ENAJENACIÓN POSTERIOR.

El Centro Directivo, tras hacer un repaso sobre el sentido y fundamento de la exigibilidad del seguro decenal, explica qué requisitos han de reunirse para aplicar la excepción del autopromotor, recuerda que si éste pretende con posterioridad enajenar *inter vivos* la vivienda, deberá acreditar la constitución del seguro, a menos que lo exonere el adquirente y que, además, se demuestre que ha destinado la vivienda para uso propio, sin que baste en tal sentido su mera declaración.

Resolución de 2-12-2010
(BOE 20-12-2010)
Registro de Nules, número 1

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: FORMA DE ACREDITARLA Y JUICIO DE SUFICIENCIA NOTARIAL.

El Registrador deberá calificar, de un lado, la existencia y regularidad de la reseña identificativa del documento del que nace la representación y, de otro, la existencia del juicio notarial de suficiencia expreso y concreto en relación con el acto o negocio jurídico documentado y las facultades ejercitadas, así como la congruencia del juicio que hace el Notario del acto o negocio jurídico documentado y el contenido del mismo título. Por tanto son rechazables el empleo por el Notario de fórmulas genéricas (facultades suficientes para el otorgamiento de esta escritura...), sino que deberá realizar un juicio de suficiencia de las mismas expreso, concreto y coherente con el negocio documentado, imprescindible para que el Registrador pueda calificar la congruencia de dicho juicio con el contenido de título.

Registro Mercantil

Por Ana M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 22-9-2010

(BOE 15-11-2010)

Registro Mercantil de Las Palmas, II

CALIFICACIÓN. NOTIFICACIÓN. ADMINISTRADORES. ADMINISTRADOR PERSONA JURÍDICA.

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.

La designación de la persona física que represente a la jurídica nombrada administrador en las funciones propias de su cargo, no puede acceder al Registro por simple aseveración del órgano certificante de la sociedad que provee al nombramiento de administrador, pues es un acto que compete a la persona jurídica nombrada y revestirá la naturaleza de apoderamiento o delegación de facultades, por lo que precisará su formalización en documento público o certificación del acuerdo delegatorio expedida por el órgano de la persona jurídica competente al efecto.

Por ello, en este caso, no cabe la designación por quien comparece como representante físico de un administrador mancomunado de la sociedad nombrada administrador, sin que se conste el título representativo hábil para realizarla.

Resolución de 5-10-2010

(BOE 15-11-2010)

Registro Mercantil de Madrid, XII

RECURSO GUBERNATIVO. ADMINISTRADORES. NOTIFICACIÓN DEL CESE. ARTÍCULO 111 RRM.

Cabe interponer recurso aunque se haya practicado ya la inscripción por haberse subsanado los defectos apreciados.

El nuevo administrador único, cesado como solidario, es por sí solo titular anterior de la facultad certificante, por lo que no es necesario dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 111 del RRM.

Resolución de 15-10-2010

(BOE 16-10-2010)

Registro Mercantil de Orense

OBJETO SOCIAL. DETERMINACIÓN. CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN. COMPOSICIÓN. DURACIÓN DEL CARGO. DISOLUCIÓN. LIQUIDACIÓN.

La expresión, «la realización de cualesquiera actividades directamente complementarias de las anteriores» no contraviene el principio de determinación

consagrado en el artículo 117 RRM si, como en el caso discutido, las actividades principales han sido antes delimitadas de modo suficiente para fijar con claridad el ámbito de la actividad social, pues ello elimina el riesgo de inducir a terceros a error sobre el objeto social.

Sí contravienen, en cambio, el artículo 117.2 RRM, los apartados 2, 3 y 4 del artículo estatutario discutido, pues no contiene delimitación del objeto, sino determinados aspectos relacionados con el modo de desarrollarlo.

No es admisible la disposición estatutaria: «El Consejo estará formado por cinco miembros elegidos por la Junta, tres a propuesta de unos socios y dos a propuesta de otro» (la Diputación):

- Si lo que establece es un sistema proporcional de elección de consejeros, contraviene el artículo 137 LSA.
- Si es solo la facultad de los socios de hacer propuestas con carácter vinculante para la Junta, les daría derecho a designar un consejero, cualquiera que sea el número y valor de las acciones, en contra del principio legal de adopción de acuerdos por mayoría en la Junta.
- Si es sin carácter vinculante para la Junta, la disposición no se ajustaría a las exigencias de claridad y precisión en la redacción del título inscribible y de los asientos registrales.

La disposición: «los consejeros serán nombrados por un plazo máximo (esta expresión no fue calificada negativamente) de cuatro años, cesando con la expiración del mandato corporativo, sean o no diputados, y continuando en funciones hasta la designación de los nuevos consejeros por la nueva Corporación que se constituya tras cada elección», no es admisible, pues suscita duda sobre si afecta a todos los consejeros o a los designados por la Diputación. Aparte del hecho de que han de ser designados no por ésta sino por la Junta.

Tampoco es admisible el pacto por el que «no será necesario acuerdo de la Junta en los supuestos de disolución anticipada por resolución unilateral del contrato de gestión de servicios públicos» por ser contrario al artículo 262 LSA, que requiere, en tal caso, acuerdo de la Junta o resolución judicial.

La disposición por la que «para la liquidación de la sociedad se contemplará, en primer lugar, la reversión a la Diputación de las obras e instalaciones afectas a los servicios públicos integrantes del objeto social que sean propiedad de la sociedad, procediéndose a elaborar la liquidación del activo restante», es contraria al principio de responsabilidad patrimonial del deudor y al derecho de los acreedores a cobrar sus créditos con preferencia respecto de los socios.

Si solo se entiende la reversión de los bienes afectos, es improcedente la expresión «que sean propiedad de la sociedad», puesto que son de dominio público y su reversión se regula en el artículo 259 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público.

Resolución de 16-10-2010

(BOE 22-11-2010)

Registro Mercantil de Las Palmas de Gran Canaria, 2

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.

No debe rechazarse la inscripción del documento ante cualquier inexactitud del mismo, cuando de su simple lectura o contexto no quepa albergar, razonablemente, duda acerca de cuál sea el dato erróneo y cuál el correcto. Dicha inexactitud puede ser obviada, dada su escasa entidad, al practicar el Registrador la inscripción por la conveniencia de mantener la validez de los actos jurídicos.

En el caso concreto se trata de un error en el domicilio de un apoderado cuando el dato exacto resulta del resto del documento.

Resolución de 2-11-2010

(BOE 23-11-2010)

Registro Mercantil de Madrid, XIII

PARTICIPACIONES SOCIALES. TRANSMISIÓN.

Se discute un pacto estatutario por el que se establece «un derecho de salida de los socios» por el que éstos pueden vender en cualquier momento sus participaciones a la sociedad y ésta queda obligada a comprarlas conforme a ciertas reglas.

La ley admite con gran amplitud el derecho de separación del socio para asegurarle la posibilidad de transmitir sus participaciones o salir de la sociedad para que no quede convertido en prisionero de sus participaciones. La valoración, en este caso, no tiene que regirse necesariamente por el artículo 100 LSRL, pues el pacto no rebasa los límites de la autonomía de la voluntad y tiene además apoyo en el artículo 175.2.b) RRM, si se respetan los límites impuestos por los usos, la buena fe y la prohibición del abuso de derecho, y queda a salvo el eventual control judicial de un posible perjuicio para el socio o para terceros.

Resolución de 3-11-2010

(BOE 22-11-2010)

Registro Mercantil de Almería

JUNTA GENERAL. CONVOCATORIA. OMISIÓN PUNTO DE ORDEN DEL DÍA.

Solicitada convocatoria de junta por un socio, se omite un punto del orden del día de los solicitados, que luego fue acordado en una junta posterior.

Dadas las particulares circunstancias del caso debatido, la DG entiende que ello no es obstáculo para la inscripción del acuerdo de cese y nombramiento adoptado y no implica necesariamente la nulidad de la Junta, a diferencia de lo que ocurre en sede de S. A. (art. 97.4 LSA), pues además no se impide la impugnación del acuerdo por defecto de convocatoria con la eventual solicitud de medidas cautelares.

Registro Mercantil Central

Por Ana M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resoluciones de 25 y 26-10-2010
(BOE 27-11-2010)
Registro Mercantil Central, número I

DENOMINACIÓN SOCIAL

En el ámbito de las denominaciones sociales, se considera identidad de denominaciones no solo cuando se da identidad plena entre las palabras sino también cuando, aun existiendo diferencias y variantes entre las mismas, éstas, por su escasa entidad o por la ambigüedad de los términos que las provocan, no desvirtúan la impresión de tratarse de la misma denominación.

Ello ocurre en la denominación «RACC Seguros, Compañía de Seguros y Reaseguros, S. A.», dada la existencia de las denominaciones «Sociedad Anónima RACC» y «RACC, S. L.», y en «GC Ibérica, S. L.», dada la existencia de las denominaciones «GC SA» y «GECE, S. L.», y carecer los términos «Seguros», «Compañía de Seguros y Reaseguros» e «Ibérica» de virtualidad diferenciadora.

RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL DOGC

Por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución 3.919 de 18-6-2010
(DOGC 10-12-2010)
Registro de Barcelona, número 2

APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO.

Es posible la inscripción de un negocio por el que se transfiere el sobrante de aprovechamiento reconocido en una finca a favor de una tercera persona, aunque se someta a la condición suspensiva de que se verifique la correspondiente aprobación administrativa.

Resolución 4.057 de 7-10-2010
(DOGC 24-12-2010)
Registro de Barcelona, número 3

CODICILO. LEGADO: ENTREGA. LEGADO: ENTREGA. CODICILO.

Existiendo un testamento previo por el que se instituye a unos determinados herederos, no cabe a través de un codicilo posterior modificar la institución de heredero. Tratándose de un legado, es necesario que se realice su entrega por intervención de los herederos.

ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

LOS MENORES Y EL DERECHO A LA IMAGEN (1)

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
Profesora Contratada Doctora
Derecho Civil UCM

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL DERECHO A LA IMAGEN DE LOS MENORES: A) EL CONSENTIMIENTO DE LOS PADRES. B) CARÁCTER ACCESORIO DE LA IMAGEN. C) NECESIDAD DE DIFUMINAR LA IMAGEN DEL MENOR.—III. INDEMNIZACIÓN POR DAÑO FÍSICO O PSÍQUICO. CUANTIFICACIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Las intromisiones ilegítimas en el derecho a la propia imagen aparecen recogidas en el artículo 7 de la Ley, apartados 5 y 6 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad perso-

(1) Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil. Sentencia de 31 de mayo de 2010, recurso 1651/2007. Ponente: Jesús CORBAL FERNÁNDEZ, número de sentencia: 304/2010, número de recurso: 1651/2007. Jurisdicción: CIVIL. Diario La Ley, núm. 7484, Sección: *La sentencia del día*, 7 de octubre de 2010, año XXXI, Editorial LA LEY. LA LEY 76106/2010. Publicación en un periódico de la fotografía de una menor sin consentimiento de sus progenitores. La menor, que aparecía señalando la puerta de la casa donde supuestamente se había descubierto un grupo terrorista islamista, fue elegida y colocada en el lugar por el fotógrafo para integrar la noticia o información que se quería transmitir. Además, el rostro de la menor no se difuminó absolutamente de forma que fuera totalmente irreconocible.

Estudio de las siguientes sentencias: Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, sentencias de 25 de febrero de 2009 (recurso 1125/2004), de 13 de julio de 2006 (recurso 2947/2000), de 19 de noviembre de 2008 (recurso 793/2005); de 11 de marzo de 2009 (recurso 1669/2004), de 12 de julio de 2004 (recurso 3156/2000); de 23 de octubre de 2008 (recurso 174/2005); de 7 de octubre de 1996 (recurso 2232/1993); de 17 de junio de 2009 (recurso 2185/2006); de 8 de septiembre de 2009 (recurso 2049/2005).

nal y familiar y a la propia imagen que desarrolla el artículo 18.1 de la Constitución (2).

Dicho apartado 5 del artículo 7 indica que constituye intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, «la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos...». Así pues, el titular del derecho a la imagen puede excluir a todo tercero de la captación, reproducción o publicación de su imagen.

Excepcionalmente, el artículo 2 de la Ley indica que no se produce intromisión ilegítima, en el caso de existir consentimiento del titular del derecho a la imagen que voluntariamente autoriza la captación, difusión o publicación de su imagen (3).

En idéntico sentido, y como otra excepción el artículo 8 de la Ley considera que no hay intromisión ilegítima cuando existe autorización de la autoridad competente, o cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante. El apartado segundo del precepto también permite la captación y reproducción de la imagen cuando exista un interés informativo que lo justifique y haya sido tomada en un lugar público, y pertenezca a un personaje famoso o de notoriedad pública.

También existe intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, según el apartado 6.º del artículo 7 de la ley, en el caso de «la utilización de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga» que no nos atañe para nuestro estudio.

Así pues existe, según la doctrina civilista, un doble aspecto en el derecho a la propia imagen. Por un lado, un aspecto negativo en base al cual el sujeto puede negarse a que su imagen sea captada y difundida de manera inconsentida, y por otro lado, un aspecto positivo basado en la posibilidad de su imagen a los medios de comunicación a cambio de una contraprestación económica. En este último caso estamos ante el llamado *contenido patrimonial de los derechos de la personalidad*.

(2) Precepto que señala que: «Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen».

Estos derechos son objeto de referencia también en el artículo 20 CE que, tras reconocer y proteger el derecho a la libertad de expresión y a recibir una información veraz, señala que su límite se encuentra en el respeto a los derechos reconocidos en este Título y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

El TC ha tenido ocasión de estudiar el asunto en la sentencia 158/2009, de 29 de junio de 2009, recurso 8709/2006. Ponente: Manuel ARAGÓN REYES, número de sentencia: 158/2009, número de recurso: 8709/2006. LA LEY 119833/2009, que precisamente aborda el supuesto de la prevalencia del interés superior del niño frente a la libertad de expresión de un periódico que publicó fotos del menor sin consentimiento paterno.

(3) Artículo 2: «1. La protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia.

2. No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por Ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso (apartado 2 redactado conforme a la STC 9/1990, de 18-1-1990, que anuló parte de su contenido).

3. El consentimiento a que se refiere el párrafo anterior será revocable en cualquier momento, pero habrán de indemnizarse, en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas».

II. EL DERECHO A LA IMAGEN DE LOS MENORES

Pero antes de entrar en detalle, cabe hacer algunas precisiones. Tales como que la minoría de edad constituye un estado civil en el que la capacidad del menor se restringe en mayor o menor medida, ya sea por su bien o ya sea por razón de la protección oficial que el Estado le dispensa, una situación de dependencia jurídica de este sujeto respecto de otras personas: padres, tutores...

Dentro de la menor edad hay que distinguir entre:

- menores emancipados o que gocen del beneficio de la mayor edad (4),
- y los menores no emancipados, dentro de los cuales están, a su vez,
 - los menores de vida independiente y
 - los menores *strictu sensu*.

En la *menor edad en sentido estricto*, se singularizan edades concretas a las que se aparejan posibilidades de actuación del propio menor, en función de las capacidades que dichas edades hacen suponer, sin realizar concreciones a menores en particular, sobre todo para darle audiencia en asuntos que le afecten (art. 154 CC). Tal se hará siempre que tenga doce años, edad en la que el adoptando ha de prestar su consentimiento para el acogimiento familiar (art. 173.2 CC) y para la adopción (art. 177.1 CC).

(4) La emancipación implica salir de la patria potestad. Es un acto o negocio jurídico del derecho de familia que determina pasar de un estado civil de menor el estado civil de emancipado. Salvo en el caso del matrimonio, para la emancipación se requieren dieciséis años cumplidos y el consentimiento del menor.

En nuestro ordenamiento y siguiendo al artículo 314, las causas de emancipación son las siguientes: matrimonio del menor, concesión de los que ejercen la patria potestad y concesión judicial.

Los efectos de la emancipación vienen señalados en los artículos 323 y 324:

Artículo 323: «La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuese mayor, pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento —dígase, mejor, asentimiento, en cuanto que complemento de capacidad— de sus padres y, a falta de ambos, sin el del curador. El menor emancipado podrá, por sí solo, comparecer en juicio».

Artículo 324: «Para que el casado menor de edad pueda enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles u objetos de extraordinario valor que sean comunes —de los cónyuges—, basta, si es mayor el otro cónyuge, el consentimiento de los dos; si también es menor, se necesitará, además, el de los padres o curadores de uno y otro».

Afin a la emancipación es el beneficio de la mayor edad que, estando al artículo 321 CC y previo informe del Ministerio Fiscal, podrá conceder el Juez al sujeto la tutela mayor de dieciséis años que lo solicite. A dicho beneficio, que se inscribirá en el Registro en virtud del testimonio correspondiente (art. 176 RRC), le será de aplicación lo dispuesto en el artículo 323 del Código Civil, respecto de los emancipados (art. 323.III).

Por otra parte y en virtud del artículo 319 del Código Civil: «Se reputará para todos los efectos como emancipado al hijo mayor de dieciséis años que con el consentimiento de los padres viviere independientemente de ellos. Los padres podrán revocar —con justa causa— este consentimiento. Para la vida independiente se requiere economía doméstica separada del menor, más que domicilio propio de éste. De difícil constatación y prueba, solo tendría acceso al Registro por la vía de una declaración, con simple valor de presunción, realizada en virtud de expediente gubernativo (art. 96 LRC), lo cual hace incierta la situación.

Por otro lado y en función de la madurez y juicio de cada menor, éste puede realizar actos relativos, entre otros, a sus derechos de la personalidad (art. 162.1.1.º CC), habiendo de prestar su consentimiento para que sus padres celebren contratos que le obliguen a realizar prestaciones personales (art. 162.11 CC).

También los menores pueden adquirir la posesión de las cosas (art. 443 CC) y, por ocupación, los bienes que carezcan de dueño (arts. 610 y sigs. CC), aceptar donaciones que no sean condicionales ni onerosas (art. 626 CC) y realizar actos conservativos de sus derechos, como poner en mora al deudor (ver art. 1100 CC) o interrumpir la prescripción (ver art. 1973 CC).

Las edades a destacar son las siguientes:

Menores mayores de catorce años. Pueden otorgar testamento (art. 663.1.º CC, *a contrario*), salvo el ológrafo, reservado a los mayores de edad (art. 688 CC); contraer matrimonio, previa dispensa (art. 48.11); otorgar capitulaciones matrimoniales (art. 1329 CC), y hacer y recibir donaciones por razón de su matrimonio (art. 1338 CC).

Menores mayores de dieciséis años. Pueden administrar los bienes que hayan adquirido por su trabajo o industria (art. 164.11.3 CC); autorizar a sus padres, en documento público, para que lleven a cabo actos de disposición sobre sus bienes (art. 166.III CC); acceder a la emancipación, a la vida independiente o al beneficio de la mayor edad.

Pero volviendo a nuestro tema de análisis también se le otorgan derechos y no sólo limitaciones: derechos a los que hace referencia nuestra Constitución en el artículo 39, remitiendo a los acuerdos internacionales sobre la materia: Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la ONU el 20-11-1959; Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño, de 20-11-1989; Carta de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo; Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de marzo de 1993.

Teniendo presentes Constitución y acuerdos internacionales, se dicta la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, que modifica parcialmente el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil que refuerza y acentúa los mecanismos de defensa del menor, respecto de la LO 1/1982, que en ningún momento se refiere especialmente al supuesto de los menores, aunque la necesidad de protección se deducía del artículo 20 CE, que específicamente se refiere a la protección de la infancia.

Pues bien, los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen se recogen en el artículo 4 de la misma (5).

(5) Artículo 4. Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

1. Los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Este derecho comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como del secreto de las comunicaciones.

2. La difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados.

3. Se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o

La Ley Orgánica cuenta con una detenida Exposición de Motivos, que se divide en dos títulos. El Título I —«De los derechos de los menores»— se refiere a los siguientes: honor, intimidad y propia imagen; información; libertad ideológica; participación, asociación y reunión; libertad de expresión; derecho, en fin, a ser oído, ocupándose, también, de señalar medidas para facilitar el ejercicio de los derechos referidos y principios que rijan la acción administrativa en la materia. El Título II se refiere a actuaciones en situaciones de desprotección social del menor, de riesgo de desamparo, con referencia expresa a la guarda de menores, al acogimiento familiar, a la tutela y a la adopción.

La Ley Orgánica 1/1996 se cierra con una serie de Disposiciones Finales modificativas de numerosos artículos del Código Civil relativos, fundamentalmente, a las materias antedichas (6).

Y, además, las Comunidades Autónomas cuentan con normas específicas protectoras de los menores (7).

El apartado 3 del mencionado artículo establece que hay intromisión ilegítima en los derechos de la personalidad del menor, cuando se produce cualquier utilización de su imagen por ser contraria a sus intereses.

La doctrina ha señalado que el concepto de intromisión ilegítima del apartado 3.º es, obviamente, más limitado que el recogido en el artículo 7 de la LO 1/1982, ya que la utilización de la imagen de un menor en los medios de comunicación sólo constituye intromisión ilegítima si se produce menoscabo de su honra o reputación.

También se considera que hay intromisión ilegítima en la imagen del menor cuando su utilización en los medios de comunicación sea contraria a sus intereses, incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales. Su fundamento debe encontrarse en el fomento de la protección del menor, intentándose además evitar que el menor pueda ser objeto de manipulación por sus propios padres, familiares (8).

su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales.

4. Sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales del menor, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal su ejercicio, que podrá actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública.

5. Los padres o tutores y los poderes públicos respetarán estos derechos y los protegerán frente a posibles ataques de terceros.

(6) En conexión con la Ley Orgánica 1/1996 y remitiendo a ella en su artículo 1, está la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores mayores de catorce años e, incluso, de los mayores de dieciocho y menores de veintiuno en determinados casos y siempre que las circunstancias personales del imputado y su grado de madurez así lo aconsejen.

(7) En Aragón y de conformidad con el artículo 5.3.º de su Compilación, el mayor de catorce años que, con beneplácito de sus padres o mediando justa causa, viva independiente de ellos, tendrá la libre administración de sus bienes.

El artículo 4.º de dicha Compilación, por su parte, establece que los menores, desde que contraen matrimonio, tendrán la consideración de mayores de edad.

(8) La propia Exposición de Motivos de la Ley se refiere a este tema: «Así, con el fin de reforzar los mecanismos de garantía previstos en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, se prohíbe la difusión de datos o imágenes referidos a menores de edad en los medios de comunicación cuando sea contrario a su interés, incluso cuando

El afán de protección de esta ley, referida a menores, es más amplia que la Ley 1/82, ya que como desde el primer momento la Exposición de Motivos afirma incluso el Ministerio Fiscal podrá actuar de oficio, o a instancia del menor o de persona interesada para interponer acciones de protección de sus derechos cuando exista perjuicio de sus intereses, y no sólo sus representantes legales.

En esta línea el artículo 4.4 faculta al Ministerio Fiscal para ejercitar, en todo caso, las acciones de las que sean titulares los representantes legales del menor, incluso pudiendo actuar de oficio, a instancia del menor o de cualquier persona interesada.

El artículo 4.2 impone al Ministerio Fiscal el deber jurídico de actuar en caso de intromisión ilegítima en los derechos del menor cometida a través de un medio de comunicación. Así, se le obliga a intervenir instando de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados.

A) EL CONSENTIMIENTO DE LOS PADRES

La Ley Orgánica 1/1982, en su artículo 3, establece reglas especiales en lo concerniente al consentimiento de los menores (9).

En general, el consentimiento es el ejercicio del derecho a la propia imagen de cada sujeto, sin que ello implique su renuncia sino simplemente la cesión parcial, onerosa o no, de un aspecto concreto de la imagen.

En el caso de los menores, el fundamento del consentimiento se encuentra en la exigencia de su especial protección y de la existencia en la limitación de su capacidad de obrar. Así la Ley atribuye cierta capacidad a los menores e incapacitados, ya que les permite autorizar la intromisión ajena en su derecho a la imagen, siempre que sus condiciones de madurez lo permitan, de acuerdo con la legislación civil (10). Sólo cuando carezcan de la madurez suficiente, el consentimiento será prestado por sus representantes legales (art. 3 de la LO 1/1982).

conste el consentimiento del menor. Con ello se pretende proteger al menor, que puede ser objeto de manipulación incluso por sus propios representantes legales o grupos en que se mueve. Completa esta modificación la legitimación activa al Ministerio Fiscal».

(9) Artículo 3: «1. El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos, si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil.

2. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez».

(10) El Código Civil reconoce cierta capacidad de obrar a los menores (recordemos que el art. 663 CC le permite otorgar testamento, excepto el ológrafo, a partir de los catorce años; el art. 48 le atribuye capacidad para contraer matrimonio a partir de la misma edad, con dispensa judicial; el art. 1329 le habilita para otorgar capitulaciones matrimoniales, dentro de ciertos límites, y el art. 626 le faculta para aceptar donaciones, siempre que tenga aptitud de entender y querer suficiente y no se trate de donaciones modales u onerosas). Por otro lado, los artículos 92 y 156 del Código Civil, en los que se establece la obligación de dar audiencia al menor, mayor de doce años o menor con suficiente juicio, en caso de desacuerdo de los padres sobre el ejercicio de la patria potestad, o en los pleitos de separación, nulidad o divorcio de los padres, cuando exista desacuerdo sobre la asignación de la custodia.

Conviene también advertir que en los casos en que la imagen del menor sea utilizada para el cine o la publicidad, si éste no posee suficiente juicio para contratar por sí mismo, lo hará su representante legal, aunque será de aplicación el último párrafo del artículo 162 del Código Civil en el que se establece que para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio.

Si el menor carece de madurez suficiente para consentir, el párrafo segundo del artículo 3 de la LO 1/1982 establece que el consentimiento será prestado por su representante legal. Tal consentimiento deberá otorgarse por escrito (no basta, pues, que sea expreso) y además, con carácter previo, deberá ponerse en conocimiento del Ministerio Fiscal, para que en el plazo de ocho días decida si se opone o no al consentimiento proyectado. Caso de que se oponga de forma expresa, la cuestión se resolverá judicialmente. Ante el silencio del Ministerio Fiscal se considera su anuencia al consentimiento proyectado y, por tanto, la validez del mismo (11).

La Ley de Protección del Menor no alude a criterio alguno de madurez, ni hace distinción alguna atendiendo a la edad del menor: se limita a considerar intromisiones ilegítimas incluso aquellas actuaciones que hayan sido consentidas por el menor, cuando sean contrarias a sus intereses (12).

(11) Ya la STS, de 7 de octubre de 1996 (recurso 2232/1993. Ponente: José ALMAGRO NOSETE, número de recurso: 2232/1993. LA LEY 9263/1996) explicó que cuando se trata de menores sin condiciones de madurez para prestar el consentimiento, sólo puede manifestar el consentimiento su representante legal (art. 3.2). Pero este consentimiento por sí solo no basta para la validez del acto de disposición. Es necesario además, para que surta eficacia, el consentimiento del representante legal y la cooperación del Ministerio Fiscal, cuya intervención actúa a modo de asentimiento, autorización o ratificación. El representante legal del menor deberá otorgar el consentimiento por escrito, pero previamente está obligado a ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal (art. 3.2). Sólo con la intervención de éste, el consentimiento surte efecto o, en caso de oponerse el Fiscal, mediante resolución judicial que lo apruebe. En cualquier caso, el consentimiento para realizar un acto de disposición de cualquiera de las facultades que constituyen el contenido de los derechos fundamentales regulados en la Ley 1/1982, cuando se trata de menores sin condiciones de madurez, sólo se logra por tratarse de una categoría jurídica perteneciente a los actos complejos, con la intervención de su representante legal y del Ministerio Fiscal.

(12) No obstante, la Exposición de Motivos de la Ley dice que: «El desarrollo legislativo postconstitucional refleja esta tendencia, introduciendo la condición de sujeto de derechos a las personas menores de edad. Así, el concepto ser escuchado, si tuviere suficiente juicio, se ha ido trasladando a todo el ordenamiento jurídico en todas aquellas cuestiones que le afectan. Este concepto introduce la dimensión del desarrollo evolutivo en el ejercicio directo de sus derechos.

Las limitaciones que pudieran derivarse del hecho evolutivo deben interpretarse de forma restrictiva. Más aún, esas limitaciones deben centrarse más en los procedimientos, de tal manera que se adoptarán aquéllos que sean más adecuados a la edad del sujeto.

El ordenamiento jurídico, y esta Ley en particular, va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás.

El conocimiento científico actual nos permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos. De esta manera podrán

La Jurisprudencia de la Sala primera del Tribunal Supremo es clara: tratándose de menores y siendo titulares de los derechos fundamentales protegidos por la Constitución en el artículo 18, con plena capacidad jurídica, ha de partirse de la base de que siempre que no medie el consentimiento de los padres o representantes legales de los menores con la anuencia del Ministerio Fiscal, la difusión de cualquier imagen de éstos ha de ser reputada contraria al ordenamiento jurídico. Esto es, se consideran esenciales dos requisitos: el consentimiento expreso y por escrito de los padres del menor para la captación y difusión de imágenes del menor, y la existencia de la preceptiva comunicación al Ministerio Fiscal (13).

Ante la inexistencia de estos dos requisitos resulta totalmente irrelevante la veracidad y a la relevancia pública de la información, por ejemplo, por la notoriedad social de la madre y al carácter accesorio de la imagen (STS de 25 de febrero de 2009. LA LEY 14379/2009).

Incluso a pesar del consentimiento verbal de la madre, no puede prescindirse de la especial protección que se dispensa a las imágenes de los menores, resultando imposible eludir el requisito del consentimiento expreso y por escrito de sus padres, así como prescindir de la intervención del Fiscal, y, en este caso, no existió consentimiento por escrito ni se puso en conocimiento del Ministerio Fiscal (SAP de Las Palmas, de 31 de julio de 2009) (14).

También se produce intromisión ilegítima en el caso de la publicación en revista del corazón de imágenes de un actor que en aquel momento era menor

ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro. Este es el punto crítico de todos los sistemas de protección a la infancia en la actualidad. Y, por lo tanto, es el reto para todos los ordenamientos jurídicos y los dispositivos de promoción y protección de las personas menores de edad. Esta es la concepción del sujeto sobre la que descansa la presente Ley: las necesidades de los menores como eje de sus derechos y de su protección».

(13) STS de 13 de julio de 2006, recurso 2947/2000, analiza también la publicación en un periódico de la fotografía de una menor acompañando a un reportaje sobre discapacitados, donde hay una falta de consentimiento de los padres.

En la STS de 19 de noviembre de 2008, recurso 793/2005, se analiza la publicación, en varias ocasiones, en el diario de la entidad demandada de la fotografía de menores ataviados con trajes típicos regionales, tomada en lugar público, que constituye intromisión ilegítima del derecho a la propia imagen y a la intimidad por falta del consentimiento señalado.

En la STS de 12 de julio de 2004, recurso 3156/2000. Se analiza la publicación de la imagen de la menor (adoptada) en la portada de una revista semanal. Se vulnera su derecho a la imagen de la menor por falta de consentimiento expreso.

Por último destacar la STS de 11 de marzo de 2009, recurso 1669/2004, donde se analiza la publicación en una revista de dos reportajes con fotografías de una conocida modelo y de su hija menor captadas en la playa y en el jardín de su domicilio. En este caso y respecto a la madre, dada su proyección pública, no puede considerarse que las fotografías tomadas en un lugar público, como es la playa, supongan una intromisión ilegítima en sus derechos, pero sí lo son respecto de la menor por la falta de consentimiento expreso. Doctrina reiterada por la STS, de 17 de junio de 2009, recurso 2185/2006, que afirma que resulta interesante destacar la mayor protección de menores que de mayores: No existe intromisión ilegítima respecto al torero, ya que las imágenes emitidas de él fueron captadas en lugares abiertos al público, pero sí respecto de su hija menor, ya que las imágenes de ella, dando la vuelta al ruedo con su padre, fueron difundidas sin el consentimiento de éste.

(14) Sección 5.ª, recurso 745/2008. Ponente: Mónica GARCÍA DE YZAGUIRRE, número de sentencia: 383/2009, número de recurso: 745/2008. LA LEY 193945/2009.

de edad. El menor no prestó consentimiento para la realización y publicación de esas fotografías y consideró que era contraria a los intereses de un menor la publicación de cualquier fotografía que no haya consentido. La relevancia pública de la información no puede legitimar la publicación de fotografías de un menor, cuyo interés superior debe primar sobre cualquier otro legítimo que pudiera concurrir (SAP de A Coruña, de 11 de abril de 2007) (15).

Otro problema que puede surgir se centra en la aparente incompatibilidad entre el artículo 18-1 y el artículo 20, pero el TS resuelve en favor del segundo cuando la noticia publicada sea de interés general, afecte al orden social, o al conjunto de los ciudadanos y esté revestida de veracidad (16).

B) CARÁCTER ACCESORIO DE LA IMAGEN

La segunda cuestión hace referencia a que la inclusión de la imagen de la menor de edad en la fotografía fue accidental. Se pretende la aplicación de la excepción a la existencia de intromisión ilegítima del artículo 8.2.c), al que se remite el 7.5, ambos de la LO 1/1982, y con arreglo al que «el derecho a la propia imagen no impedirá la información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio».

Pero la doctrina del TS es determinante al señalar que cuando se trata de la representación gráfica de la figura de un menor, la apreciación de la accesoriidad prevista en el referido precepto ha de ser más restrictiva, por la especial protección del derecho a la propia imagen de los menores que establece la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (17).

(15) Sección 6.ª, recurso 169/2006. Ponente: José GÓMEZ REY, número de sentencia: 125/2007, número de recurso: 169/2006. LA LEY 121727/2007.

(16) El Tribunal Constitucional, Sala Primera, sentencia 158/2009, de 29 de junio de 2009 (LA LEY 119833/2009) concreta que el interés social o la finalidad loable que pudiera tener el reportaje son cuestiones que carecen de trascendencia para considerar la publicación no consentida de la fotografía del menor como un atentado a su derecho a la propia imagen, y que resulta igualmente irrelevante en este caso la invocación por la recurrente de la doctrina constitucional referida al concepto de información veraz. Ni existe un interés público en la captación o difusión de la fotografía que pueda considerarse constitucionalmente prevalente al interés superior de preservar la captación o difusión de las imágenes de los menores en los medios de comunicación, ni la veracidad de la información puede justificar esa intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de los menores, pues este derecho fundamental del menor «viene a erigirse, por mor de lo dispuesto en el artículo 20.4 CE, en límite infranqueable al ejercicio del derecho a comunicar libremente información veraz» (SSTC 134/1999, de 24 de mayo, FJ 6; y 127/2003, de 30 de junio, FJ 7 (LA LEY 2544/2003)).

(17) Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 13 de julio de 2006, recurso 2947/2000. Ponente: O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, número de sentencia: 774/2006, número de recurso: 2947/2000. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 70229/2006. La sentencia del Tribunal Supremo impugnada en amparo ha explicitado las razones por las que la fotografía del menor no tenía el carácter de accesoriidad a que se refiere la excepción del artículo 8.2.c) de la Ley Orgánica 1/1982, porque cuando se trata de la representación gráfica de la figura de un menor, la apreciación de la accesoriidad prevista en el referido precepto ha de ser más restrictiva, por la especial protección del derecho a la propia imagen de los menores que establece la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

En ningún caso se justificaría el daño a un menor por la hipotética posibilidad de que apareciera accidentalmente en la fotografía publicada, sin más justificación. Además, la inclusión de la menor no es accesorio, porque fue puesta en el lugar para integrar la noticia o información que se quería transmitir, sin que obste que no se haya tenido en cuenta ninguna circunstancia de la menor en concreto, y que hubiera podido ser cualquier otra, o incluso una persona mayor de edad.

La aparición de la menor no ha sido casual o accidental por pasar por el lugar, ni su inclusión tiene carácter secundario o circunstancial, sino que fue elegida y colocada en el lugar por el fotógrafo, y tan es así la importancia de ello que el propio representante legal del periódico declaró en el acto de la vista del juicio celebrado en la primera instancia que se puso a la menor para evitar el efecto de la llamada «foto muerta», es decir, el poner a una persona para dar vida a la foto, ya que sacar sólo la puerta de la casa hace que la fotografía quede muerta.

La Sala añade que no cabe descartar que la selección de un menor de edad obedeciese a la intención de reforzar el impacto del contenido de la información, sin reparar en el daño que se podía ocasionar a la persona utilizada a tal fin.

En otros casos enjuiciados por el TS, el supuesto es diferente, ya que se parte del carácter principal de la imagen de la menor (18), lo cual no desvirtúa la importancia del consentimiento de la madre por escrito y el conocimiento del Ministerio Fiscal.

C) NECESIDAD DE DIFUMINAR LA IMAGEN DEL MENOR

La foto no se publicó de manera difuminada (diluyendo absolutamente su rostro) de forma que fuera totalmente irreconocible.

Además en una segunda publicación de la foto, donde si se difuminó el rostro, se vulnera también su derecho a la imagen, ya que la menor era totalmente identificable por la coincidencia con la publicación primera.

El TS alega además que la identificabilidad no se mide en relación con la reconocibilidad por un círculo mayor o menor de personas, bastando incluso que lo sea en el ámbito más íntimo familiar o de allegados.

III. INDEMNIZACIÓN POR DAÑO FÍSICO O PSÍQUICO. CUANTIFICACIÓN

El artículo 9.3 de la LO 1/1982 determina que la existencia del perjuicio se presume siempre que se acredita la intromisión ilegítima (inciso primero

(18) Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 25 de febrero de 2009, recurso 1125/2004. Ponente: Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA, número de sentencia: 123/2009, número de recurso: 1125/2004. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 14379/2009. La imagen de la menor tenía carácter principal y no accesorio, pues aparece en el centro de la fotografía, a gran tamaño, y centrándose sobre ella la escueta información que se ve. El suceso que plasma el reportaje carece de interés socialmente relevante, y aun admitiendo que tuviera interés para el público del sector social al que se dirige el medio —«prensa rosa» o «del corazón»—, tampoco la notoriedad pública de la madre y el hecho de ser captada la imagen en lugar público podría justificar la publicación de la foto de la menor.

del precepto) y que para valorar el daño moral se deba atender a las pautas, que no son *numerus clausus*, que indica la norma legal (incisos segundo y tercero), y otra cosa es que se pueda fijar la indemnización atendiendo al daño físico o psíquico efectivamente causado.

Y ello es lo sucedido en el caso, donde se han producido en la menor daños psicológicos perfectamente valorados en la prueba pericial practicada y ratificada en el acto de la vista.

Por otro lado, en lo que atañe a la cuantificación indemnizatoria, esta Sala tiene reiterado que es una función atribuida a los Tribunales que conocen en instancia y que no cabe verificar en casación, salvo que sea arbitraria por desproporcionada, o manifiestamente irrazonable por carente de toda razón justificativa.

RESUMEN

DERECHO A LA PROPIA IMAGEN MENORES

Existencia de vulneración del derecho a la propia imagen de un menor cuando no conste el consentimiento escrito de sus padres y el conocimiento del mismo por el Ministerio Fiscal, independientemente del carácter principal o accesorio de la imagen.

ABSTRACT

RIGHT OF PUBLICITY. MINORS

Existence of violation of a minor's right of publicity when there is no record of written consent from the minor's parents and hearing of the matter by the public prosecutor's office regardless of whether the image is by nature primary or accessory.

1.2. Familia

LA PATRIA POTESTAD: MODIFICACIÓN, SUSPENSIÓN, PRIVACIÓN, EXCLUSIÓN, RECUPERACIÓN Y EXTINCIÓN

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

*Profesora Contratada Doctora
Derecho Civil UCM*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. LA MODIFICACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.—III. LA SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.—IV. LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD: 4.1. CONCEPTO Y FUNDAMENTO. 4.2. REQUISITOS PARA LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD. 4.3. MODALIDADES DE PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD. 4.4. SUPUESTOS LEGALES DE PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD EN EL ÁMBITO CIVIL. 4.5. SUPUESTOS LEGALES DE PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD EN EL ÁMBITO PENAL. 4.6. CAUCES PROCESALES PARA LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD. 4.7. EFECTOS DE LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD. 4.8. PUBLICIDAD REGISTRAL DE LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.—V. LA EXCLUSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.—VI. LA RECUPERACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.—VII. LA EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Originariamente, la patria potestad —*potestas*— era la jefatura doméstica o soberanía que, el jefe del grupo, el *paterfamilias*, ejercía sobre todos los miembros del mismo. Era un poder absoluto y despótico concebido a favor de quien lo ejercía, hasta el punto que, en el Derecho romano clásico se declaraba que, el *paterfamilias* gozaba del «derecho de la vida y la muerte» (*ius vitae et necis*) sobre sus hijos, y, asimismo, se constituía como instrumento de cohesión del grupo mismo. La patria potestad venía a ser el eje del Derecho de Familia, pues, todas las instituciones familiares se concebían en función de ella; y, así concebida, representaba un verdadero derecho subjetivo del *paterfamilias* sobre los hijos, así como sobre los bienes o frutos de los bienes que, pudieran pertenecerles (normalmente por haberlos heredado de otros familiares). En los tiempos actuales, sin embargo, la patria potestad es configurada exactamente desde el prisma contrario, pues, la patria potestad es, propiamente hablando, una potestad en sentido técnico, y no conforma en absoluto un derecho subjetivo que, corresponda a ambos progenitores, ya que, las facultades o poderes que el ordenamiento jurídico reconoce a éstos en relación con sus hijos, están estrechamente ligados con el cumplimiento de los deberes que, sobre los progenitores pesan respecto de la educación, crianza y formación de los hijos. Así pues, las facultades que el Código Civil otorga a los progenitores respecto de los hijos son auténticas potestades, en cuanto «se trata de poderes que el ordenamiento les reconoce o concede para que los ejercite precisamente en interés o beneficio de los hijos, y no atendiendo a los propios intereses de los sujetos activos de tales facultades o poderes» (1). De todo ello resulta que, la patria potestad como institución básica del orden social-familiar, es de orden público (2). Sobre tales bases, de la existencia de un vínculo de filiación —por naturaleza o adopción—, legalmente establecido, el Código Civil hace derivar la patria potestad que corresponde a los progenitores respecto de sus hijos menores no emancipados. Así resulta del artículo 154, párrafo primero del Código Civil, en cuanto establece que «los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los padres». Por tanto, la patria potestad en su configuración jurídica-positiva actual, procedente de la reforma operada por Ley 11/1981, de 13 de mayo, de «modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio» (3), se define

(1) LASARTE ÁLVAREZ C., «Principios de Derecho Civil», en *Derecho de Familia*, T. VI, 7.ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2008, pág. 332.

(2) Díez-PICAZO L., y GULLÓN BALLESTEROS A., «Sistema de Derecho Civil», vol. IV, *Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, 10.ª ed., Tecnos, Madrid, 2006, pág. 256.

(3) Si bien, bastantes de los artículos que integran el régimen jurídico de la patria potestad ha sido objeto de reformas parciales mediante disposiciones legales posteriores a esta Ley de 13 de mayo de 1981. Así inciden en el articulado de la patria potestad: La Ley 13/1983, de 24 de octubre, «De reforma del Código Civil en materia de tutela»; la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, «De modificación de determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción»; la Ley 11/1990, de 15 de octubre, «De reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón del sexo»; la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor; la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, «De modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y del Código Civil, sobre sustracción de menores»; la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, «De modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos

como una función que debe ser ejercitada en beneficio de los hijos, en la que se integra un conjunto de derechos, que la ley concede a los padres sobre las personas y bienes de los descendientes con el fin de asegurar el cumplimiento de los deberes que a los primeros incumbe respecto al sostenimiento, educación, formación y desarrollo, en todos los órdenes de los segundos, ya se trate de menores de edad, ya de mayores incapacitados. Sólo los padres pueden ser titulares de la misma, y, como tal institución, las facultades que la integran tienen el carácter de intransferible, irrenunciables, imprescriptible e indisponible y de carácter social (4). Se impide al titular el abandono de las finalidades que su cumplimiento persigue y no se otorga virtualidad extintiva a la dejación del ejercicio. En definitiva, lo que prima en esta institución es la idea de beneficio o interés de los hijos, conforme establece dentro del Título VII, «De las relaciones paterno-filiales», del Libro I del Código Civil, que

con los abuelos»; la Ley 13/2005, de 1 de julio, «por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio»; y la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, en el que se suprime la facultad de corrección de los padres en el artículo 154 del Código Civil.

(4) PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á., «La protección de los menores e incapacitados, en general. La patria potestad», en *Curso de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia*, 2.ª ed., Colex, Madrid, 2008, pág. 352, quien, asimismo, precisa que la patria potestad pertenece a la categoría de las llamadas «potestades familiares». Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 11 de octubre de 1991 (La Ley 44425-JF/0000), que señala que «la patria potestad es un derecho-deber de carácter obligatorio, irrenunciable, imprescriptible, que debe ejercitarse siempre en beneficio del menor, pero puede privarse total o parcialmente de él a los titulares»; de 25 de junio de 1994 (La Ley 13968/1994), se configura la patria potestad como un conjunto de derecho de los padres sobre la persona y bienes de los hijos, y conjunto de deberes inherentes a ella; y de 31 de diciembre de 1996 (*RJ* 1996/9223); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 7 de marzo de 1996 (*AC* 1996/472); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 5.ª, de 20 de julio de 1998 (*AC* 1998/6865); y de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 1.ª, de 8 de febrero de 1999 (*AC* 1999/3913); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 1.ª, de 22 de junio de 1999 (*AC* 1999/8394), «la patria potestad en su configuración jurídico-positiva actual, abandonada y superada ya la vieja concepción de poder omnímodo sobre los hijos, queda definida como una función en la que se integra un conjunto de derechos que la Ley concede a los padres sobre la persona y bienes de los descendientes, con el fin de asegurar el cumplimiento de los deberes, que a los primeros incumbe respecto al sostenimiento, educación, formación y desarrollo, en todos los órdenes, de los segundos, ya se trate de menores de edad, ya de mayores incapacitados. En definitiva, lo que prima en tal institución es la idea del beneficio o interés de los hijos»; de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 3.ª, de 5 de marzo de 2001 (*JUR* 2001/139719); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 16 de octubre de 2007 (La Ley 219823/2007); de la misma Audiencia, sección 12.ª, de 14 de marzo de 2008 (La Ley 27513/2008); y de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5.ª, de 1 de septiembre de 2008 (La Ley 196431/2008); y el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 4.ª, de 9 de febrero de 1998 (*AC* 1998/3232).

Por su parte, señala LASARTE ÁLVAREZ, C., «Principios de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 332, que la subordinación de las facultades paternas a la formación de los hijos ha llevado a algunos autores a defender la idea de que (al igual que la propiedad) la patria potestad debe configurarse actualmente como una función social, conclusión que, a su juicio, resulta exagerada y, en todo caso, confusa por imprecisa. Y, añade: «baste resaltar el aspecto de potestad para llegar a la conclusión, unánimemente aceptada, de que los poderes paternos se encuentran sometidos y dirigidos a la formación integral de los hijos».

regula los derechos y deberes de los padres, que derivan de la titularidad de la potestad (arts. 154 a 171) (5).

Por su parte, la Constitución española otorga rango constitucional a la responsabilidad primaria de los padres en la atención y educación de sus hijos, aunque no lo mencione expresamente. Así, el artículo 39 dispone que: «1. *Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.*

2. *Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.*

3. *Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en los que legalmente proceda.*

4. *Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».*

La actuación de los poderes públicos en relación con el menor se sustancia en tres ámbitos concretos: 1) Se indica que los poderes deben asegurar la protección integral de los menores de edad. 2) La función de atender a los hijos corresponde a los padres. 3) A los menores de edad se les reconocen los derechos que recogen los acuerdos internacionales sobre la infancia, que España ha ratificado (6).

Ahora bien, aunque no se determina en el texto constitucional, está claro que la intervención de los poderes públicos para una adecuada protección de los menores, resulta compatible y opera al mismo nivel que la función de los padres, precisamente, en la asistencia y protección a sus hijos menores de edad (7). Si bien, no faltan quienes entienden que en el ámbito de las relaciones familiares, resulta necesario plantear una actuación subsidiaria de los poderes públicos con respecto a la que corresponde a los padres (8); o, bien, se parte de una operatividad en distinto plano de cualquiera de las acciones protectoras señaladas (9).

No obstante, pese a que se reconoce rango constitucional a la potestad de los padres sobre sus hijos menores de edad, no se le otorga, sin embargo, el valor de derecho fundamental, sino como un principio rector más de la política social y económica, al formar parte el citado artículo 39 del Capítulo III del Título I y no del Capítulo II del Título I, relativo a los derechos fundamentales.

(5) Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de octubre de 1991 (*RJ* 1991/7447); de 20 de enero de 1993 (*RJ* 1993/478); y 31 de diciembre de 1996 (*RJ* 1996/9223); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.ª, de 27 de febrero de 1996 (*AC* 1996/358).

(6) Vid. RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C., *La privación de la patria potestad*, Atelier, Barcelona 2006, pág. 19.

(7) Vid., en este mismo sentido, RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C., «La privación de la patria potestad», *op. cit.*, págs. 19-20.

(8) GÁLVEZ, F. J., «Comentario al artículo 39 de la Constitución Española», en *Comentarios a la Constitución Española*, coordinador: Fernando Garrido Falla, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1985, págs. 760-761.

(9) ESPÍN CÁNOVAS, D., «Comentario al artículo 39 de la Constitución Española», en *Comentarios a la Constitución Española*, dirigidos por Óscar Alzaga Villamil, T. IV, Eder-sa, Madrid, 1996, pág. 52.

Como complemento y refuerzo del reconocimiento de la titularidad de los padres en la potestad de sus hijos menores de edad, y, por ende, en responsabilidad de aquellos en la atención de sus hijos, el artículo 27.3 del mismo texto constitucional regula el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté acorde con sus propias convicciones (10). Asimismo, en el plano internacional, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, aprobada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, después de establecer en su Preámbulo que la familia de origen es el hábitat natural idóneo para el desarrollo del menor, dispone en su artículo 9.1 que los niños no deben ser separados de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto si un proceso legal lo estima necesario para el mejor interés de los menores, y, añade en sus artículos 18.1 y 27 que corresponde a los padres la responsabilidad principal en la crianza, desarrollo y educación de sus hijos (11). Igualmente, la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución A 3-0172/1992, de 8 de julio, destaca el papel primordial de la familia y su estabilidad en el desarrollo equilibrado y armonioso del niño, subrayando en su apartado 8.11, además de la responsabilidad conjunta del padre y la madre en la educación y desarrollo del menor, y del derecho de todo niño a vivir con sus padres naturales, legales o adoptivos,

(10) Artículo 27.3 dispone que: «Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones».

Por su parte, en esta línea, la Constitución alemana en su artículo 6.II y III establece: «I. El cuidado y la educación de los hijos son derechos naturales de los padres y constituye una obligación incumbente primordialmente a ellos. La colectividad pública vela por su cumplimiento (...)».

III. Contra la voluntad de los encargados de su educación, los niños sólo podrán ser separados de su familia en virtud de una ley, cuando los encargados de su educación no cumplan con su deber o, por otros motivos, los niños corran peligro de desamparo».

Asimismo, la Constitución italiana en su artículo 30 dispone: «Es deber y derecho de los padres mantener, instruir y educar a los hijos, incluso a los habidos fuera del matrimonio».

En los casos de incapacidad de los padres, la ley dispondrá de lo necesario para que sea cumplida la misión de los mismos.

La ley garantizará a los hijos nacidos fuera del matrimonio plena protección jurídica y social, en la medida compatible con los derechos de los miembros de la familia legítima.

La ley dictará las normas y los límites de la investigación de la paternidad» (tomadas ambas referencias, RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C., «La privación de la patria potestad», *op. cit.*, págs. 22-23).

(11) Artículo 9 dispone que: «Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión del lugar de residencia del niño...».

Por su parte, el artículo 18.1 precisa que: «...Incumbirá a los padres ... la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño». Al igual que el artículo 27.2 al señalar que: «A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño».

dispone que corresponde a los padres, de forma prioritaria, dar al niño una vida digna y en la medida de sus recursos económicos, proporcionar los medios para satisfacer sus necesidades. Todo ello, sin perjuicio del deber de los Estados de asegurar a los padres la oportuna asistencia en las responsabilidades que les competen, a través de los correspondientes organismos, y servicios sociales. Y, finalmente, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales señala el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia (art. 8) (12).

En este contexto, la titularidad de la patria potestad de los hijos no emancipados, y como regla general el ejercicio de la misma, corresponde conjuntamente a los progenitores —patria potestad dual— (art. 154, párrafo primero del Código Civil). Esta potestad que corresponde a los padres sobre los hijos, pueden ejercerla ambos progenitores de la manera que estimen más conveniente; si bien, siempre ha de estar presidida por el interés o beneficio del menor (13). Lo cierto es que el principio de primacía del interés del menor, la consecución de su beneficio, y el respeto a su personalidad deben constituir los parámetros a los que se debe recurrir a los efectos de interpretar, integrar y aplicar el régimen jurídico de la patria potestad (14). De forma que, cuando en el ejercicio de la patria potestad, los padres incumplen los deberes inherentes a la misma, esto es, pongan en peligro el bienestar del menor, la interven-

(12) Artículo 8 dispone que: «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

(13) Vid. CASTÁN TOBEÑAS, J. M.^a, «Comentario al artículo 154 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, T. III, vol. 2.º, 2.ª ed., Edersa, Madrid 1982, págs. 109-111; MARTÍN MORÓN, M.^a T., *Voz* «Patria potestad», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. XIX, Barcelona, 1989, págs. 130-131; ALONSO PÉREZ, M., «La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil, y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras», en *Actualidad Civil*, núm. 2, semana del 6 al 12 de enero de 1997, págs. 22-24; CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., *La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales*, 2.ª ed., La Ley, Madrid, 2010, págs. 29-30. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de julio de 1987 (RJ 1987/5809); la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 7 de marzo de 1996 (AC 1996/472); y el Auto de la Audiencia Provincial de Álava, de 15 de junio de 1992 (AC 1992/845).

(14) Este interés o beneficio del hijo, y en su caso, el respeto a su personalidad representan las pautas que determinan: el derecho de audiencia que asiste a los hijos (arts. 154, 156, párrafo segundo, y 159 del Código Civil); la atribución del ejercicio de la patria potestad en los supuestos contemplados en los artículos 156, párrafo quinto, y 159 del citado cuerpo legal; las medidas a adoptar por el juez cuando concurren las causas previstas por el artículo 158 del Código Civil, o las providencias *ex* artículo 167; el derecho de los hijos a relacionarse con los progenitores que no ejerzan la patria potestad, así como con sus abuelos, otros parientes y allegados (arts. 160 y 161); asimismo, el respeto a la personalidad determina que, en los términos del artículo 162 del Código Civil, la representación legal que asiste a los padres resulte excluida en relación con los actos que el hijo, de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo; y, en fin, condicionan la recuperación de la patria potestad (art. 170 del Código Civil).

ción de los poderes públicos en la autonomía familiar está plenamente justificada; si bien, tal nivel de intervención debe ser siempre proporcional a la necesidad de una adecuada protección del menor y, asimismo, debe tenerse en cuenta que ésta corresponde en primer lugar a los padres (15). No cabe duda que, la reforma por Ley 11/1981, se estructuró sobre la base de tres objetivos: configurar la patria potestad como función dual del padre y de la madre; dar primacía al interés o beneficio del hijo, y el respeto a su personalidad; y, someter el ejercicio de la patria potestad a la intervención y vigilancia judicial, así, como, en su caso, de la Administración Pública. La intervención y vigilancia judicial determina que, el Juez ha de resolver sobre el ejercicio de la patria potestad en caso de desacuerdo entre los progenitores —art. 156 del Código Civil—; asimismo, tendrá que decidir al cuidado de qué progenitor quedan los hijos menores de edad en los casos de separación de hecho, y a falta de acuerdo entre los padres —art. 159 del Código Civil—, autorizar determinados actos de disposición de bienes o derechos de los hijos por parte de sus progenitores (art. 166 del Código Civil); o, cuando la administración de los padres ponga en peligro el patrimonio del hijo, adoptar todas las providencias que estime necesarias para la seguridad y recaudo de los bienes (art. 167 del Código Civil); y, en fin, sobre la base del artículo 158 del Código Civil, «de oficio o a instancia de parte del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal» habrá de dictar «dentro de cualquier proceso civil o penal, o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria», todas aquellas medidas y disposiciones que tengan por finalidad atender a la protección personal y patrimonial del hijo. De forma que, ante un incumplimiento grave y reiterado de los deberes paterno-filiales por parte de los progenitores, bien en un proceso civil *ad hoc*, en un proceso matrimonial o en un proceso penal, el juez puede adoptar como medida excepcional de protección de los menores, la privación de la titularidad y del ejercicio de la patria potestad, esto es, de los deberes y facultades inherentes a la misma, sin que ello afecte *per se* al vínculo legal de filiación, ni impida el ejercicio de determinados derechos, como el de visita. La patria potestad como un derecho-deber o como un derecho-función puede, por tanto, en determinados casos y por causa de esta concepción, restringirse o suspenderse, e incluso cabe privarse de la misma por ministerio de ley, cuando sus titulares por unas u otras razones no asumen las funciones inherentes a ella, o las ejercen con daño y perjuicio para sus hijos (16).

Esta vigilancia judicial se ve completada con la intervención de la Administración Pública en los casos en que el menor sometido a patria potestad se encontrara en situación de desamparo, esto es, cuando se vea privado de la necesaria asistencia moral y material —art. 172 del Código Civil—, con la consiguiente suspensión de la patria potestad.

Ahora bien, tanto la suspensión como la pérdida de la patria potestad representan una pérdida temporal del ejercicio de la patria potestad, siendo posible, en consecuencia, su recuperación, cuando cese la causa que la ha motivado. Frente a otros supuestos, en los que tiene lugar la terminación de la patria potestad de forma definitiva, como la muerte o declaración de fallecimiento de los padres o del hijo; la emancipación del hijo, salvo el supues-

(15) Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 1.ª, de 11 de diciembre de 2000 (*JUR* 2001/54306).

(16) Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, sección 3.ª, de 5 de marzo de 2001 (*JUR* 2001/139719).

to de emancipación tácita, donde es posible su revocabilidad; y, su adopción (art. 169 del Código Civil).

Como hemos señalado, la titularidad y el ejercicio de la patria potestad es conjunta por ambos progenitores, ya lo sea mediante la actuación de ambos, o de uno con el consentimiento expreso o tácito del otro (17); no obstante, esta regla general expuesta, el Código Civil contempla determinados supuestos en lo que el ejercicio de la patria potestad es individual (art. 156 del Código Civil): a) Desacuerdos, que pueden ser de dos tipos: simples o relativos a un acto concreto y reiterado. En el caso de desacuerdo simple «*cualquiera de los dos podrá acudir al juez, quien después de oír a ambos y al hijo, si tuviera suficiente juicio, y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre*»; cuando son reiterados o concurriera una causa singular que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá —el juez— atribuir total o parcialmente a uno de los progenitores o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años. En todo caso, si concurre un interés opuesto al del hijo, por parte sólo de uno de los progenitores, en tal supuesto, corresponderá al progenitor en quien no concurre interés opuesto la representación del hijo menor no emancipado, o completar la capacidad del menor emancipado, en una atribución sin necesidad de especial nombramiento, pues, opera por *ministerio legis* (art. 163.2 del Código Civil) (18). De concurrir en ambos progenitores un interés opuesto al del hijo, se procederá al nombramiento de un defensor judicial (arts. 299 a 302 del Código Civil) (19); b) En defecto, ausencia, incapacidad o imposibilidad, la

(17) Para CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., *La privación de la patria potestad*, 2.^a ed., op. cit., pág. 83, la titularidad de la patria potestad puede definirse «con referencia a la cualidad o condición de sujeto activo de la función que, en relación con los hijos menores no emancipados —o, en su caso, sometidos a patria potestad prorrogada o rehabilitada—, le es atribuida al progenitor respecto del cual se haya determinado la filiación, salvo cuando ésta «haya sido judicialmente determinada contra su oposición» (art. 111.2.º del Código Civil), o aquél «haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme (art. 111.2.º del Código Civil)»; diversamente, considera que el ejercicio de la patria potestad, «implica en esencia la atribución de la guarda y custodia del menor, lo que se traduce en la práctica realización de los deberes inherentes a la potestad paterna. Por ello es regulable, y posee, por propia definición, un carácter dinámico».

Por su parte, GARCÍA PASTOR, M., *La situación de los hijos cuyos padres no conviven. Aspectos personales*, McGraw-Hill, Madrid 1997, págs. 162-163, señala que, en términos generales, el ejercicio es la vertiente activa de la patria potestad, lo que supondría «que el progenitor al que le es otorgado el ejercicio de la patria potestad puede desarrollar todas las facultades que integran la misma, y que hasta entonces correspondían a ambos progenitores», y que el «no ejerciente sólo conserva de forma latente esos mismos poderes, aparte de aquellas facultades o derechos mínimos que expresamente le concede la Ley (por regla general el derecho de visita y a veces también un derecho de vigilancia)», si bien añade que en España «para el legislador de 1981 (que fue el que introdujo la distinción entre la titularidad y el ejercicio de la patria potestad) el ejercicio de la patria potestad no absorbe toda la vertiente activa de la misma, pues en todos los artículos que a él se refieren se distingue, directa o indirectamente, del cuidado de los hijos, figura que sin duda es una parte, y muy importante, de la vertiente activa de la patria potestad».

(18) Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de julio de 1981 (RJ 1981/3076).

(19) Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de marzo de 1994 (RJ 1994/1731); de 7 de noviembre de 2002 (La Ley 134/2003); de 17 de enero

patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro (art. 156, párrafo cuarto) (20); c) En el caso de separación de los padres, la patria potestad será ejercida por aquél con quien el hijo conviva (art. 156, párrafo quinto). Sin embargo, el juez, a solicitud fundada del otro progenitor podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor, o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio. Por tanto, para los casos en los que los progenitores no viven juntos, cualquiera que sea la causa (21), la convivencia del hijo con uno de ellos trae consigo la atribución del ejercicio de la patria potestad (guardia y custodia). De no mediar el supuesto de convivencia exclusiva del hijo con uno de los progenitores, ni acuerdo al respecto entre los mismos, a tales efectos, el artículo 159 del Código Civil dispone que: «*si los padres viven separados y no decidieran de común acuerdo, el Juez decidirá en beneficio de los hijos, al cuidado de que progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oír, antes de tomar esta medida, a los hijos, si tuvieran suficiente juicio, y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años*».

En nuestro Derecho, por tanto, el concepto de guarda y custodia se vincula con la atención y cuidado del menor, que se tiene en su compañía, ejercido mediante la convivencia más o menos permanente con el hijo; y, en su determinación se plantea la alternativa de si el ejercicio de la patria potestad debe serle atribuido a uno solo de ellos (o quizá, en situación excepcional, incluso a un tercero como, por ejemplo, a los abuelos) (22), de manera individual y exclusiva; o si, por el contrario, se procede a la llamada guarda y custodia compartida, modalidad esta última establecida legalmente por la Ley 15/2005, de 8 de julio. En principio, en los casos de separación o divorcio de mutuo acuerdo, el Convenio regulador judicialmente homologado debe contener la determinación de la persona a cuyo cuidado han de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta, y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos —art. 90 A) del Código Civil—. Por su parte, la sentencia que recaiga en un proceso contencioso de separación, nulidad y divorcio debe, asimismo, con-

de 2003 (*RJ* 2003/433); de 4 de marzo de 2003 (*RJ* 2003/433); de 4 de marzo de 2003 (*La Ley* 12132/2003); y de 20 de mayo de 2005 (*La Ley* 103770/2005); y el Auto de este mismo Tribunal de 11 de mayo de 2010 (*La Ley* 85358/2010). Asimismo, vid. la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 12 de noviembre de 1998 (*RJ* 1999/1339).

(20) Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.^a, de 18 de septiembre de 2000 (*AC* 2001/37).

(21) La separación de los progenitores puede deberse tanto a la circunstancia de haber sido declarada judicialmente, tras el correspondiente proceso de nulidad, separación o divorcio; o por cualesquiera otras circunstancias que determinen la falta de convivencia efectiva de los progenitores (viven separados por no haber contraído nunca matrimonio, o se han separado de hecho, una vez que se ha roto la convivencia, o simplemente, no es posible la convivencia pues, uno de ellos está casado con otra persona).

(22) Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.^a, de lo Civil, de 29 de marzo de 2001 (*La Ley* 3255/2001), señala que «el hecho de haber concedido el Juez a los abuelos de la menor el uso de las facultades concedidas en el artículo 158 del Código Civil, que son medidas de carácter temporal de guarda y custodia, en atención a las circunstancias de inestabilidad por el que pasa la madre de la menor tal y como se ha expuesto en los dos primeros fundamentos de derecho de esta resolución, no da lugar a la suspensión ni menos a la extinción de la patria potestad por no estimar el incumplimiento de los deberes de la madre respecto de la hija que exige el artículo 170 del Código Civil».

tener un pronunciamiento —siempre fundado en beneficio o interés del menor— relativo a que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges, o que el cuidado de los hijos corresponda a uno u otro (art. 92.4 del Código Civil).

De cualquier forma, en todos estos supuestos descritos, conviene precisar, que tiene lugar una modificación en la titularidad o ejercicio de los contenidos normales de la patria potestad, que puede tener lugar mediante una concentración, redistribución, o alteración de aquéllas.

Así las cosas, la titularidad y el ejercicio conjunto de la patria potestad tiene como referente ordinario a los hijos menores no emancipados; si bien, mediante su prórroga o rehabilitación, la patria potestad puede hacerse extensible también a los hijos mayores de edad incapacitados (art. 171 del Código Civil).

En los términos vistos, el presente estudio se va a centrar en el análisis de la modificación, suspensión, privación —de las que nos ocuparemos de manera más exhaustiva por su especial trascendencia—, exclusión, recuperación y extinción de la patria potestad, ofreciendo respecto de las mismas un tratamiento doctrinal y jurisprudencial. No sólo haremos referencia en nuestro estudio, a la regulación contenida en el Código Civil, sino también a la existente en otros ordenamientos autonómicos, como la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona de Aragón (23); y la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (24).

II. LA MODIFICACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

Implica un cambio en la titularidad o ejercicio del contenido normal de la patria potestad. En líneas precedentes, nos referimos a algunos supuestos de actuación o ejercicio individual de la patria potestad.

Entre los diferentes supuestos que pueden encuadrarse en ella, destaca LACRUZ BERDEJO los siguientes: «a) *Concentración*. Cuando existe pérdida, privación o suspensión en uno de los titulares y no en el otro; así, en los supuestos de muerte, ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres (arts. 156.4.º y 169.1.º del Código Civil); y en los desacuerdos reiterados entre los padres o concurrencia de causa que entorpezca gravemente el ejercicio común; b) *Redistribución*. Cuando el contenido normal de la patria potestad se asigna en exclusiva, por facultades y deberes, a cada uno de los cotitulares; así, en los supuestos de desacuerdos reiterados o grave entorpecimiento para el ejercicio (art. 156.2.º), en los de separación (art. 156.5), cambio de titular de la potestad de la guarda (art. 158.2.º), etc.; c) *Alteración*. Cuando el juez adopta providencias a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio del titular de la potestad de la guarda (art. 158.2.º), o para la seguridad o recaudo de los bienes de los hijos en los casos de administración paterna religiosa (art. 167); d) *Comunicación*. Cuando el hijo es adoptado en las circunstancias y condiciones prevista en el artículo 178» (25).

(23) *BOE*, núm. 23, de 26 de enero de 2007, págs. 3713 a 3739; *BOA*, núm. 149, de 30 de diciembre de 2006, págs. 17047 a 17070.

(24) *BOE*, núm. 203, de 21 de agosto de 2010, págs. 73.429 a 73.525.

(25) LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», T. IV, *Familia*, 3.ª ed., revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, Dykinson, Madrid, 2008, pág. 408.

II. LA SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

Señala LACRUZ BERDEJO que la suspensión es «la pérdida o privación (según tenga o no carácter punitivo) temporal del ejercicio de la patria potestad» (26). Antes de la reforma del Código Civil operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, el Código Civil contemplaba expresamente junto con la privación, otra figura denominada suspensión de la patria potestad, ambas situadas bajo el rótulo «*de los modos de acabarse la patria potestad*». La privación tenía, al igual que en la regulación actual, carácter punitivo y suponía la pérdida de la titularidad de la potestad. Al respecto señalaba SANCHEZ REBULLIDA que «la privación tiene tal carácter y se refiere a la titularidad misma y tiene una duración —temporal o definitiva— determinada por su causa (arts. 169 y 171)» (27). Tres eran los supuestos de privación: 1. La impuesta como pena por sentencia firme en causa criminal (art. 169.1.º); 2. La que se declaraba en virtud de sentencia firme en pleito de separación personal, mientras duraban los efectos de la misma (art. 169.2.º). En este caso, se sancionaba con la privación al cónyuge culpable de la separación, si se daba la coincidencia de que éste era el titular de la patria potestad (normalmente, el marido). El otro cónyuge (inocente) tenía la potestad de los hijos. No procedía, sin embargo, la privación cuando se declaraba culpable al cónyuge no titular (por regla general, la mujer); 3.º La que fijaban los Tribunales contra el progenitor que trataba a sus hijos con una dureza excesiva o les diera órdenes, consejos, o ejemplos corruptores (art. 171) (28).

Sin embargo, para RUBIO SAN ROMÁN, J. I., «Comentario al artículo 169 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, T. II, vol. 2.º, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 1527, el supuesto consignado en el artículo 156, párrafo segundo *in fine* del Código Civil, es más un supuesto de privación o suspensión; y el párrafo cuarto de este mismo artículo cree: «se trata de un supuesto de privación, suspensión, o incluso de extinción», pues se refiere: «en defecto, ausencia» que, a su juicio, va referido a aquellos supuestos y no a una mera modificación debida a una simple ausencia no declarada o imposibilidad coyuntural, pues en tal caso deberá prevalecer el ejercicio conjunto, salvo que pueda subsumirse en los casos del artículo 156 referidos al ejercicio individual pese a existir una titularidad conjunta».

Por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 18 de abril de 2005 (*JUR* 2005/122828), se modifica la patria potestad ante la necesidad de conjugar la relación de los menores con sus abuelos paternos durante las vacaciones estivales, al reconocerse a los abuelos su derecho a relacionarse con sus nietos y fijar un régimen de visitas.

Vid., asimismo, el artículo 236-5.1 del Código Civil catalán.

(26) LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 408.

Señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, sección 1.ª, de 2 de junio de 2000 (*AC* 2000/5123), que: «...la privación, sea total o parcial, o la suspensión de la potestad, constituyen unas medidas excepcionales fundadas en causas graves o muy justificadas que comporten un gran perjuicio para los hijos, pues precisamente a su protección está llamado este instituto presidido por el principio de *favor filii*. Este es precisamente el fundamento de aquellas extraordinarias medidas que más que sustentarse en una censura o sanción de determinadas conductas, atiende a la más adecuada protección de los hijos en toda su extensión, lo que exige valorar las circunstancias de cada caso y ponderarlas en atención con aquel principio».

(27) SANCHEZ REBULLIDA, F. de ASÍS, *Derecho de Familia*, Bosch, Barcelona, 1966, pág. 461.

(28) SEISDEDOS MUÑO, A., «Suspensión *versus* privación de la patria potestad», en *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto de 2001, pág. 564, señala que «la descripción que se hacía en el artículo 171 de las conductas que podía originar la privación (frente al genérico “incumplimiento de deberes” de la regulación actual) no dejaba lugar a

Por su parte, la suspensión que sólo afectaba al ejercicio de la patria potestad y no a la titularidad, igualmente, se preveía en los citados artículos 169 y 171 del Código Civil. Se configuraba como una sanción, si bien, más leve que la privación y con carácter temporal (29). De este modo, los Tribunales atendiendo a los supuestos descritos, podían en función de las circunstancias, optar entre privar o simplemente suspender la patria potestad. De todas formas, la suspensión se producía automáticamente, y sin tener carácter sancionador en las situaciones que la doctrina de la época calificaba de imposibilidad como era «la incapacidad o ausencia del padre, o en su caso de la madre, declaradas judicialmente» (art. 170) (30); también se suspendía «por interdicción civil», teniendo en este caso naturaleza sancionadora (art. 170 *in fine*). Con la reforma por Ley 11/1983, de 13 de mayo, el término suspensión desaparece de los artículos específicos de la patria potestad; y, por tanto, toda regulación referida a la misma. No se prevé, en consecuencia, que los Tribunales puedan optar por la suspensión de la patria potestad como sanción ante determinadas conductas de los padres, ni que aquélla se suspenda automáticamente ante la incapacidad, ausencia o imposibilidad. Sin embargo, como señala acertadamente la doctrina, es posible considerar subsistente la suspensión, si bien, no con tal referencia nominal, sino con la de privación parcial, a la que hace referencia el actual artículo 170, cuando señala que «el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad». Una privación parcial que no afecta a la titularidad, sino al ejercicio de la patria potestad, en una suerte de restricción del mismo. Sería, por tanto, una medida sancionadora, aplicable en los supuestos de incumplimiento voluntario de los deberes paternos, pero más leve en su alcance que la privación total (31).

dudas sobre el carácter sancionador de la medida prevista». Y, añade que, «paradójicamente, sin embargo, este carácter no tenía reflejo en las disposiciones del Código relativas a la desheredación. Efectivamente, el artículo 854.1.º consideraba justa causa para desheredar a los padres el «haber perdido la patria potestad por las causas expresadas en el artículo 169»; y las que daban lugar a la pérdida conforme a ese mismo precepto eran también justa causa para desheredar al cónyuge, *ex* artículo 855.1.º No se tomaba en consideración, por tanto, la privación operada por aplicación del artículo 171».

(29) Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 4.ª, de 9 de julio de 2008 (La Ley 149516/2008), en la que se señala que «es una norma sancionadora, y que debe ser objeto de interpretación restrictiva»; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, sección 2.ª, de 13 de octubre de 2008 (La Ley 221700/2008), en la que se pone de manifiesto que «...aún considerando que ha existido incumplimiento por parte del padre en la asistencia y atención a su hija menor, no ha dotado al mismo de gravedad y entidad suficientes para justificar la adopción de una medida tan drástica, cual es la privación de la patria potestad, cosa que sí hace con la madre, algo en lo que coincide el Ministerio Público, teniendo en cuenta el interés del menor».

(30) VALVERDE VALVERDE, C., *Tratado de Derecho Civil español*, T. IV, Madrid, 1913, pág. 523; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, T. IV, vol. 2.º, Bosch, Barcelona, 1970, págs. 250-251.

(31) SEISDEDOS MUIÑO, A., «Suspensión *versus* privación de la patria potestad», *op. cit.*, pág. 565; FUENTES NORIEGA, M., *La patria potestad compartida en el Código Civil español*, Montecorvo, Madrid, 1986, pág. 200. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1.ª, de 1 de febrero de 2007 (La Ley 5690/2007), señala que «la privación se declara cuando el padre ha incumplido gravísimamente sus deberes familiares. Si bien, se estima en el presente caso aún cuando casi inapreciable, en alguna ocasión contribuyó económicamente, y se ha molestado en intentar defender la relación con los hijos mediante la interposición de este recurso, lo que evidencia un ánimo de intentar reconducir la situación. Ello atenúa el injustificable comportamiento del recurrente, y en

Apenas dos años después, se modifica de nuevo el articulado del Código Civil con la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de la tutela, en la que introducen dos referencias expresas a la suspensión de la patria potestad en sede de tutela. Así, se considera como causa de inhabilidad para el desempeño de las funciones tutelares, «la privación o suspensión en el ejercicio de la patria potestad» (art. 243.1.º del Código Civil); y, se establece como una causa de extinción de la tutela, la recuperación de la patria potestad, cuando aquélla hubiera tenido lugar precisamente por la privación o suspensión de la patria potestad (art. 277.1 del Código Civil).

Sin embargo, con la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción desaparece la referencia a la suspensión de la patria potestad en el precepto dedicado a los consentimientos, asentimientos y audiencias necesarios para formalizar la adopción, pues los padres del adoptando que no se hallare emancipado podrán asentir la adopción en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil, a menos que estén privados de la patria potestad por sentencia firme o incursos en causa legal para tal privación (art. 177.2.2.º del Código Civil).

Sin embargo, esta misma Ley introduce una nueva referencia a la suspensión en el artículo 1828.2 de la LEC 1881 (que continúa en vigor en tanto no se elabore una Ley de Jurisdicción Voluntaria), en el que se regula el procedimiento a seguir para la constitución del acogimiento, cuando la misma requiera autorización judicial y sea promovida por el Ministerio Fiscal o por la entidad pública correspondiente. El Juez deberá oír a los padres, siempre que no estén privados de la patria potestad, ni suspendidos de su ejercicio, dictando auto en el término de cinco días.

Finalmente, con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, con relación a la tutela automática por la Entidad Pública que en el respectivo territorio tiene encomendada la protección de menores en situación de desamparo, dispone como efecto de tal tutela automática, la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria (art. 172.1, apartado 3, del Código Civil) (32).

aplicación de los principios antes expuestos, no llegar a la privación de la patria potestad, con todo lo que ello implica, pero si a la suspensión de aquélla en aplicación de lo dispuesto en el artículo 158 del Código Civil, pues no se puede pretender ahora, de forma sorpresiva, una intervención decisiva en la vida de los hijos que apenas reconocerán en el recurrente figura paterna, faltos por tanto de la necesaria conexión afectiva, y obligar a la madre que ha tenido que educar y hacer crecer a sus hijos con la ausencia de otro progenitor, a contar con éste para cuestiones que aquel desconoce absolutamente, en la crianza de los hijos, con todo lo cual repercutiría negativamente en su desarrollo. De forma que, más que una sanción al progenitor incumplidor, implica una medida de protección de los niños, que debe ser adoptada en su beneficio, y mantenerse en tanto no se acredite otra situación que haga aconsejable el levantamiento de la medida», y añade: «nada de lo cual impedirá en el futuro que, en beneficio o interés de los hijos, puedan los Tribunales acordar el alzamiento de la suspensión, cuando también se prevé la recuperación de la patria potestad, cuando hubieren cesado las causas que motivaron la privación (art. 170.2 del Código Civil)». Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de diciembre de 1978 (*RJ* 1979/332); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5.ª, de 27 de marzo de 2008 (*La Ley* 94197/2008); y el Auto de la Audiencia Provincial de Girona, sección 2.ª, de 1 de julio de 2008 (*La Ley* 136249/2008).

(32) Vid. el Auto de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1.ª, de 21 de septiembre de 2007 (*La Ley* 224753/2007); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, sección 5.ª, de 21 de diciembre de 2007 (*La Ley* 343102/2007).

Además de los supuestos legales de suspensión contenidos en el Código Civil que, con las sucesivas reformas han aumentado; lo cierto es que parte de la doctrina utiliza también el término suspensión para referirse a aquellos supuestos en los que los padres, aún conservando la titularidad de la patria potestad, sin embargo, se encuentran excluidos en su ejercicio. Ya hemos aludido, en otro apartado de este estudio, a los casos de ejercicio individual de la patria potestad. Significa desde tal perspectiva que estamos ante una medida que no tiene finalidad sancionadora, sino orientada a proteger al menor y en su propio beneficio, cuando las circunstancias hacen imposible o muy difícil el ejercicio conjunto de la patria potestad. Incluso, estos mismos autores hablan de suspensión meramente parcial, cuando se atribuye a un progenitor el ejercicio exclusivo de solo una parte de las funciones que integran la patria potestad, manteniéndose el ejercicio conjunto en todas las demás, y, también cuando la totalidad de aquéllas se distribuyen entre ambos, ejercitando cada uno individualmente las que le correspondan (33).

Sobre tales bases, de lo que no cabe duda es que la suspensión puede ser una de las medidas que adopten los Tribunales ante el «incumplimiento de los deberes paternos filiales» por quienes ejercen la patria potestad, con una más limitada eficacia en su operatividad, que la que corresponde al supuesto de privación total, pues, normalmente supondrá una restricción en el ejercicio de determinadas funciones (34). Se trata de una medida, igualmente, sancionada-

(33) SEISDEDOS MUÑO, A., «Suspensión *versus* privación de la patria potestad», *op. cit.*, págs. 567-568; FUENTES NORIEGA, M., «La patria potestad compartida en el Código Civil español», *op. cit.*, págs. 256-257, 284 y 293; PRADA GONZÁLEZ, J. M.^a, «La patria potestad tras la reforma del Código Civil», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XXV, 1982, pág. 367; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 408, para el que existe pérdida temporal en los casos de ausencia, incapacidad, o imposibilidad de uno de los padres (art. 156.4.º); y privación temporal cuando así lo impongan los Tribunales (arts. 170.1.º y 156.2.º).

Por su parte, RUBIO SAN ROMÁN, J. I., «Comentario al artículo 169 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1526, señala que «deben incluirse en ella aquellos supuestos de pérdida que, siendo en principio, de carácter temporal, puede convertirse en definitivo, pero que a diferencia de la privación carece de connotaciones punitivas», y añade: «Incluiríamos aquí el supuesto del artículo 156, párrafo segundo del Código Civil, último inciso, y cualquier otro que, pudiendo ser causa de privación, no pueda configurarse como tal al no concurrir el carácter punitivo (supuestos de separación y divorcio sin culpabilidad), así como la declaración de fallecimiento, ausencia o emancipación tácita».

En esta línea, CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., «La privación de la patria potestad», 2.ª ed., *op. cit.*, pág. 122, *nota* 158, señala que, «cabe entender que por resolución judicial podría acordarse la suspensión de la patria potestad: a) En el supuesto de desacuerdos reiterados o concurrencia de cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, al que alude el artículo 156, párrafo 2.º del Código Civil, pues, si bien la mención literal se refiere a la atribución de la patria potestad, es posible deducir que el texto legal confunde titularidad y ejercicio de la misma, con lo que el precepto habría que vincularlo a la suspensión de su ejercicio; b) En los procedimientos de nulidad, separación o divorcio cuando el Juzgador establezca que la patria potestad se ejerza total o parcialmente por uno de los cónyuges (arts. 92.4 y 156, párrafo 5.º del Código Civil), o en los casos en que así se disponga en el convenio regulador homologado judicialmente —art. 90 A) del Código Civil—; c) También, con carácter general, en el ámbito de las amplias posibilidades concedidas al Juez para dictar “las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios” a que se refiere el artículo 158.2 del Código Civil».

(34) Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 26 de marzo de 2010 (La Ley 72600/2010).

ra, si bien, más leve en su alcance, al entenderse que quienes ejercen la patria potestad, no han incurrido necesariamente en un incumplimiento tan grave y reiterado de los deberes que les incumbe, como para adoptar una medida tan drástica como es la privación de la patria potestad (35). Pero, asimismo, la suspensión puede ser adoptada como una medida no sancionadora, sino como una exigencia necesaria a adoptar ante situaciones de pérdida temporal del ejercicio de la patria potestad, como los casos de ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres (art. 156.4.º), que puede afectar a ambos, o a uno de los progenitores, correspondiendo en este último supuesto, al otro, la asunción del ejercicio individual de la patria potestad, y, ante la determinación de la filiación por uno sólo de los progenitores, corresponderá, sin embargo, asumir la tutela a la administración, sin perjuicio de optar por el acogimiento, o en su caso, la adopción; o los casos de desacuerdos reiterados, o porque concurra cualquier otra causa, que entorpezca gravemente el ejercicio (se entiende conjunto) de la patria potestad, en los que se podrá atribuir total o parcialmente el ejercicio de la patria potestad a uno de los padres, por un plazo que no podrá exceder de dos años, o distribuir entre ellos las funciones, por lo que la suspensión parcial afectará a ambos cotitulares (art. 156.2) (36).

De todas formas, quizá el hecho de que nuestro Código Civil no contemple, como antaño, junto a la privación, la suspensión de la patria potestad, pueda influir para que, los órganos jurisdiccionales no se decanten por aplicar esta medida y, por ende, suspender en el ejercicio de la patria potestad a ambos titulares o al que sea titular único, sino que, ante la necesidad de tomar alguna medida con relación a la patria potestad, opten por la privación de la misma, incluso en aquellos supuestos en que no existe un incumplimiento de los deberes paterno-filiales. Lo cierto es que, ante las circunstancias señaladas que, imposibiliten o impidan el ejercicio adecuado de la patria potestad por ambos progenitores, o al único titular, resulte mejor optar por la privación de la patria potestad, para que los menores puedan ser sometidos a tutela.

IV. LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

4.1. CONCEPTO Y FUNDAMENTO

El Código Civil regula la privación de la patria potestad en el artículo 170, precisamente, en el título correspondiente a las relaciones paterno-filiales. Dispone el citado precepto: *«El padre o la madre podrán ser privados total o par-*

(35) Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 1996 (*RJ* 1996/9223); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 2.ª, de 2 de marzo de 2005 (*JUR* 2005/108820); y de la Audiencia Provincial de Lleida, sección 2.ª, de 13 de octubre de 2008 (La Ley 221700/2008).

(36) En similares términos, el artículo 236-5 del Código Civil catalán establece que: *«1. La autoridad judicial puede denegar o suspender el derecho de los progenitores o de las demás personas a que se refiere el artículo 236-4.2 a tener relaciones personales con los hijos, así como puede variar sus modalidades de ejercicio, si incumplen sus deberes o si la relación puede perjudicar el interés de los hijos o existe otra justa causa. Existe justa causa si los hijos sufren abusos sexuales o maltrato físico o psíquico, o son víctimas directas o indirectas de la violencia familiar o machista. 2. La entidad pública competente puede determinar cómo deben hacerse efectivas las relaciones personales con los menores desamparados, e incluso suspenderlas si conviene al interés del menor».*

cialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.

Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiese cesado la causa que motivó la privación» (37).

En consecuencia, el beneficio del propio menor ha de ser siempre el fundamento de toda intervención en la intimidad familiar, y, por tanto, el de la privación de la potestad de los padres (38). El juicio de oportunidad o necesidad de la privación de la potestad no supone para un sector mayoritario de la doctrina española, y de la jurisprudencia, una sanción, sino una medida de protección del menor, aunque ello conlleve la privación de la titularidad en la potestad que corresponde a los padres (39).

(37) En similares términos, se expresaba el derogado artículo 136.1 del Código de Familia catalán: «*El padre y la madre pueden ser privados de la titularidad de la potestad sólo por sentencia firme, fundamentada en el incumplimiento grave o reiterado de sus deberes, o por sentencia dictada en causa penal o matrimonial (...)*» [Ley 9/1998, de 15 de julio (BOE, núm. 198, de 19 de octubre de 1998, págs. 28310 a 28344)].

Y, el actual artículo 236-6.1 y 2 del Código Civil catalán que, al respecto, dispone: «*1. Los progenitores pueden ser privados de la titularidad de la potestad parental por incumplimiento grave o reiterado de sus deberes. Existe incumplimiento grave si el hijo menor o incapacidad sufre abusos sexuales o maltratos físicos o psíquicos, o si es víctima directa o indirecta de la violencia familiar o machista. 2. Existe causa de privación de la potestad parental sobre el menor desamparado, si los progenitores, sin un motivo suficiente que lo justifique, no manifiestan interés por el menor o incumplen el régimen de relaciones personales durante seis meses*».

Y, el artículo 77 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona de Aragón, señala que: «*1. En interés del hijo, cualquiera de los padres podrá ser privado total o parcialmente de la autoridad familiar por sentencia firme fundada en el incumplimiento grave y reiterado de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial*».

(38) Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de abril de 2000 (RJ 2000/2982); la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, de 14 de junio de 1995 (La Ley 7165/1995), para que, sobre la base del principio de *favor filii*, la intención abortiva del progenitor es causa de privación de la patria potestad; y las sentencias de la Audiencia Provincial de Navarra, sección 2.ª, de 14 de julio de 1999 (AC 1999/8839); de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 7.ª, de 24 de septiembre de 2001 (JUR 2001/317469); y de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5.ª, de 20 de mayo de 2010 (La Ley 101756/2010).

(39) En este sentido, MIRALLES GONZÁLEZ, I., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de abril de 2000», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 54, octubre-diciembre de 2000, pág. 1211; de la misma autora, «El interés del menor y la privación de la patria potestad», en *Aranzadi Civil*, 2004, vol. II, pág. 2007; RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C., «La privación de la patria potestad», *op. cit.*, págs. 38-39; CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J., «Patria potestad», en *Instituciones de Derecho Privado*, T. IV, vol. I, Familia, coordinador: Manuel GARRIDO DE PALMA, Consejo General del Notariado, Civitas, Madrid, 2001, pág. 815.

Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9223); la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 2.ª, de 4 de octubre de 1997 (AC 1997/2025); la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5.ª, de 16 de enero de 1998 (AC 1998/37); la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 3.ª, de 22 de mayo de 1998 (AC 1998/1149); la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 5.ª, de 2 de octubre de 1998 (AC 1998/2037); la sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia, sección 1.ª, de 8 de febrero de 1999 (AC 1999/3913); la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos,

Sin embargo, no faltan quienes consideran que la privación de la potestad tiene exclusivamente un carácter punitivo y sancionador de la conducta dañosa y perjudicial del padre privado de la potestad hacia sus hijos (40); si bien, matizan dicho carácter punitivo cuando la privación de la potestad tiene lugar en los procesos de nulidad, separación o divorcio, al considerar que en estos supuestos, no revisten tal carácter, sino que es suficiente la concurrencia de hechos que, sin esta categoría desvalorativa, aconsejan la privación de la potestad para evitar injerencias del otro progenitor y se eviten de esta forma tensiones perjudiciales para los hijos. Este carácter sancionador tiene un claro reflejo en las disposiciones de los artículos 854.1 y 855.2 del Código Civil que configuran al hecho de haber perdido la patria potestad, *ex* artículo 170, como justa causa de desheredación, a los padres y al cónyuge, respectivamente. Como tal causa de desheredación implica también la pérdida del derecho de alimentos del progenitor privado de la patria potestad respecto a su hijo, pero no a la inversa (art. 152.4 en relación con el art. 854.1 del citado Código); y, según dispone el artículo 756 del mismo cuerpo legal, son causa de indignidad para suceder determinadas conductas que se subsumen en la privación de la potestad por causa criminal (41). Sin que, finalmente, falten autores para

sección 2.ª, de 26 de febrero de 1999 (AC 1999/3983); la sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila, de 18 de junio de 1999 (AC 1999/2279); la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, sección 2.ª, de 14 de julio de 1999 (AC 1999/8839); la sentencia de la Audiencia Provincial Barcelona, sección 18.ª, de 22 de noviembre de 1999 (AC 1999/2589); la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 4.ª, de 10 de febrero de 2000 (AC 2000/1135); la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 2.ª, de 19 de diciembre de 2000 (AC 2001/74); la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 4.ª, de 29 de junio de 2001 (JUR 2001/230208), que, asimismo, considera que se trata de un modo de defender los intereses del menor, que han de guiar todas las medidas que hayan de ser adoptadas respecto del mismo; la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 7.ª, de 24 de septiembre de 2001 (JUR 2001/317469); la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1.ª, de 31 de octubre de 2001 (AC 2002/278), que, igualmente, dispone que con esta medida excepcional, como es la privación, no se trata de sancionar su conducta en cuanto al incumplimiento de sus deberes, sino que con ello lo que se trata es de defender los intereses del menor, de tal manera que resulte necesaria y conveniente para la protección adecuada de esos intereses; la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.ª, de 15 de octubre de 2008 (JUR 2009/26435); la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 10 de julio de 2009 (La Ley 122500/2009), y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 26 de marzo de 2010 (La Ley 72600/2010).

(40) Vid. PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á., «La protección de los menores e incapacitados, en general. La patria potestad», *op. cit.*, pág. 370; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, sección 1.ª, de 17 de enero de 2008 (La Ley 7962/2008).

(41) SEISDEDOS MUIÑO, A., «Suspensión *versus* privación de la patria potestad (Reflexiones al hilo de las sentencias del Tribunal Supremo, de 20 de enero de 1993, y 24 de mayo de 2000)», en *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto de 2001, págs. 558-559; de la misma autora, *La patria potestad dual*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 1988, pág. 358; BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, Madrid, 1997, pág. 63; FUENTES NORIEGA, M., «La patria potestad compartida en el Código Civil español», *op. cit.*, pág. 199; GITRAMA GONZÁLEZ, M., «Notas sobre la protección civil del menor en las crisis conyugales», en *La tutela de los derechos del menor*, I Congreso Nacional de Derecho Civil, edición preparada y dirigida por José Manuel GONZÁLEZ PORRAS, Córdoba, 1984, pág. 180; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», T. IV, Familia, *op. cit.*, pág. 408; RUBIO SAN ROMÁN, J. I., «Comentarios al artículo 170 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, T. II-2, coordinador: Joaquín RAMS ALBESA, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 1530.

quienes además de una finalidad protectora del menor, esta medida tiene una función punitiva, pues, se castiga al propio progenitor (42); y, asimismo, se afirma que la misma se torna como instrumento útil de tutela de los hijos menores para evitar que, quien no se siente vinculado a ellos y actúa con total apatía, pueda inmiscuirse en su vida y perturbar su formación integral, y, en definitiva, en el desarrollo pleno de su personalidad, participando en su educación y en la toma de decisiones que por su envergadura y trascendencia exigen una verdadera implicación, garantía que se cumple cuando la relación paterno-filial se sustenta en vínculos afectivos sólidos nacidos del contacto cotidiano (43).

En todo caso, de considerarse que el artículo 170 del Código Civil contiene una norma sancionadora, debe ser objeto de interpretación restrictiva (44), pues la naturaleza jurídica de la patria potestad, concebida como derecho de carácter social, imprescriptible e indisponible, impone, precisamente, una interpretación restrictiva de sus limitaciones (45). De ahí, la exigencia que en el caso concreto resulte claramente probado que el progenitor al que se pretende privar de la patria potestad, haya dejado de cumplir los deberes inherentes a la misma. Asimismo, esta medida de la privación, por su especial gravedad, ha de ser excepcional y adoptarse con suma cautela, atendiendo a las circunstancias del caso concreto (46); lo que implica que no basta para su adopción

(42) CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., *La privación de la patria potestad (criterios legales, doctrinales y jurisprudenciales)*, Editorial Práctica del Derecho, Valencia, 2000, págs. 83-84 y 110

(43) Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5.ª, de 26 de mayo de 2008 (La Ley 94307/2008).

(44) Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de abril de 2000 (RJ 2000/2982); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.ª, de 27 de febrero de 1996 (AC 1996/358); de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 1.ª, de 9 de junio de 1999 (AC 1999/1219); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.ª, de 18 de enero de 2000 (AC 2000/157); de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 2.ª, de 8 de febrero de 2000 (AC 2000/513); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.ª, de 19 de noviembre de 2008 (La Ley 246312/2008); de la misma Audiencia y sección, de 29 de julio de 2009 (La Ley 179528/2009); de la Audiencia Provincial de Albacete, sección 1.ª, de 4 de septiembre de 2009 (La Ley 261948/2009); y de la Audiencia Provincial de León, sección 2.ª, de 14 de julio de 2010 (La Ley 130899/2010).

(45) Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 3.ª, de 5 de marzo de 2001 (JUR 2001/139719).

(46) Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 6 de julio de 1996 (RJ 1996/6608); de 18 de octubre de 1996 (RJ 1996/7507); y de 10 de noviembre de 2005 (La Ley 10099/2006) que, como precisa: «la privación total o parcial de la patria potestad requiere la realidad de un efectivo incumplimiento de los deberes de cuidado y asistencia, imputable de forma relevante al titular o titulares de la patria potestad, juicio de imputación basado en datos contratados y suficientemente significativos de lo que puede inducirse la realidad de aquel incumplimiento con daño o peligro grave y actual para los menores derivados del mismo», y añade: «se requiere, por tanto, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo»; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Lleida, de 18 de febrero de 1993 (AC 1993/567); de la Audiencia Provincial de Ávila, de 16 de noviembre de 1995 (AC 1996/481); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 2.ª, de 12 de enero de 1999 (AC 1999/3464); de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 2.ª, de 26 de febrero de 1999 (AC 1999/3983); de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 1.ª, de 9 de junio de 1999 (AC 1999/3464); de la Audiencia

cualquier clase de incumplimiento, sino que éste debe ser grave, bien por la intensidad del peligro o ataque que supone la conducta paterna para los intereses del hijo, o bien por su reiteración o duración en el tiempo, constituyendo en todo caso, principio normativo esencial a tener en cuenta en esta decisión judicial, como en cualquier otra que afecte a los hijos, el beneficio o interés de los mismos, en orden a la plena satisfacción de sus derechos legalmente sancionados en el propio artículo 170 en relación con el artículo 39 de la CE, y los artículos 92 y 154 del Código Civil (47).

En fin, se trata de una medida temporal (48)—salvo en el supuesto de adopción—, que no tiene carácter irreversible, en cuanto es posible su recuperación, siempre que haya cesado la causa que motivó la privación, y lo aconseje el beneficio o interés del hijo (49); ha de ser decretada judicialmente, y fundada precisamente en el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, que ha de probarse (50), y puede ser total o parcial.

Provincial de Las Palmas, sección 1.^a, de 22 de junio de 1999 (AC 1999/8394); de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 2.^a, de 8 de febrero de 2000 (AC 2000/513); de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 3.^a, de 1 de marzo de 2000 (AC 2000/3914); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 2.^a, de 19 de diciembre de 2000 (AC 2001/74); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, de 30 de mayo de 2008 (La Ley 90413/2008), señala que: «la privación reviste un carácter excepcional y debe basarse en circunstancias extremas en las que la continuidad de las relaciones paterno-filiales vengán a poner en peligro la educación o formación, en sus distintos aspectos, del sujeto infantil, de manera que, cuando se hable de incumplimiento de los deberes inherentes a tal potestad, en cuanto causa de privación de la misma, ello no conlleva un significado de pura censura o sanción de una conducta omisiva, habiendo de valorarse ésta en función del antedicho principio de *favor filii* que imponga o aconseje, a favor del interés a proteger, tan drástica medida»; de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 1.^a, de 11 de diciembre de 2000 (JUR 2001/54306); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 2.^a, de 19 de diciembre de 2000 (AC 2001/74); de la Audiencia Provincial de Girona, sección 1.^a, de 16 de abril de 2010 (La Ley 97598/2010); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.^a, de 24 de junio de 2010 (La Ley 147092/2010).

(47) Sobre la base del principio del interés del menor, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.^a, de 26 de marzo de 2009 (La Ley 169920/2009), se pone de manifiesto que, para resolver sobre la privación de la patria potestad hay que considerar el efecto que ello tendría sobre la menor, más que la intencionalidad o no del progenitor en el incumplimiento de sus deberes como padre.

(48) Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 1.^a, de 19 de septiembre de 2008 (La Ley 225497/2008).

(49) Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila, de 18 de junio de 1999 (AC 1999/2279).

(50) Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.^a, de lo Civil, de 25 de junio de 1994 (La Ley 13968/1994); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Soria, de 27 de diciembre de 2002 (JUR 2003/44131). Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.^a, de 12 de febrero de 2003 (JUR 2003/186517), señala que «la doctrina jurisprudencial existente, constante y pacífica desde diciembre de 1992, limita la privación de la patria potestad a supuestos de índole excepcional, basados, además, no en meras sospechas o alegaciones afirmativas de una de las partes, sino en una sólida resultancia probatoria demostrativa del perjuicio que para el hijo implica el que uno de los padres siga ostentando, conjuntamente con el otro, la referida potestad».

4.2. REQUISITOS PARA LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

El instituto de la privación de la patria potestad se define legalmente a través de una serie de presupuestos, a saber:

1. La existencia de un incumplimiento grave o reiterado de los deberes inherentes a la patria potestad; o como pena o medida de protección ante determinadas conductas delictivas. Existencia y subsistencia plenamente probadas (51).
2. La exigencia de resolución judicial para acordar la medida.
3. El carácter excepcional o temporal de la medida de privación, dado que, como hemos ya señalado, el propio precepto permite la recuperación de la patria potestad, también a través de sentencia judicial.
4. La posibilidad de privar total o parcialmente de la potestad paterna o materna.
5. Ha de valorarse los supuestos de privación con criterios de índole restrictiva en aras a preservar y amparar el beneficio e interés de los hijos menores de edad.
6. La razonable necesidad, oportunidad, y conveniencia de su actual adopción para la adecuada salvaguarda de la persona e intereses del menor (52).

(51) Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de junio de 1994 (*RJ* 1994/6502); de 18 de octubre de 1996 (*RJ* 1996/7507); de 23 de febrero de 1999 (*RJ* 1999/1130), ha resuelto que la amplitud del contenido del artículo 170 del Código Civil —incumplimiento de los deberes de la patria potestad—, y la variabilidad de las circunstancias que ha de ser tenida en cuenta para juzgar los actos de los padres, exigen conceder al Juez una amplia facultad discrecional de apreciación que tendrá siempre presente el interés del menor tanto para la privación de la patria potestad, como para su recuperación; de 9 de julio de 2002 (*RJ* 2002/5905); sección única, de 27 de noviembre de 2003 (*RJ* 2004/296); sección 1.ª, de 12 de julio de 2004 (*RJ* 2004/5280), la corta edad de la menor la hace más vulnerable ante el incumplimiento de los deberes paternofiliales; y sección 1.ª, de 10 de noviembre de 2005 (*RJ* 2005/7625); asimismo, vid. las sentencias de la Audiencia Provincial de León, sección 2.ª, de 29 de noviembre de 1995 (*AC* 1995/2229); de la Audiencia Provincial de Cuenca, de 18 de septiembre de 1997 (*AC* 1997/1751); de la Audiencia Provincial Toledo, sección 1.ª, de 9 de junio 1999 (*AC* 1999/1219); de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 2.ª, de 8 de abril de 2000 (*JUR* 2001/106624); de la Audiencia Provincial de Teruel, sección única, de 25 de octubre de 2000 (*AC* 2000/1955); de la Audiencia Provincial de Soria, de 27 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003/44131); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 28 de abril de 2003 (*JUR* 2003/254271); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 29 de abril de 2008 (*JUR* 2008/178044).

(52) Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de junio de 1994 (*RJ* 1994/6502); y de 24 de abril de 2000 (*RJ* 2000/2982); la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, de 14 de junio de 1995 (*RJ* 1995/5188); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 5.ª, de 20 de julio de 1998 (*AC* 1998/6865); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 1.ª, de 8 de febrero de 1999 (*AC* 1999/3913); de la Audiencia Provincial de Ávila, de 18 de junio de 1999 (*AC* 1999/2279); de la Audiencia Provincial de Almería, sección 2.ª, de 5 de noviembre de 1999 (*AC* 1999/7600); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.ª, de 18 de enero de 2000 (*AC* 2000/157); y de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 3.ª, de 1 de marzo de 2000 (*AC* 2000/3914).

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 9 de julio de 2002 (La Ley 306/2003), señala que la despreocupación y alejamiento temporal no constituye causa suficiente para decretar la privación de la patria potestad.

La sentencia que dictamina la privación de la patria potestad puede alcanzarse por tres cauces distintos, todos ellos presididos siempre por la acreditación del incumplimiento de los deberes inherentes a aquélla. De este modo, se puede dictar sentencia de privación en un procedimiento *ad hoc* iniciado al efecto, o decretarse bien a través de una resolución judicial que ponga fin a un proceso matrimonial, o bien mediante una sentencia dictada en causa criminal.

Lo más frecuente es que la privación tenga lugar por un procedimiento *ad hoc* acordado para resolver específicamente la cuestión litigiosa relativa a la privación de la potestad paterna, correspondiendo, usualmente, el ejercicio de la acción, bien a los familiares de los progenitores, cuando se ha detectado por éstos el posible incumplimiento de los deberes que le corresponden a ambos padres, bien a uno de los progenitores cuando es el otro el que incumple las obligaciones paternas, o, en última instancia, al Ministerio Fiscal o al propio Tribunal, quien la determinará de oficio en un proceso matrimonial (53).

4.3. MODALIDADES DE PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

Se recoge expresamente en el citado artículo 170 que la privación de la potestad de los padres dictada en sentencia judicial puede ser total o parcial (54). En el primer supuesto, los padres o el progenitor afectado por la medida pierden todas las facultades que comporta la titularidad de la potestad. En cambio, en la privación parcial tan solo se ven afectadas algunas de las facultades inherentes a la misma (55). Precisamente, podrían considerarse casos de privación parcial aquellos supuestos en que la adecuada protección del menor exige una modalización, restricción o eliminación del derecho de visitas (56). En todo

(53) ZURITA MARTÍN, I., «La privación de la patria potestad por sentencia dictada en causa criminal», en *Actualidad Civil*, núm. 32, 1 al 7 de septiembre de 2003, pág. 867.

(54) Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, sección 4.ª, de 29 de abril de 2002 (*JUR* 2002/168327).

(55) El legislador alemán distingue y regula de forma diferenciada los supuestos de privación de la potestad personal de los padres de los casos de privación de la potestad patrimonial.

Dispone el párrafo 1666 a): «1. Sólo se admitirá la adopción de las medidas relacionadas con la separación del hijo de la familia paterna cuando no pueda combatirse el peligro por otros medios, ni siquiera mediante ayudas públicas.

2. El cuidado personal sólo podrá ser íntegramente suprimido cuando todas las demás medidas hayan resultado inútiles o cuando se presuma que su empleo no sea suficiente para ahuyentar el peligro». Y, el párrafo 1667 (puesta en peligro del patrimonio del hijo): «1. El Tribunal familiar podrá ordenar que los padres entreguen un inventario relativo al patrimonio del hijo y que den cuenta de la administración del mismo. Los padres deberán aportar un certificado de autenticidad y de testación completa respecto del inventario. En caso de que el inventario presentado resulte insuficiente el Tribunal familiar podrá ordenar su realización por una autoridad pública competente, por un funcionario público competente o por un notario.

2. El Tribunal familiar podrá ordenar que el dinero del hijo se invierta de una manera determinada y que sea necesaria su autorización para el caso de su reintegro...».

(56) RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C., «La privación de la patria potestad», *op. cit.*, págs. 40-41. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 5 de octubre de 1987 (*RJ* 1987/6716), acuerda la privación parcial de la patria potestad respecto del padre, confiando la guarda del menor a su progenitora, con derecho de visita a favor de

caso, la configuración de esta medida se acerca más a la figura de suspensión de la patria potestad regulada en el Código Civil español antes de la reforma por Ley de 13 de mayo de 1981 (57).

Por otra parte, la privación de la potestad se presenta siempre como una medida temporal, dada su posible recuperación o rehabilitación, siempre que cesen las causas que motivaron su pérdida (58). Tal carácter temporal se predica, igualmente, en el ámbito penal, pues, la inhabilitación para el ejercicio de la potestad es necesariamente temporal. Ahora bien, en los casos de adopción posterior del menor, tal medida de privación de la potestad de los padres se torna definitiva, pues, con la adopción se extingue la anterior potestad (art. 169.3 CC).

En todo caso, conviene poner de relieve que, el Tribunal debe definir en la sentencia que establezca la privación, el alcance de ésta, que de ser parcial exige una obligada referencia a las funciones respecto de las cuales el progenitor resulta apartado, así como una concreción de las que, conserva, pues, de no especificarse nada, cabe presuponer que, resultará de aplicación la norma general de ejercicio conjunto contenida en el artículo 156 del Código Civil (59).

4.4. SUPUESTOS LEGALES DE PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD EN EL ÁMBITO CIVIL

Con anterioridad a la reforma por Ley de 13 de mayo de 1981, se recogían en el Código Civil varias causas de suspensión de la patria potestad, que se concretaban en la incapacidad del padre o, en su caso, de la madre, declarada judicialmente, la ausencia legal, la interdicción civil, y la dureza excesiva en el trato de los hijos, o a las órdenes, consejos o ejemplos corruptores (en estos últimos supuestos, recordemos los Tribunales podían, bien privar de la patria potestad a los padres, o bien suspender su ejercicio —art. 171—). La concurrencia de alguna de estas causas producía efectos suspensivos y no de pérdida definitiva de la potestad paterna. Operada la reforma de 1981, ya no se menciona en el Código Civil, ni en su artículo 170, ni en todo el Capítulo IV del Título VII, la figura de la suspensión de la patria potestad. Tan sólo en el Capítulo V, en sede de adopción, el artículo 172, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, contempla la suspensión de la patria potestad con motivo de la asunción de la tutela por ministerio de la ley atribuida a la entidad pública en virtud de la declaración de desamparo de un menor; y, en el supuesto de acogimiento del menor en los términos establecidos en el artículo 1828.2 de la LEC, ya analizados en otro apartado de este estudio.

No obstante, aunque no se menciona la suspensión, las causas de la misma —salvo la interdicción civil— pueden reconocerse en el articulado del Código Civil en el ámbito del ejercicio de la patria potestad. Así, como hemos señalado,

aquél, hasta el comienzo del curso escolar, estableciendo, asimismo, que durante la fase transitoria el progenitor habrá de proveer a la manutención de su hijo con la cantidad fijada en la sentencia, y atender a todos los gastos extraordinarios del mismo.

(57) FUENTE NORIEGA, M., «La patria potestad compartida en el Código Civil español», *op. cit.*, pág. 200.

(58) Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, sección 4.ª, de 29 de abril de 2002 (*JUR* 2002/168327).

(59) En este mismo sentido, CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., «La privación de la patria potestad», 2.ª ed., *op. cit.*, pág. 265.

en los supuestos de incapacidad y la ausencia se constituyen en causas de justificación del ejercicio individual de la patria potestad por parte de uno de los progenitores (art. 156.2), como, asimismo, en las amplias facultades concedidas al Juez para tomar las medidas de protección que consideren oportunas en caso de peligro o perjuicio del menor (art. 158). Por tanto, aunque no se refiera a la regulación actual de nuestro Código a la suspensión, puede materializarse en algunos casos su existencia y, así consta en algunas resoluciones judiciales. En todo caso, debe entenderse la suspensión solo ligada al ejercicio de la patria potestad, no a la titularidad de la misma (60).

Centrados tras este breve paréntesis aclaratorio y reiterativo, en las causas de la privación de la patria potestad, el artículo 170 del Código Civil se limita a precisar como causa genérica, el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, sin calificar dicho incumplimiento; que ha de revestir, como ya hemos precisado en líneas precedentes, al menos el carácter de grave o reiterado (61).

A tal incumplimiento y las causas sobre las que se sustenta, hay que añadir la necesidad de un daño o perjuicio que impida el libre desarrollo de la personalidad del menor o que incida negativamente en el mismo. Un daño que, como veremos, puede ser de orden físico, moral o psicológico, no así, de naturaleza exclusivamente económica. El incumplimiento de los deberes que son la causa del perjuicio sobre el desarrollo integral de la personalidad del menor, y que según su gravedad o repercusión sobre la misma, pueden dar lugar a la privación de la patria potestad, son a los que el Código Civil español hace referencia en la regulación que a la patria potestad dedica en los artículos 154 a 168. Los titulares de la potestad tienen, como señala el artículo 154 citado, el deber de «*velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral*». No olvidemos que, ha de tratarse de un incumplimiento grave, reiterado y permanente de los deberes inherentes a la patria potestad, que va a ser objeto de apreciación judicial con un grado discrecional amplio en la atención a las circunstancias concretas del caso, y, teniendo siempre presente el beneficio o interés del menor (62).

(60) Vid. ZURITA MARTÍN, I., «La privación de la patria potestad por sentencia dictada en causa criminal», *op. cit.*, págs. 866-867.

Asimismo, vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, sección 1.ª, de 2 de junio de 2000 (AC 2000/5123).

(61) Señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de febrero de 1999 (RJ 1999/1130) en su *Fundamento de Derecho* 4.º que: «la amplitud del contenido del precepto (incumplimiento de los deberes de la patria potestad) y la variabilidad de las circunstancias que han de ser tenidas en cuenta para juzgar los actos de los padres exigen conceder al Juez una amplia facultad discrecional de apreciación que, como tal, tiene, igualmente, difícil acceso a la casación, pero en modo alguno puede prescindirse de que se trata de una facultad reglada, en cuanto que su aplicación exige tener siempre presente el interés del menor, informante tanto de la privación de dicha patria potestad como de su mantenimiento».

(62) Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 30 de abril de 1991 (RJ 1991/3108), ha declarado que no se ha de distinguir, si es o no voluntario el incumplimiento de los deberes que encarna la patria potestad; de 5 de marzo de 1998 (La Ley 6084/1998); de 23 de febrero de 1999 (La Ley 2949/1999); de 2 de julio de 2004 (La Ley 157512/2004); y de 11 de octubre de 2004 (RJ 2004/6642); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 27 de enero de 1995 (AC 1995/171); de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 2.ª, de 8 de abril de 2000 (JUR 2001/106624); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 6 de octubre de 2000 (AC 2001/39);

Desde tal planteamiento genérico, y atendiendo al tipo de comportamiento de los padres, la doctrina y jurisprudencia concreta la fórmula genérica de incumplimiento y suelen clasificar las causas de privación de la patria potestad, en situaciones de maltrato o abuso, abandono, o incluso, de imposible e inadecuado cumplimiento —unas veces involuntario, otras negligente—, consecuencia de enfermedades, toxicomanías, alcoholismo, incapacidad, etc. (63).

Estas conductas o comportamientos de los progenitores suponen un incumplimiento o contravención de los deberes que derivan de la patria potestad, cuya relevancia sobre la esfera de sus hijos menores de edad implica necesariamente la constatación de que tal conducta del progenitor, va a provocar un daño o perjuicio en la personalidad de aquellos. No olvidemos, como tantas veces hemos señalado que, la privación de la patria potestad representa una medida dirigida a procurar una adecuada protección al menor, y, se adopta en su propio interés o beneficio, nunca en el de los titulares de la patria potestad.

Las causas más frecuentes suelen ser la de malos tratos tanto físicos como psíquicos. Si bien, sobre todo los primeros, suelen sustanciarse en su mayoría ante la jurisdicción penal por tratarse de delitos de lesiones o delitos contra la indemnidad sexual o de violencia doméstica (64). En los malos tratos psíquicos

de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 1.ª, de 23 de mayo de 2001 (*AC* 2001/1252); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.ª, de 5 de junio de 2001 (*JUR* 2001/236595); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 24 de octubre de 2001 (*JUR* 2002/17236); de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 2.ª, de 16 de octubre de 2002 (*JUR* 2002/274676); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.ª, de 17 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003/92577); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 20 de marzo de 2003 (*JUR* 2003/203125); de la misma Audiencia y sección de 28 de abril de 2003 (*JUR* 2003/254271); de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 2.ª, de 10 de julio de 2003 (*JUR* 2003/219228); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.ª, de 21 de julio de 2004 (*JUR* 2004/305912); de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1.ª, de 10 de noviembre de 2005 (*JUR* 2006/58357); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.ª, de 13 de marzo de 2006 (*JUR* 2006/160605); de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1.ª, de 4 de marzo de 2008 (*La Ley* 39302/2008); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 29 de abril de 2008 (*JUR* 2008/178044); de la Audiencia Provincial de Les Illes Balears, sección 4.ª, de 14 de mayo de 2009 (*La Ley* 160646/2009); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.ª, de 24 de junio de 2009 (*La Ley* 147824/2009), y, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 1.ª, de 9 de julio de 2007 (*La Ley* 177281/2007). Asimismo, vid. el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 1.ª, de 15 de julio de 2002 (*JUR* 2002/245085).

(63) RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C., «La privación de la patria potestad», *op. cit.*, págs. 69-70.

(64) Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, de 28 de septiembre de 1992 (*AC* 1992/1175), se solicita por parte de los abuelos paternos la privación de la potestad de su nuera sobre su hijo (nieto) por la existencia de malos tratos susceptibles de poner en peligro la integridad corporal y psíquica del menor; la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, de 26 de febrero de 1999 (*AC* 1999/3732), un niño de cuatro años que presenta signos de maltrato como hematomas, erosiones, quemaduras de cigarrillos y que, además, carece de la mínima atención que su corta edad exige, pues, como se afirma en la sentencia solía deambular solo por la calle, durmiendo o incluso mendigando en ella; la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, sección 3.ª, de 10 de abril de 2000 (*AC* 2000/4510), solicitan los abuelos paternos la privación de ambos progenitores, pues el menor presentaba estado de desnutrición, había sido maltratado, e incluso, durante una semana vivió en el interior de un vehículo; la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 4.ª, de 14 de julio de 2000 (*AC* 2000/2046); la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 6 de octubre de 2000

se incluyen conductas de los padres sobre sus hijos como el trato denigrante, las amenazas, insultos, etc. (65). Aunque habitualmente vienen acompañados de malos tratos físicos.

Ahora bien, la especial dependencia afectiva y biológica de los menores de edad con sus padres, o incluso con un familiar cercano, hace que los malos tratos a estas personas pueden también derivar en secuelas psíquicas para aquellos. Estamos ante un daño moral y psíquico al menor, derivado del comportamiento delictivo de uno de los progenitores frente al otro, o respecto de cualquier otro familiar o pariente/s (66). De ahí que sea doctrina reiterada en el Tribunal Supremo que la condena de un cónyuge por delito de homicidio o asesinato de su otro cónyuge (parricidio) sea causa de privación de la potestad (67). En cambio, aun existiendo una conducta violenta entre los progeni-

(AC 2001/39), situación de violencia vivida por el menor; la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, sección 4.^a, de 9 de julio de 2002 (*JUR* 2002/270663), numerosas denuncias de agresiones y malos tratos que afectan a las madres y a las hijas comunes mayores de edad, existiendo una sentencia penal por un delito de maltrato familiar y de episodios de agresividad que se desarrollan en ocasiones en presencia de los hijos menores; la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, de 27 de julio de 2002 (*AC* 2002/1158), padre condenado por un delito continuado de abusos sexuales sobre su hija e inhabilitado para el ejercicio del derecho de patria potestad; la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 1.^a, de 15 de julio de 2002 (*JUR* 2002/245085); la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.^a, de 18 de octubre de 2002 (*JUR* 2003/105214); la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.^a, de 20 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003/92645), maltrato prenatal sufrido por el menor; la sentencia de la misma Audiencia y sección, de 4 de febrero de 2003 (*JUR* 2003/141013); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 6 de marzo de 2003 (*JUR* 2003/141898).

(65) Vid. las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, de 10 de febrero de 2000 (*AC* 2000/1135); de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 6 de octubre de 2000 (*AC* 2001/39); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 5 de febrero de 2002 (*AC* 2002/210); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.^a, de 12 de febrero de 2003 (*JUR* 2003/186517); y de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.^a, de 26 de noviembre de 2008 (*JUR* 2009/144898), comportamiento manipulador y alienador del padre. Existe en el padre el denominado síndrome de alienación parental (SAP), en su modalidad más grave.

(66) Vid. las sentencias de la Audiencia Provincial de Lleida, sección 1.^a, de 29 de julio de 1999 (*AC* 1999/1644); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 4.^a, de 5 de febrero de 2002 (*AC* 2002/210); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.^a, de 21 de julio de 2004 (*JUR* 2004/305912); de la Audiencia Provincial de Almería, sección 3.^a, de 24 de febrero de 2005 (*JUR* 2006/31994); y de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 3.^a, de 3 de mayo de 2005 (*JUR* 2005/225680).

(67) Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de enero de 1993 (*RJ* 1993/478); de 22 de julio de 1994 (*RJ* 1994/5524), padre condenado por un delito de parricidio de su esposa de veinticuatro años de reclusión mayor. Se le priva de la potestad de sus hijas en las tres instancias; de 31 de diciembre de 1996 (*RJ* 1996/9223), el padre mata a su esposa. La guarda del niño se atribuye a su tía materna, que demanda la privación de la potestad del padre. Se accede, igualmente, a la petición en las tres instancias. Se dispone que existe «una auténtica necesidad de privar de la potestad a quien guiado de sus arrebatos y frustraciones, ha cercenado a su hijo de una de sus más trascendentales derechos» (*Fdo. Dcho.* 2.º); y de 2 de octubre de 2003 (*RJ* 2003/6400). Asimismo, vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 13.^a, de 5 de julio de 1990 (RGD 1991, pág. 1792); la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 13.^a, de 10 de mayo de 1991 (RGD octubre-noviembre de 1991, pág. 9282); la sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca, de 8 de abril

tores, si ésta no tiene lugar en presencia del menor, no se optará por aplicar como medida la privación de la patria potestad, pues previsiblemente no existirá perjuicio, ni riesgo en el adecuado desarrollo del menor, que desconoce la existencia de tal situación conflictiva.

Dentro de la falta de un adecuado cumplimiento de los deberes paterno-filiales se incluyen, asimismo, tal como hemos precisado, aquellos que suponen desatención, abandono, de los menores, consecuencia de una total desidia o desinterés en afrontar y cumplir con los deberes de alimento, compañía, educación, cuidado que corresponde a quienes ejercen la patria potestad, poniendo en riesgo o peligro la propia subsistencia del menor, a la par que un completo desarrollo de su personalidad (68). Estos supuestos de desatención, de abando-

de 1994 (AC 1994/981); la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 6.ª, de 30 de septiembre de 1999 (AC 1999/1872); la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 2.ª, de 8 de marzo de 2003 (JUR 2003/231241); la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 29 de junio de 2004 (JUR 2005/1797), de un padre condenado por parricidio de la esposa; la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, de 20 de julio de 2004 (AC 2004/1039); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, de 4 de marzo de 2005 (JUR 2005/90496).

En el mismo orden, el hecho de que una persona sea condenada por un delito de lesiones a su cónyuge que, además, se ha ocasionado en presencia de los hijos menores es causa de privación de la patria potestad, vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 19 de enero de 1998 (AC 1998/95), condena al padre por una falta de lesiones por maltratar a su esposa en presencia de sus hijos en el domicilio familiar; solicitud por la mujer de la privación de la patria potestad sobre sus hijos, a la que accede la Audiencia; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, de 29 de julio de 1999 (AC 1999/1644), continuos malos tratos del marido hacia su esposa en presencia de su hijo. Se solicita por la madre la privación de la patria potestad del padre. La Audiencia confirma la sentencia de instancia que priva al padre de la potestad sobre su hijo.

(68) Vid. Las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 23 de septiembre de 2002 (RJ 2002/7868), el padre y la madre de cinco niñas desatienden de forma manifiesta a las menores, que presentan un retraso intelectual evidente; de 11 de octubre de 2004 (La Ley 211395/2004); y de 12 de julio de 2004 (La Ley 165139/2004); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, de 1 de julio de 1992 (AC 1992/1004); la sentencia de la Audiencia Provincial de León, sección 2.ª, de 29 de noviembre de 1995 (AC 1995/2229), abandono psíquico y material o de ayuda por parte del padre a su hija. No consta en modo alguno el intento o intención de aquel de recuperar a su hija, ni siquiera de visitarla o tenerla en su compañía durante algún período, o al menos de interesarse por ella, siendo indudable que padre e hija no se han visto y hablado en muchos años; la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 1.ª, de 25 de julio de 1996 (AC 1996/2563); la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 7 de marzo de 1996 (AC 1996/472), abandono del hogar por la madre; la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 3.ª, de 31 de diciembre de 1999 (JUR 2000/87802); la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.ª, de 18 de enero de 2000 (AC 2000/157), desatención del progenitor de la menor desde que contaba con dos años de edad, sin que haya reanudado el contacto personal y directo desde esas fechas. Se da un abandono material o moral de las obligaciones del padre con su hija. Falta de contribución a su sostenimiento económico; la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.ª, de 4 de abril de 2000 (JUR 2000/234360); la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 5.ª, de 27 de junio de 2000 (JUR 2000/284306), desinterés manifiesto que ha mostrado el padre, pues, no sólo es incapaz para el ejercicio correcto de la patria potestad, sino que más concretamente ha incumplido sistemáticamente sus deberes de velar por ella, alimentarla, educarla y procurarle la mejor formación posible; la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 2.ª, de 26 de septiembre de 2000 (JUR 2000/301809); la sentencia de la Audiencia Provincial de Ba-

no, pueden ser referidos a uno solo o a ambos progenitores, y, pueden derivar en una situación administrativa de desamparo, y en la asunción de la tutela automática por parte de las entidades públicas que en el respectivo territorio tienen encomendadas la protección de menores (art. 172 del Código Civil), con las consiguientes medidas de acogimiento y adopción del menor que, desde las mismas se puede adoptar en interés precisamente del menor (69).

dajoz, sección 3.ª, de 20 de octubre de 2000 (*JUR* 2001/10631), desatención del menor desde el mismo momento del nacimiento, entrega del niño a una mujer que no conocía, falta, incluso de inscripción en el Registro Civil; la sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, sección 1.ª, de 22 de noviembre de 2000 (*AC* 2001/1045), desatención grave y reiterada tanto en lo personal como en lo material del menor que desde su nacimiento quedó bajo el cuidado de sus tíos; la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 1.ª, de 23 de marzo de 2001 (*AC* 2001/1445); la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, sección 4.ª, de 18 de abril de 2002 (*JUR* 2002/166555); la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 4.ª, de 15 de mayo de 2002 (*JUR* 2002/236412); la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 2.ª, de 10 de septiembre de 2002 (*JUR* 2002/263379); la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.ª, de 16 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003/113512); la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 6.ª, de 10 de enero de 2003 (*JUR* 2003/114178); la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, sección 4.ª, de 27 de febrero de 2003 (*JUR* 2003/196833); la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 7.ª, de 31 de marzo de 2003 (*JUR* 2003/159057); la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.ª, de 3 de junio de 2003 (*JUR* 2004/100); la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 3.ª, de 12 de diciembre de 2003 (*AC* 2003/1834); la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 2 de julio de 2004 (*JUR* 2004/315595); la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, sección 1.ª, de 11 de octubre de 2004 (*JUR* 2004/286029); la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.ª, de 8 de noviembre de 2004 (*JUR* 2005/69343); la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, sección 2.ª, de 4 de mayo de 2005 (*JUR* 2005/170959); la sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca, sección 1.ª, de 18 de octubre de 2006 (*JUR* 2006/278071); la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.ª, de 16 de marzo de 2007 (*JUR* 2007/137029); la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, de 28 de febrero de 2008 (La Ley 40414/2008); la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 1.ª, de 20 de octubre de 2008 (La Ley 233383/2008); la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.ª, de 26 de marzo de 2009 (La Ley 13800/2009); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 4.ª, de 1 de julio de 2009 (La Ley 122302/2009).

No obstante, si la desatención es puntual y previsiblemente temporal no se aprecia como causa de privación de la potestad. Se arbitra la protección del menor, en estos casos, mediante instituciones que no impliquen la extinción de los vínculos paterno-filiales, vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 29 de marzo de 2001 (*RJ* 2001/9852).

Asimismo, aunque uno de los progenitores que no convive con el menor incumpla su deber de alimentos y visita al hijo menor de edad, si el menor está correctamente atendido por el otro progenitor, no se aprecia tampoco la necesidad de privar de la patria potestad al padre incumplidor de sus deberes. Se fundamenta en que la privación no va a suponer al menor beneficio alguno. Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 12 de julio de 2004 (*RJ* 2004/4371); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 19 de diciembre de 2000 (*AC* 2001/74).

(69) Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 23 de mayo de 2005 (La Ley 114792/2005), menor entregada después de nacer a la Administración para su cuidado, tutela pública y acogimiento preadoptivo; la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, de 28 de septiembre de 1992 (*AC* 1992/1175); la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, de 26 de julio de 2001 (*AC* 2001/1445), niño prematuro abandonado por sus padres que tienen una capacidad psíquica disminuida en el hospital al poco de nacer. Durante cinco años permanece en un centro de acogida, donde espo-

Por otra parte, la imposibilidad física e imposibilidad moral del cumplimiento de los deberes paterno-filiales puede ser consecuencia también de una ausencia prolongada del titular de la patria potestad en los supuestos de falta de libertad por ingresar en prisión (70); o por encontrarse en paradero desconocido, o por no tenerse noticias ciertas de su situación y residencia (71). Como, igualmente, la falta de idoneidad del titular de la patria potestad motivado por circunstancias personales de los padres que impliquen dificultades objetivas para asumir las obligaciones derivadas de la potestad, bien por ausencia de

rádicamente han visitado los padres biológicos al hijo y han demostrado que carecen de aptitudes para interactuar con él. Para evitar la cronificación del acogimiento residencial, se insta la constitución de un acogimiento preadoptivo y se aprecia que los padres están incurso en causa de privación de la potestad; la sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, sección 1.ª, de 15 de julio de 2000 (*JUR* 2000/296091); la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5.ª, de 19 de abril de 2001 (*JUR* 2001/172535); la sentencia de la misma Audiencia y sección, de 9 de junio de 2005 (*JUR* 2005/154718); la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.ª, de 12 de julio de 2005 (*JUR* 2005/233527); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.ª, de 22 de enero de 2009 (La Ley 124557/2009).

(70) Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 20 de enero de 1993 (*RJ* 1993/478) padre en prisión provisional por un presunto delito de parricidio. El abuelo materno pide la privación de la patria potestad del padre, a la que se accede, argumentando al respecto el Tribunal Supremo que la privación se acuerda por incumplimiento de la función paterno-filial por imposibilidad física o moral de su ejercicio, pues, basta para la privación de la potestad el dato fáctico de que desde un establecimiento penitenciario no se puede dar cumplimiento integral de las facultades del artículo 154 del Código Civil; la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 24 de mayo de 2000 (*RJ* 2000/3941); la sentencia de la Audiencia Provincial de León, de 7 de octubre de 1994 (*AC* 1994/2398), ingreso en prisión de ambos progenitores por hechos propios del tráfico de drogas; la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 15 de marzo de 1995 (*AC* 1995/570), cumplimiento por el padre de una pena de treinta años; la sentencia de la Audiencia Provincial de Soria, de 2 de septiembre de 1996 (*AC* 1996/1769); la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, sección 2.ª, de 14 de julio de 1999 (*AC* 1999/8839); la sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca, de 16 de octubre de 2002 (*JUR* 2002/284317); la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, de 20 de julio de 2004 (*AC* 2004/1039); la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1.ª, de 29 de diciembre de 2004 (*JUR* 2005/55839); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Les Illes Balears, sección 4.ª, de 28 de julio de 2010 (La Ley 129850/2010).

Sin embargo, en alguna sentencia se ha considerado que el hecho de estar en prisión no es causa de privación de la patria potestad, ya que no determina necesariamente un incumplimiento de los deberes paterno-filiales dañoso para los hijos. Vid., en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 24 de mayo de 2000 (*RJ* 2000/3941), hombre que ingresa en prisión a los pocos días de nacer el hijo, y es condenado por un delito de robo con homicidio a treinta años de cárcel. Se solicita por la madre la privación de la patria potestad, tras denegarla en primera instancia, se le concede en apelación. El Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia, pues considera que «no se puede saber si es buen padre o no por inexistencia de relación y ni por voluntaria inhibición». Vid., también en esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Orense, de 20 de marzo de 2000 (*AC* 2000/557); la sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca, de 16 de octubre de 2002 (*JUR* 2002/284317); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 18 de marzo de 2003 (*AC* 2003/824).

(71) Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de León, de 29 de noviembre de 1995 (*AC* 1995/2229); la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 7 de marzo de 1996 (*AC* 1996/472); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 22 de mayo de 1998 (*AC* 1998/1149).

medios económicos y de vivienda (72), o por la drogodependencia o alcoholismo de los padres (73), o por enfermedades psiquiátricas o graves trastornos de la personalidad (74); o por la propia incapacidad de un progenitor o progenito-

(72) Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 12 de julio de 2004 (La Ley 165139/2004); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 20 de mayo de 1996 (AC 1996/944); la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 18 de junio de 2003 (JUR 2003/190763); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, sección 1.ª, de 5 de noviembre de 2009 (La Ley 224488/2009).

(73) Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de León, de 7 de octubre de 1994 (AC 1994/2398), se priva a ambos progenitores de la patria potestad por ser toxicómanos y no estar en condiciones para cumplir con sus obligaciones paterno-filiales; la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5.ª, de 16 de enero de 1998 (AC 1998/37) relación de la madre con el mundo de las drogas, hallándose el padre en período de desintoxicación; la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 2.ª, de 10 de marzo de 1999 (AC 1999/592), el padre y la madre son drogadictos y no atienden a sus hijos en los que constituyen sus necesidades básicas, alimentación, higiene, cuidados médicos y atención personal; la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 4.ª, de 14 de julio de 2000 (AC 2000/2046), alcoholismo y deficiencias socio-culturales en el padre de los menores; la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.ª, de 23 de octubre de 2000 (JUR 2001/44573), padre adicto a las drogas que cumple condena en un centro penitenciario; la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 3.ª, de 11 de noviembre de 2000 (JUR 2001/76811), drogodependencia de ambos progenitores; la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.ª, de 4 de enero de 2001 (JUR 2001/219187), padre toxicómano y madre ingresada en prisión; la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, de 5 de marzo de 2001 (JUR 2001/139719), padres inmersos en la drogadicción; la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, de 16 de mayo de 2001 (AC 2001/1641); la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 1.ª, de 30 de mayo de 2001 (AC 2001/1458); la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 15 de junio de 2001 (AC 2001/1876); la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, sección 2.ª, de 3 de julio de 2001 (JUR 2001/264400); la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 3.ª, de 25 de octubre de 2001 (JUR 2001/332429), sometida la madre a un programa con tratamiento de metadona; la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.ª, de 5 de febrero de 2003 (JUR 2003/196273); la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 2 de julio de 2004 (AC 2004/2211), privación a la madre aquejada de toxicomanías y afectada por una profunda depresión, con períodos de rehabilitación y recaídas que le imposibilitan para tener en su compañía a su hija; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.ª, de 5 de julio de 2004 (JUR 2004/306106).

No se priva, en cambio de la patria potestad, aún siendo la madre toxicómana y haber ejercido la prostitución, pues, no concurre situación de peligro para el menor al estar acogida por los abuelos y la madre ha iniciado un tratamiento de deshabitación, por lo que se presume que podrá asumir sus deberes, vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, de 27 de enero de 1999 (AC 1999/43). En el mismo sentido, se pronuncian la sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, de 2 de junio de 2000 (AC 2000/5123); la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, de 29 de noviembre de 2002 (AC 2002/2271); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 12 de febrero de 2003 (JUR 2003/131695), entre otras.

(74) Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca, de 18 de septiembre de 1997 (AC 1997/1751), mientras que el padre sufre demencia mental con brotes de agresividad, la madre sufre oligofrenia media agravada por su dependencia alcohólica; la sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, de 6 de julio de 1998 (AC 1998/1560), madre con antecedentes depresivos de bulimia e intentos de suicidio; la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 16 de octubre de 1998 (AC 1998/1814), la madre sufre trastornos graves de la personalidad que le impiden atender adecuadamente a su

res, siempre que en todos estos casos, se cause un daño, poniendo en peligro o riesgo al menor (75).

En todo caso, desde la enumeración expuesta, el incumplimiento de los deberes o su cumplimiento defectuoso por los padres que da lugar a la privación de la patria potestad por causar daño o perjuicio en el menor, opera en lo que representa exclusivamente la esfera personal del menor; y, aunque corresponde a los padres la representación de los menores y la administración de sus bienes, un incumplimiento de tales facultades, no deriva necesariamente en una privación de la patria potestad. El propio ordenamiento proporciona instrumentos que puedan paliar los efectos negativos que determinadas decisiones de los padres puedan tener sobre la esfera patrimonial del menor, así el artículo 167 del Código Civil posibilita la adopción de providencias, exigir caución o fianza para continuar la administración o nombrar administrador, cuando la gestión o administración de los padres ponga precisamente en peligro el patrimonio del hijo; o la adopción de cualquiera de las medidas previstas en el artículo 158 del mismo cuerpo legal (76). De optarse, no obstante, por aplicar una medida que suponga privación, será una privación parcial que alcance exclusivamente a la facultad de administración (77).

Ahora bien, para que surta efecto la privación de la patria potestad, no resulta necesario que al incumplimiento de los deberes de los que son titulares los padres, se exija, asimismo, una culpabilidad o negligencia en su actuación, o un comportamiento doloso de los progenitores (78). En consecuencia, para que proceda la medida de la privación no es necesario probar además de la

hijo; la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.^a, de 18 de septiembre de 2000 (AC 2001/37), padecimiento de esquizofrenia de tipo esquizoafectivo grave que le imposibilita a la madre el ejercicio propio de la patria potestad; la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 2 de marzo de 2001 (AC 2001/491), madre afectada por una deficiencia psíquica, que carece de vivienda, recursos económicos y de condiciones higiénicas mínimas, utiliza a su hija menor para la mendicidad; la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.^a, de 10 de mayo de 2001 (JUR 2001/262646), enfermedad mental y desconocimiento del paradero del padre; la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.^a, de 5 de febrero de 2003 (JUR 2003/196273), el padre, aparte de su adicción a la droga, presenta un trastorno disocial de la personalidad, según los informes clínicos aportados; la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.^a, de 5 de febrero de 2003 (JUR 2003/196273), trastorno social de la personalidad con adicción a las drogas de las que se han derivado situaciones de peligrosidad en el entorno familiar; y la sentencia de la misma Audiencia y sección, de 13 de noviembre de 2003 (JUR 2004/76633), enfermedad mental del padre sin sometimiento voluntario a tratamiento psiquiátrico. Ausencia de habilidades educativas y rechazo de su figura por los hijos acreditado pericialmente.

(75) Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de 30 de abril de 1993 (AC 1993/476).

(76) Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 1987 (RJ 1987/6716).

(77) El *parágrafo 1666* del BGB contempla de forma explícita la privación total o parcial de la potestad patrimonial, cuando señala que: «1. En caso de puesta en peligro del bienestar corporal, espiritual o psíquico del hijo o del patrimonio de éste por causa del ejercicio abusivo del cuidado paterno debido a negligencia de los padres respecto del hijo, o bien por error humano no culpable de éstos, o bien por el comportamiento de un tercero, el Tribunal familiar adoptará las medidas pertinentes en orden al cese del peligro siempre que los padres no quieran o no se encuentren en condiciones de hacerlo por sí mismos».

(78) Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, de 18 de mayo de 2007 (La Ley 149869/2007).

conurrencia de una causa objetiva «*incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad*», la existencia de un comportamiento o actitud («causa subjetiva») en el progenitor al que se pretende despojar de la potestad determinante de su imputabilidad en orden al referido incumplimiento. Se requiere simplemente la causación de un daño o perjuicio derivado de una conducta inculpidora. Se opera sobre criterios de imputación objetiva y no subjetiva. Simplemente, esta medida de protección que supone la privación en la patria potestad actúa sobre la base de un daño ocasionado a un hijo menor de edad por quienes están obligados a procurar su bienestar y protección, sin influir para ello la calificación de este comportamiento. Basta la imputación objetiva de una conducta que ha generado daño o perjuicio en la situación de un hijo menor de edad, para que resulte aplicable esta medida. Lo determinante es la entidad del perjuicio que un incumplimiento de los deberes inherente a la patria potestad por los progenitores puede producir en el bienestar del hijo menor de edad, con independencia de cómo se quiera calificar tal comportamiento, no garante de los derechos de aquellos; y, por supuesto, con independencia de que tal daño o perjuicio haya sido consecuencia de la actuación de terceras personas; o sin su participación, haya derivado en una falta de intervención, esto es, en una omisión en el cumplimiento de los deberes básicos que forman parte del derecho-función, que representa la patria potestad (79).

(79) Vid., en este sentido, RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C., «La privación de la patria potestad», *op. cit.*, págs. 111-112; REBOLLEDO VARELA, A. L., «La privación de la patria potestad», en *Aranzadi Civil*, 1995, T. I, vol. I, págs. 70-71. Asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 23 de febrero de 1999 (*RJ* 1999/1130); de 24 de abril de 2000 (*RJ* 2000/2982); y de la Sala 2.ª, de 30 de mayo de 2001 (*RJ* 2001/6359).

El BGB hace referencia en el párrafo 1666, ya citado, tanto a la conducta voluntaria como involuntaria de los padres cuando hace referencia a la puesta en peligro del bienestar del hijo. Igualmente, el artículo 378-1 del *Code Civil* cuando dispone: «*Peuvent être déchus de l'autrité parentale, en dehors de toute condamnation pénale, les père et mère qui, soit par de mauvais traitements, soit par des exemples pernicieux d'ivrognerie habituelle, d'inconduite notoire ou de délinquance, soit par in défaut de soins ou un manque de direction, mettent manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant.*

Peuvent pareillement en être déchus, quand une mesure d'assistance éducative avait été prise à l'égard de l'enfant, les père et mère qui, pendant plus de deux ans, se sont volontairement abstenus d'exercer les droits et de remplir les devoirs que leur laissait l'article 375-7.».

En contra se manifiestan quienes son partidarios del carácter sancionador de la privación de la patria potestad, que consideran necesario aplicar parámetros culpabilistas y penales para apreciarla. Vid. SEISDEDOS MUÑO, A., «Suspensión *versus* privación de la patria potestad...», *op. cit.*, pág. 559; VALLADARES RASCÓN, E., «La tutela de menores en relación con el concepto legal de desamparo», en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, T. II, Editorial Centro Ramón Areces, Madrid, 1990, págs. 2051-2052; VARGAS CABRERA, B., *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*, Comares, Granada, 1994, pág. 16; CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., «La privación de la patria potestad», 2.ª ed., *op. cit.*, págs. 231-232, para quien, «no cabe presumir el incumplimiento para acordar la privación de la patria potestad, sino que éste debe ser injustificado; lo que supone, en definitiva, la necesidad no sólo de probar la concurrencia de una causa objetiva («*incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad*») justificativa de la privación, sino, además, la existencia de un comportamiento o actitud (subjetiva) en el progenitor al que se pretende despojar de la potestad paterna determinante de su imputabilidad en orden al referido incumplimiento». En la doctrina italiana, SESTA, M., *Trattato di Diritto Privato. Il diritto di famiglia. La filiazione*, T. III, vol. IV, G. Giappichelli Editore, Torino, 1999, pág. 248. Vid., asimismo, en esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 1987 (*RJ* 1987/6716).

4.5. SUPUESTOS LEGALES DE PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD EN EL ÁMBITO PENAL

A diferencia del Código Penal de 1973, que preveía expresamente la posibilidad de que los tribunales penales pudieran privar del derecho de patria potestad ante determinados delitos; el Código Penal de 1995, sin embargo, no contempla expresamente dicha posibilidad. Así, el artículo 39 hace referencia entre las penas privativas de derechos a la inhabilitación para el ejercicio del derecho de patria potestad y el artículo 46 delimita su alcance. Se trata de una medida temporal, esto es, por el tiempo que dure la condena, y, asimismo, derivado de esta temporalidad, se posibilita la recuperación automática de los derechos inherentes a la potestad, una vez transcurrido el tiempo de duración de la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad (80). Aunque, en principio, la pena de inhabilitación alcanza al hijo menor de edad víctima del delito, nada impide que se amplíe su alcance a todos aquellos que estén sometidos a la patria potestad del condenado (art. 220.4 del Código Penal) (81).

Esta inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad puede calificarse jurídicamente como pena principal, accesoria o como medida de seguridad (82). Como *pena principal* en delitos como tráfico de menores (art. 221), de cuatro a diez años (83); de sustracción de menores (art. 225 bis) (84); de suposición de parto, ocultación, entrega o sustitución para alterar la filiación (arts. 220-221) (85); de abandono de menores y delito de utilización o tráfi-

(80) En esta línea, LÓPEZ BARJA QUIROGA, J., «Comentario a los artículos 39 a 49 del Código Penal», en *Comentarios al Código Penal dirigidos por Manuel Cobo del Rosal*, T. III, Edersa, Madrid 1999, pág. 121.

Vid., asimismo, la Disposición Adicional 2.^a del Código Penal.

(81) Vid., entre otros, POZUELO PÉREZ, L., *Las penas privativas de derechos en el Código Penal*, Colex, Madrid, 1998, págs. 56-57; ALCALÉ SÁNCHEZ, M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 200-201. Asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 2.^a, de 19 de febrero de 2000 (RJ 2000/1141); y de 7 de junio de 2000 (RJ 2000/6303).

En contra, VALLDECABRES ORTIZ, I., «Comentario al artículo 46 del Código Penal», en *Comentarios al Código Penal de 1995*, coordinador Tomás S. Vives Antón, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 330; RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C., «La privación de la patria potestad», *op. cit.*, págs. 134-135.

(82) RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C., «La privación de la patria potestad», *op. cit.*, págs. 139-164.

(83) Modificado por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

(84) Aunque el Código Penal ya no tipificó este delito; no obstante, agravó las penas del delito de detención ilegal o secuestro en los casos en que la víctima del mismo era un menor de edad o incapaz (art. 165). La Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y del Código Civil sobre sustracción de menores (BOE, 11 de diciembre de 2002), tipifica de nuevo como delito la sustracción de menores y en el nuevo artículo 225 bis establece como pena principal la prisión de dos a cuatro años y la inhabilitación para el ejercicio del derecho de la patria potestad con carácter preceptivo. Dispone expresamente: «1. *El progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad por el tiempo de cuatro a diez años.*».

(85) El artículo 220.4 impone a los ascendientes que cometieran estos hechos delictivos la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de patria potestad de cuatro a diez años sobre el hijo o descendiente supuesto, ocultado, entregado o sustituido, y, en su caso, sobre el resto de hijos o descendientes.

co de menores para la mendicidad (arts. 229 a 232) (86); de incumplimiento de los deberes legales inherentes a la patria potestad (art. 226), con una pena de inhabilitación de cuatro a diez años (87); de delito contra la libertad e indemnidad sexuales (arts. 178 a 190) (88), por disposición del artículo 192.2 del Código Penal; de delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar (arts. 153 y 173) (89), y de delito de lesiones (art. 149) (90). Como *pena accesoria*, si se ha solicitado expresamente y se han motivado los requisitos legales que exige su imposición, en las penas de prisión inferiores a diez años, podrán los jueces, atendiendo a la gravedad del delito, imponer la *«inhabilitación especial para el empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, o cualquier otro derecho, si estos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia*

(86) El artículo 233 prevé la imposición de los responsables de los delitos previstos en los artículos 229 a 232 de la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de patria potestad de cuatro a diez años, si lo estima oportuno, en atención a las circunstancias del menor. Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 2.^a, de 15 de diciembre de 1998 (*RJ* 1998/9785); y de 4 de octubre de 2001 (*RJ* 2001/8573).

(87) Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.^a, de 22 de noviembre de 1999 (*AC* 1999/2589).

(88) Modificados por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de Reforma del Código Penal (*BOE*, núm. 104, de 1 de mayo de 1999); y de nuevo, por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, y por la Ley Orgánica de 15/2003, de 25 de noviembre.

Establece el artículo 192.2 la posibilidad de que el juez imponga en las condenas relativas a todos los delitos del Título VIII, «razonadamente, además, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad en estos delitos y exige que la sentencia que la imponga razone la imposición de esta pena. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 2.^a, de 26 de enero de 1999 (*RJ* 1999/949); de 9 de octubre de 2000 (*RJ* 2000/6303); y de 20 de julio de 2001 (*RJ* 2001/7295); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Soria, de 9 de mayo de 1995 (*AC* 1995/1073); la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.^a, de 6 de marzo de 2003 (*JUR* 2003/141898); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 5.^a, de 3 de marzo de 2005 (*JUR* 2005/108728).

(89) Modificado por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. El artículo 153 dispone: «El que por cualquier medio o procedimiento causara otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratará de obra a otro sin causarle lesión, o amenazara a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos... será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días..., así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años». Y el artículo 173.2: «El que habitualmente ejerza la violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación por naturaleza, adopción o afinidad..., será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años...».

Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, sección 4.^a, de 9 de julio de 2002 (*JUR* 2002/270663); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.^a, de 1 de marzo de 2006 (*JUR* 2006/227446).

(90) Modificado por Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre. Permite que el Juez imponga en estos delitos la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad por tiempo de cuatro a diez años.

esta vinculación, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto en el artículo 579 de este Código» (art. 56.3). En todo caso, como dispone el artículo 79 del Código Penal, ha de constar en la sentencia para que puedan ejecutarse (91).

Finalmente, como *medida de seguridad* aparece contemplada en el artículo 107 del Código Penal (92). Se exige para su aplicación tanto la comisión de un delito en relación con el ejercicio de la potestad de los padres; como la existencia de un peligro, consistente en que el sujeto vuelva a cometer este mismo delito u otros semejantes. Se fundamenta, pues, la imposición de esta medida en la probabilidad de que se reincida en la comisión de aquellos, esto es, en el actuar delictivo del sujeto. De ahí que se constituya como un instrumento adecuado de prevención especial (93).

No obstante lo anterior, también hay que tener en cuenta que el Tribunal que enjuicia la causa penal puede acordar la privación de la patria potestad, cuando la medida tenga conexión con el tipo penal en cuestión, aunque aquélla no se prevea como pena accesoria, por ejemplo, en los delitos relativos a la violencia familiar —art. 153 del Código Penal—, o en el supuesto de homicidio o asesinato de un progenitor cometido por el otro —arts. 138 y 139 del Código Penal—, siempre y cuando lo exija el interés del menor.

En este contexto, el artículo 170 del Código Civil ha de ser interpretado a la luz de las circunstancias que rodean cada caso para proceder en consecuencia a la aplicación de la medida que supone la privación de la patria potestad, sin que pueda prevalecer una consideración objetiva exclusivamente de su supuesto de hecho. De ahí que se puede imponer como pena principal, accesoria o como medida de seguridad, a la pena impuesta a todo recluso privado de libertad por un tiempo razonable al efecto, no sólo cuando la víctima de la comisión de delito sea el propio hijo, o su cónyuge, sino también cuando la condena es consecuencia de cualquier otro delito (94).

(91) Vid. BOLDOVA PASAMAR, M. A., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*, coordinador: Luis GRACIA MARTÍN, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 79; DE LAMO RUBIO, J., *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 226. Asimismo, vid. las sentencias del Tribunal Supremo, de 30 de mayo de 2001 (RJ 2001/6359); de 19 de julio de 2001 (RJ 2001/6503); y de 21 de mayo de 2003 (RJ 2003/5491). No se impone, sin embargo, como pena accesoria cuando el delito no es de prisión, sino que se trata de una multa, vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de 25 de marzo de 1996 (RJ 1996/2192); y de 19 de mayo de 2000 (RJ 2000/4896).

(92) Dispone este precepto: «El juez o tribunal podrá decretar razonadamente la medida de inhabilitación para el ejercicio de determinado derecho, profesión, oficio, industria o comercio, cargo o empleo, por un tiempo de uno a cinco años, cuando el sujeto haya cometido con abuso de dicho ejercicio, o en relación con él, un hecho delictivo, y cuando de la valoración de las circunstancias concurrentes, pueda deducirse el peligro de que vuelva a cometer ese delito u otros semejantes, siempre que no sea posible imponerle la pena correspondiente por encontrarse en alguna de las situaciones previstas en los números 1, 2 y 3 del artículo 20».

(93) RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C., «La privación de la patria potestad», *op. cit.*, págs. 154-155.

(94) Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 20 de enero de 1993 (RJ 1993/478), se priva al padre por imposibilidad física y moral de ejercer la patria potestad al haber sido condenado por el parricidio de su esposa; de 24 de mayo de 2000 (La Ley 107167/2000), se impone la privación al ser condenado el padre a una pena de larga duración; y de 2 de octubre de 2003 (La Ley 10396/2004), igualmente, se

Por otra parte, la previsión contenida en el artículo 170 del Código Civil hay que entenderla como una norma de remisión a los supuestos en los que, de acuerdo con las previsiones del Código Penal, puede imponerse la medida por la que se priva al progenitor de su potestad sobre los hijos menores como pena accesoria (95).

procede a la privación de la patria potestad al padre por delito de parricidio contra la madre; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Soria, de 9 de mayo de 1995 (AC 1995/1073), en el que procede la privación al ser condenado el padre por los delitos de estupro y abusos deshonestos cometidos sobre la otra hija del matrimonio; la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 6.ª, de 30 de septiembre de 1999 (AC 1999/1872), asimismo, procede la privación en sentencia dictada en causa criminal en la que condena al padre por delito de parricidio cometido en la persona de su esposa, madre de los menores; la sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, sección 4.ª, de 9 de julio de 2002 (JUR 2002/270663), privación por sentencia dictada en causa criminal ante el comportamiento familiar del padre que ha derivado en numerosas denuncias por agresiones y malos tratos que afectan a la madre y a las hijas comunes, existiendo una sentencia penal por delito de maltrato familiar; la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.ª, de 29 de julio de 2004 (JUR 2005/1797), sentencia dictada en causa criminal, condenando al padre como autor de la muerte de su mujer, de la que estaba separado; la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 1 de marzo de 2006 (JUR 2006/227446), condena como autor de un delito continuado de quebrantamiento de condena de medida cautelar y delito de amenazas y por un delito de violencia psíquica habitual con prohibición de acercarse a la actora y a su hija; la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 19 de febrero de 2008 (La Ley 27926/2008), privación al padre de la patria potestad sobre sus hijos menores de edad, y nombramiento de los abuelos maternos como tutores, como consecuencia de la violencia ejercida por el padre sobre la madre con resultado de muerte; la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 1.ª, de 20 de octubre de 2008 (JUR 2009/51091), condenado a pena privativa de libertad por delitos comunes; la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 3.ª, de 19 de diciembre de 2008 (La Ley 282097/2008), el padre está incurso en un procedimiento penal por delitos continuados de abusos sexuales, exhibicionismo y provocación sexual respecto a sus hijos. La exploración judicial de los menores revela el temor e incluso el pánico de los hijos menores a ver a su padre; la sentencia de la Audiencia provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 20 de enero de 2009 (La Ley 17811/2009), condenado como autor de un delito continuado de abuso sexual y una falta de malos tratos al hijo de su entonces compañera y hermano de su hijo; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1.ª, de 8 de mayo de 2009 (La Ley 81998/2009), procede la privación al padre de la patria potestad por concurrir causa grave fundada no sólo en la condena penal por maltrato a su esposa y en las órdenes de alejamiento que pesan sobre él, sino también en el incumplimiento de las obligaciones de atención material y moral que le corresponden. Sin embargo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, sección 1.ª, de 23 de enero de 2008 (La Ley 88374/2008), se considera que los hechos por los que fue condenado como autor de un delito de amenazas frente a mujer en presencia de la hija y en el domicilio familiar, no tienen suficiente relevancia en relación a la hija como para poder privar al padre de su patria potestad, situados en el contexto en que se produjeron, pues, tuvieron lugar cuando la pareja estaba enfrentada.

(95) MONTES PENADES, V. L., «Comentario al artículo 170 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 1137. Es por lo que precisan, al respecto, Díez-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 269, que «aun cuando el Código no lo dice, no constituye esta disposición del artículo 170 una habilitación a los tribunales penales para adoptar medidas en orden a los hijos del reo».

4.6. CAUCES PROCESALES PARA LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

El artículo 170 del Código Civil hace referencia a tres distintos procedimientos para solicitar la medida de privación de la patria potestad: procedimiento *ad hoc* cuyo objeto principal lo constituye precisamente la adopción de esa medida; en un procedimiento matrimonial, y, finalmente, en un proceso penal, a ellos nos referiremos a continuación brevemente (96).

Por su parte, el artículo 236-6.3 del Código Civil catalán dispone, al respecto, que: «*La privación de la potestad parental debe decretarse en un proceso civil o penal y es efectiva desde que la sentencia deviene firme, sin perjuicio de que pueda acordarse cautelarmente suspender su ejercicio*». Establece, de forma novedosa, la posibilidad de adoptar como medida cautelar la suspensión de la patria potestad:

A) *Procedimiento ad hoc de privación de la patria potestad*. Aunque la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, no establece expresamente un procedimiento especial para la privación de la patria potestad, existe un sentir mayoritario en la doctrina de considerar como cauce adecuado el declarativo ordinario *ex* artículo 249.2 LEC (97), por ser aquella medida una materia que afecta al estado civil de las personas, de carácter indisponible y no susceptible de valoración económica, esto es de cuantía inestimable (98). Si bien, no faltan

(96) Si bien, como ha observado la doctrina, la sentencia que pone fin a alguno de estos procedimientos goza de carácter constitutivo respecto de la privación de la potestad paterna, a diferencia de la resolución que dictamina la exclusión de la patria potestad en los supuestos recogidos en el artículo 111 del Código Civil, que implica una privación *ab initio* de la patria potestad y demás funciones tuitivas de forma automática, por imperativo legal, quedando apartado el excluido de los derechos hereditarios, legales o testamentarios que pudieran corresponderle. Vid. ZURITA MARTÍN, I., «La privación de la patria potestad por sentencia dictada en causa criminal», *op. cit.*, pág. 868; CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., «La privación de la patria potestad», 2.^a ed., *op. cit.*, págs. 334-335; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Comentario al artículo 111 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO GARCÍA y Silvia DÍAZ ALABART, T. III, vol. I, Edersa, Madrid, 2.^a ed., pág. 81. Asimismo, vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de febrero de 1999 (RJ 1999/746); la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 2.^a, de 1 de abril de 2003 (JUR 2003/203412); la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 2.^a, de 20 de octubre de 2003 (JUR 2003/271564); la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 1.^a, de 2 de junio de 2008 (La Ley 126230/2008); el Auto de la misma Audiencia, sección 1.^a, de 20 de abril de 2009 (JUR 2009/294019); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 3.^a, de 23 de julio de 2009 (La Ley 170391/2009). En el Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 3.^a, de 29 de julio de 2003 (JUR 2003/220354), se considera cauce inadecuado para solicitar la patria potestad el expediente de jurisdicción voluntaria.

(97) El artículo 248.1 de la LEC establece la salvaguarda general de que se decidirá en proceso declarativo «*toda contienda judicial que no tenga señalada por la Ley otra tramitación*».

(98) Vid. MONTERO AROCA, J., «Comentario al artículo 92 del Código Civil», en *Separación, divorcio y nulidad matrimonial*, T. II, AA.VV., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 1105-1106; RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C., «La privación de la patria potestad», *op. cit.*, págs. 230-231, entre otros. Asimismo, vid. el Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 2 de junio de 2005 (JUR 2005/207959).

Por su parte, el Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 3.^a, de 29 de julio de 2003 (JUR 2003/220354), pone de manifiesto en su *Razonamiento jurídico* 2.º,

quienes, a la vista de la legislación vigente, optan por considerar que este procedimiento debe sustanciarse con arreglo al proceso declarativo especial del Capítulo IV: «De los procesos matrimoniales y de menores», del Título I del Libro IV titulado: «De los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores», artículos 748 y 753 (99).

La jurisdicción competente es la civil (arts. 9 y 22.3 LOPJ), atribuyéndose a los jueces de familia donde los haya, o a los jueces de primera instancia la competencia objetiva para enjuiciar la privación de la patria potestad de los progenitores (arts. 45 y 46 LEC). Asimismo, la competencia territorial corresponde al juez del domicilio del demandado, según establece el artículo 50 LEC. Si aquel no tiene su domicilio ni residencia en España, se acude al juez del domicilio del actor.

En cuanto a las partes intervinientes en el proceso, la *legitimación activa* a falta de una mención específica de aquella en la legislación, corresponde aplicar analógicamente lo dispuesto respecto las acciones innominadas de protección del menor contenidas en el artículo 158 del Código Civil. De forma que están legitimados los progenitores del menor de edad, hayan o no contraído matrimonio; el propio menor de edad no emancipado, si bien, su falta de capacidad procesal al no estar en el pleno ejercicio de sus derechos civiles tal como exige el artículo 7.1 LEC, determina que deberá comparecer en juicio por medio de su representante legal (progenitor, tutor, curador, defensor judicial, o administración pública que ha asumido la tutela *ex lege* del menor) (100). Igualmente, tanto el citado artículo 158 como los artículos 236-3.2 y 236-6.4 del Código Civil catalán (101), legitiman a los parientes del menor de edad que se encuentre en situación de peligro para solicitar medidas judiciales de protección, entre las que se encuentra, la privación de la patria potestad (102); por último, tanto el

que el cauce adecuado no es un procedimiento de jurisdicción voluntaria, sino por la vía de un procedimiento declarativo oportunamente terminado en sentencia.

(99) Vid. MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte especial*, con Valentín CORTES DOMÍNGUEZ y Vicente GIMENO SENDRA, Colex, Madrid, 3.ª ed., 2000, pág. 159; DIEZ-PICAZO JIMÉNEZ, I., «Los procesos civiles especiales», en *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, con Andrés DE LA OLIVA y Jaime VEGA TORRES, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, págs. 410-411. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 3.ª, de 23 de julio de 2009 (La Ley 170391/2009).

(100) Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, de 1 de julio de 1992 (AC 1992/1004).

Recordemos, asimismo, que el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección del Menor, establece el derecho del menor de edad a ser oído en cualquier procedimiento judicial y a poder designar a persona que le represente para el ejercicio de este derecho a ser oído, cuando tenga suficiente juicio. No regula, sin embargo, con carácter general, la capacidad procesal del menor de edad no emancipado.

(101) El artículo 236-6.4 dispone que: «*Están legitimadas para solicitar la privación de la potestad parental las personas a que se refiere el artículo 236-3.2 y, en el caso de los menores desamparados, la entidad pública competente*». Esta última legitimación constituye una novedad digna de mención.

Artículo 236-3.2 señala que: «*2. La autoridad judicial puede adoptar las medidas a que se refiere el apartado 1 de oficio o a instancia de los propios hijos, de los progenitores, aunque no tengan el ejercicio de la potestad, de los demás parientes de los hijos hasta el cuarto grado por consanguinidad o segundo por afinidad y del Ministerio Fiscal*».

(102) En la práctica es frecuente que la demanda de privación de la patria potestad de los progenitores provenga de familiares del propio menor, especialmente de los *abuelos* y, otras veces, de los *tíos/as del menor* con quien éste convive para solicitar la tutela

Ministerio Fiscal como la Administración Pública que tenga encomendada la protección de menores en situación de desamparo tendrán legitimación para solicitar tal medida (103).

Por su parte, la *legitimación pasiva* corresponde a los progenitores titulares de la misma a quienes pretendan privarse de la patria potestad.

En cuanto al *objeto del proceso*, lo constituye la privación de la patria potestad a los progenitores que causan un perjuicio o daño a los hijos que, se encuentran bajo su potestad al optar por un comportamiento incumplidor; consiste, precisamente, en el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad tanto respecto a los menores de edad no emancipados, como de los mayores de edad incapacitado cuya patria potestad haya sido prorrogada o rehabilitada.

Finalmente, con independencia de quien haya iniciado el procedimiento judicial de privación de la patria potestad, deben intervenir en el proceso tanto los progenitores del menor de edad, como éste y otros familiares del mismo. Asimismo, es posible la acumulación de acciones que, tienen cauces procedimentales diferentes por razones de economía procesal. En este sentido, se puede acumular en un mismo proceso la privación de la patria potestad del progenitor, la fijación de una pensión de alimentos a su cargo y la reclamación de la filiación extramatrimonial respecto a él (104). Y, últimamente, se está posibilitando la revisión de casación de las resoluciones dictadas por los Tribunales de apelación, aun constituyendo un supuesto excepcional, fundado sobre la base que, el Tribunal sentenciador ha ido más lejos de lo razonable, y, también considerando que, aunque en estos casos el juez opera con una amplia facultad discrecional de apreciación, de difícil acceso a la casación; en modo alguno se puede prescindir que, estamos ante una facultad reglada que, exige siempre en su aplicación tener presente el interés del menor; de forma que, si no se tiene en cuenta éste, puede proceder la casación (105).

del mismo. Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1.^a, de 5 de octubre de 1987 (RJ 1987/6716); de 20 de enero de 1993 (RJ 1993/478); de 25 de junio de 1994 (AC 1994/1169) por parte de la tía materna; de 24 de abril de 2000 (RJ 2000/2982); y de 29 de marzo de 2001 (RJ 2001/9852). Asimismo, vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 16 de enero de 1998 (AC 1998/3024); la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, de 27 de enero de 1999 (AC 1999/43); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, de 23 de mayo de 2001 (AC 2001/1252). Incluso de los *proprios hermanos del menor*, vid. la sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de marzo de 1993 (RJ 1993/2394).

Tener, asimismo, presente la reforma operada en determinados preceptos del Código Civil por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil, y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de nietos con los abuelos (BOE, núm. 280, de 22 de noviembre de 2003, págs. 41421 a 41422).

(103) El artículo 336 del *Codice Civile* establece como personas legitimadas al otro progenitor, parientes y el Ministerio Fiscal. No se menciona al propio menor.

Dispone al respecto: «*I provvedimenti indicati negli articoli precedenti sono adottati su ricorso dell'altro genitore, dei parenti o del pubblico ministero e, quando si tratta di revocare deliberazioni anteriori, anche del genitore interessato.*

Il tribunale provvede in camera di consiglio, assunte informazione e sentito il pubblico ministero. Nei casi in cui il provvedimento è richiesto contro il genitore, questi deve essere sentito».

(104) CASTILLO MARTÍNEZ, C. DEL C., «La privación de la patria potestad», 2.^a ed., op. cit., págs. 339-340.

(105) En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.^a, de lo Civil, de 19 de octubre de 1983 (RJ 1983/5333), se señala que, es posible la revisión casacional en cuanto

B) *Proceso matrimonial de nulidad, separación y divorcio*: La privación de la patria potestad de uno de los progenitores puede decretarse en la sentencia que pone fin a un proceso matrimonial con arreglo al procedimiento especial, que regula la Ley de Enjuiciamiento Civil en los artículos 770 a 777. El artículo 92 del Código Civil permite expresamente que la sentencia de nulidad, separación o divorcio acuerde también la privación de la potestad de uno o ambos progenitores. Norma que se complementa con el artículo 170 del mismo cuerpo legal (106).

En este procedimiento especial, la solicitud de la medida de privación de la patria potestad se acumula al resto de las medidas definitivas, que acompañan a la demanda principal. La sentencia habrá de pronunciarse, en consecuencia, sobre la oportunidad o no de la medida de privación. No se puede solicitar en la fase de medidas provisionales previas (art. 771 LEC), ni en las derivadas de la admisión de la demanda (art. 773 LEC), ya que entre las medidas provisionales (art. 103 del Código Civil) no se hace referencia a la privación de la patria potestad. Además, la resolución mediante auto de las medidas provisionales excluye también que se pueda adoptar como contenido de las mismas, precisamente, la privación de la potestad, al tener necesariamente que dictarse en sentencia. Tampoco podrá convenirse que forme parte del convenio regulador, pues, no es posible un pacto sobre la privación de la patria potestad, al ser una materia de orden público que está sustraída a la libre disposición de los progenitores, siendo nulo cualquier pacto que tenga

se trata de supuestos donde el Tribunal sentenciador ha ido más lejos de lo razonable; en la sentencia de este mismo Tribunal y Sala, de 11 de octubre de 1991 (*RJ* 1991/7447), se considera posible la casación cuando en la apreciación de las pruebas se hiciera patente un error de hecho o derecho; y en las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1.^a, de lo Civil, de 5 de marzo de 1998 (*RJ* 1998/1495); y de 23 de febrero de 1999 (*RJ* 1999/1130), se establece que en la amplia facultad discrecional del juzgador ha de tener presente siempre el interés del menor, informante tanto de la privación de la patria potestad como de su mantenimiento.

(106) Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.^a, de lo Civil, de 3 de mayo de 2001 (*La Ley* 4289/2001); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 2.^a, de 8 de enero de 1998 (*AC* 1998/88); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 3.^a, de 19 de enero de 1998 (*AC* 1998/95); de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 4.^a, de 18 de febrero de 1999 (*AC* 1999/299); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 5.^a, de 20 de octubre de 1999 (*AC* 1999/1876); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, de 25 de mayo de 2001 (*AC* 2001/1505); de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 4.^a, de 5 de julio de 2001 (*JUR* 2001/268239); de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 4.^a, de 18 de abril de 2002 (*JUR* 2002/166555); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.^a, de 12 de enero de 2004 (*JUR* 2004/52610); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.^a, de 30 de noviembre de 2004 (*JUR* 2005/75420); de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 1.^a, de 19 de abril de 2006 (*JUR* 2006/14747); y de la Audiencia Provincial A Coruña, sección 3.^a, de 18 de diciembre de 2008 (*La Ley* 318494/2008). Sin embargo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, sección 1.^a, de 13 de septiembre de 2007 (*JUR* 2008/51108), se considera improcedente la privación, pues, sólo existe un simple desinterés del padre en ver a sus hijos; y en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.^a, de 5 de junio de 2009 (*JUR* 2009/408819), en la sentencia dictada en causa matrimonial se desestima la medida de privación de la patria potestad, alegando que ha de ser objeto ésta de interpretación restrictiva, y resulta necesario, además, para adoptar una medida tan drástica y trascendente, que concurren circunstancias excepcionales; no acreditándose en el presente caso un incumplimiento grave de los deberes inherentes a la patria potestad respecto del hijo.

por finalidad privar total o parcialmente de la potestad a cualquiera de los progenitores, como cualquier transacción sobre la misma (107).

En todo caso, cabe privar de la patria potestad a éstos en fase de ejecución de sentencia del proceso matrimonial, sobre la base de lo previsto en el artículo 91 del Código Civil, que permite al Juez adoptar en sentencia de nulidad, separación o divorcio o en ejecución de las mismas, las medidas que estime oportunas en relación con los hijos, de acuerdo con lo establecido en los artículos siguientes, entre los que se encuentra el artículo 92.3; y, asimismo, por razones de economía procesal (108). E, igualmente, en un procedimiento de modificación de medidas, pues, tanto el Ministerio Fiscal como cualquiera de los cónyuges, cuando se acredite una modificación sustancial de las circunstancias como puede ser un incumplimiento grave y reiterado de los deberes paternos por parte de uno de los progenitores que, ponga en peligro al hijo menor, puedan solicitar la privación de la patria potestad y, acordarlo así en la sentencia que resuelve sobre la modificación de medidas, cuando quede probado tal incumplimiento (109).

C) *Proceso penal de la privación de la patria potestad*: Como hemos señalado en líneas precedentes, procede en el proceso penal en todo caso adoptar la medida de inhabilitación para el ejercicio del derecho de patria potestad en los delitos que así lo prevé el Código Penal, pues, sobre este punto ha quedado zanjada la cuestión de si los jueces penales podían aplicar la figura civil de la privación de la patria potestad. En el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, de 26 de mayo de 2000, determina que no es oportuno que en la vía penal se resuelva sobre la privación de la patria potestad. Se considera que el artículo 170 del Código Civil no supone una atribución a la jurisdicción penal de la facultad de aplicar las normas civiles de privación total o parcial de la patria potestad como una facultad distinta de su imposición, como pena principal o accesoria de un delito (110). Corresponde a la jurisdicción civil adoptar las medidas de protección para el menor,

(107) ORTUÑO MUÑOZ, P., «Comentario al artículo 774 LEC», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. III, coordinadores: Miguel Ángel FERNÁNDEZ BALLESTEROS, José María RIFÁ SOLER; José Francisco VALLS GOMBAU, Iurgium-Atelier, Barcelona, 2000, pág. 3586; MONTERO AROCA, J., «Comentario al artículo 92 del Código Civil», en *Separación, divorcio y nulidad matrimonial*, T. II, Juan MONTERO AROCA *et al.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 1099-1100; CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., «La privación de la patria potestad», 2.^a ed., *op. cit.*, pág. 337.

(108) Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Comentarios al artículo 92 del Código Civil», en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo Título IV, Libro I del Código Civil*, coordinados por José Luis LACRUZ BERDEJO, Madrid, 1982, págs. 663-664; CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., «La privación de la patria potestad», *op. cit.*, pág. 60. Vid., en este sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 3.^a, de 11 de abril de 1994 (AC 1994/705). En contra, REBOLLEDO VARELA, A. L., «La privación de la patria potestad», *op. cit.*, pág. 73.

(109) En esta línea, CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., «La privación de la patria potestad», 2.^a ed., *op. cit.*, págs. 337-338.

(110) Vid., en este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 2.^a, de 10 de octubre de 1995 (RJ 1994/7905); de 11 de septiembre de 2000 (RJ 2000/7932); y de 2 de octubre de 2000 (RJ 2000/8718); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, sección 2.^a, de 14 de julio de 1999 (AC 1999/8839); la sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca, de 16 de octubre de 2002 (JUR 2002/284317); y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 15 de mayo de 2003 (JUR 2003/152031).

si así se deriva de los hechos enjuiciados por la jurisdicción penal. Así en los casos que no proceda adoptar la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, y resultar procedente la privación de la potestad, cabe que el Ministerio Fiscal opte por acudir a la vía civil e iniciar el correspondiente procedimiento para adoptar tal medida, eso sí, siempre que la conducta del condenado suponga un incumplimiento de los deberes paterno-filiales, que cause un perjuicio o daño al hijo/s menores de edad (111).

No obstante, no falta en la doctrina como en la jurisprudencia, quienes optan por un parecer en sentido contrario, pues, admiten la privación de la potestad en un proceso penal argumentando para ello, que desde una interpretación teológica del artículo 170 del Código Civil es posible una extensión de la jurisdicción de los tribunales penales a cuestiones que, en principio, corresponden a la jurisdicción civil; y, asimismo, aduciendo razones de economía procesal y de una adecuada protección del beneficio o interés del menor, se debería permitir que un tribunal penal privara de la patria potestad, si durante el curso de un procedimiento en esta jurisdicción, se verificase un incumplimiento de los deberes paterno-filiales y un daño o perjuicio consecuente para el hijo menor de edad (112).

En todo caso, la Sala segunda del Tribunal Supremo ha optado en las más recientes Resoluciones por aplicar la doctrina recogida en el mencionado Acuerdo, y, en consecuencia, denegar la posibilidad de acordar la privación en un proceso penal, cuando el Código Penal no la prevea expresamente en relación con el caso enjuiciado (113).

4.7. EFECTOS DE LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

El efecto automático de la privación de la potestad de los padres es la pérdida de la titularidad de la misma, y, por ende, del ejercicio por el progenitor afectado por la resolución judicial. Esta privación judicial de la patria

(111) Vid. TAPIA PARREÑO, J. J., «Medidas de protección del menor en la fase de instrucción y de ejecución del proceso penal», en *Protección de menores en el Código Penal*, director: José Luis JORI TOLOSA, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, págs. 122-123. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de 7 de noviembre de 2000 (RJ 2000/8932); y de 6 de julio de 2001 (RJ 2001/6367).

(112) RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C., «La privación de la patria potestad», *op. cit.*, págs. 161-163; FERRER I RIBA, J., «Comentarios al artículo 136 del Código de Familia», en *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions Estables de Parella i a la Llei de Situacions Convivencials d'Ajuda Mutua*, directores: Joan EGEA FERNÁNDEZ y Joseph FERRER RIBA, Tecnos, Madrid, 2000, págs. 641-642. Vid., también, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de 20 de diciembre de 1993 (RJ 1993/9578); y de 26 de junio de 2000 (RJ 2000/6329).

Asimismo, en esta línea, se pronuncia el artículo 378-1 del *Code Civil* al disponer: «*Peuvent être déchu de l'autorité parentale, en dehors de toute condamnation pénale, les père et mère qui, soit par de mauvais traitements, soit par des exemples pernicieux d'ivrognerie habituelle, d'inconduite notoire ou délinquance, soit par un défaut de soins ou un manque de direction, mettent manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant.*».

(113) Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de 11 de septiembre de 2000 (RJ 2000/7932); y de 12 de noviembre de 2008 (RJ 2008/6987). Asimismo, se manifiesta en este sentido en la doctrina, DEL MORAL GARCÍA, A., *Interferencias entre el proceso civil y penal*, Comares, Granada, 2002, pág. 388.

potestad puede darse respecto de uno de los dos progenitores o de ambos, o de uno solo, si la filiación sólo está determinada respecto de él.

En el primer supuesto, la patria potestad será ejercida por el otro progenitor, quien podrá tomar todas las decisiones que considere oportunas en interés del menor y su bienestar, sin necesidad de comunicárselo al que ha sido privado de la patria potestad, ni, por supuesto, contar con su consentimiento para el cumplimiento de todo lo que representan los deberes inherentes a la patria potestad (art. 156.4 del Código Civil) (114). En todo caso, como veremos, podrá informar sobre determinados aspectos de la situación del menor al progenitor privado de la patria potestad, si éste lo solicitase; y respetar el régimen de visitas impuesto por el Juez. Pero, igualmente, podrá exigir como titular de la patria potestad, que aquél cumpla con sus obligaciones respecto del hijo, tales como la prestación de alimentos. Si fallece el progenitor titular de la patria potestad, se procederá a la constitución de la tutela, como institución de guarda del menor.

Ahora bien, si se diera el segundo supuesto expuesto, que ambos padres hayan sido privados de la patria potestad, fuera de los casos de recuperación de ésta, se procederá, igualmente, a la constitución de la tutela o, en su caso, a la adopción del menor (115).

La institución de la tutela (art. 222 del Código Civil) será oportuna cuando la privación sea total, pues, en el caso de ser ésta parcial, esto es, que alcance solo a algunas facultades, se deberá proveer una medida de protección, que asuma las concretas facultades de las que han sido privados ambos progenitores (116). No obstante, de haberse previsto en testamento o en documento público notarial por parte de los padres sobre la tutela de sus hijos menores, estas disposiciones serán ineficaces si, en el momento de adoptarlas, el disponente hubiese sido privado de la patria potestad (art. 226 del Código Civil). Sólo se excluye, por tanto, la posibilidad de designar tutor o de organizar la tutela de sus hijos al progenitor/es privado totalmente de la patria potestad. No tendrá sentido en el caso de privación parcial, a menos que la facultad excluida sea la administración patrimonial y el contenido de la disposición tutelar de los padres se refiera a este extremo. En cambio, si se aplicará al supuesto de privación temporal, durante la vigencia de la misma (117).

(114) El artículo 79.2 de la Ley 13/2006, de Derecho de la persona de Aragón en este sentido dispone que «*si es privado de la autoridad familiar o suspendido en ella uno solo de los titulares, continúa ejerciéndola el otro conforme al artículo 69*».

El artículo 69 señala que: «*El ejercicio de la autoridad familiar corresponde a uno solo de los padres en los casos de exclusión, privación, o suspensión o extinción de la autoridad familiar del otro, y también cuando así se haya resuelto judicialmente*».

(115) El artículo 79.3 de la Ley 13/2006 de Derecho de la persona de Aragón precisa en este sentido que: «*La resolución judicial que establezca la privación o la suspensión de la autoridad familiar a ambos titulares, o al único titular de ellas, determinará el régimen de guarda o protección, y nombrará a la persona o personas que hayan de cumplir estas funciones. Si la resolución estableciera la autoridad familiar de otras personas, proveerá también sobre la administración y disposición de los bienes del menor*».

(116) De forma novedosa, el artículo 236-6.5 del Código Civil catalán posibilita que se pueda constituir la tutela ordinaria del menor en el propio procedimiento de privación de la patria potestad, previa audiencia de las personas legalmente obligadas a promover la constitución, si así se ha solicitado en la demanda de privación de la patria potestad.

(117) Vid. RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C., «La privación de la patria potestad», *op. cit.*, pág. 193; CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.^a, «Comentarios a los artículos 223 a 227 del Código

En el caso que se opte por la adopción del menor, los padres privados de la patria potestad por sentencia firme o que estén incurso en causa legal de privación, no tienen que asentir la adopción de sus hijos (art. 177.2 del Código Civil) (118). No obstante, para quienes se encuentren en este último supuesto señalado, si no se oponen a la adopción, podrán intervenir en el proceso, y se les citará en audiencia (119). Si se oponen, se suspenderá el procedimiento de adopción y habrá de resolverse ante el mismo juez en juicio verbal (art. 781 LEC), si el progenitor está o no incurso en causa de privación de la potestad (120). Si en la resolución se señala que está efectivamente incurso en causa de privación, se le dará audiencia.

Aunque se le prive de la patria potestad, el progenitor, por el hecho de serlo, tiene la obligación velar por el hijo y de prestarle alimentos (art. 110 del Código Civil) (121), descansando su fundamento en la relación de filiación, que como manifestamos al inicio de la exposición, se mantiene. No se limita esta presta-

Civil», en *Comentarios a las reformas de la nacionalidad y tutela*, coordinadores: Manuel AMORÓS GUARDIOLA y Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 285; ROGEL VIDE, C., «Comentario al artículo 226 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, T. I, Ministerio de Justicia, Madrid 1993, pág. 705.

(118) Vid. las sentencias de la Audiencia Provincial de Cuenca, de 18 de septiembre de 1997 (AC 1997/1751); de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 1.ª, de 26 de febrero de 1999 (AC 1999/3732); de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 6.ª, de 17 de marzo de 1999 (AC 1999/3713); de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 3.ª, de 28 de abril de 2000 (AC 2000/1892); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 3.ª, de 13 de septiembre de 2000 (JUR 2001/16782), no precisará el consentimiento de los padres biológicos del futuro adoptando, simplemente serán oídos por el Juez; de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 1.ª, de 30 de mayo de 2001 (AC 2001/1458); de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 5.ª, de 23 de octubre de 2002 (JUR 2003/70853); de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 4.ª, de 27 de febrero de 2003 (JUR 2003/196833); de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 5.ª, de 21 de abril de 2004 (JUR 2004/162398); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.ª, de 13 de marzo de 2006 (JUR 2006/160615); de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 2.ª, de 19 de febrero de 2007 (JUR 2007/274449); de la Audiencia Provincial de La Rioja, sección 1.ª, de 20 de febrero de 2007 (JUR 2007/249890); de la misma Audiencia y sección de 19 de marzo de 2007 (JUR 2007/248598); de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.ª, de 4 de junio de 2007 (JUR 2007/259692); de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 1.ª, de 25 de enero de 2008 (La Ley 6353/2008); de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 2.ª, de 17 de julio de 2008 (La Ley 162636/2008); de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.ª, de 22 de mayo de 2008 (La Ley 92171/2008), sólo es exigible la audiencia de la madre; de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6.ª, de 12 de noviembre de 2009 (La Ley 315734/2009); y de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1.ª, de 21 de enero de 2010 (La Ley 6770/2010).

(119) Vid. el Auto de la Audiencia Provincial de La Coruña, sección 4.ª, de 12 de febrero de 1994 (AC 1994/973); y por el más elemental respeto al principio de tutela judicial efectiva, el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 2.ª, de 14 de mayo de 1994 (AC 1994/1321).

(120) De no procederse así, se conculcaría gravemente el derecho fundamental de defensa (art. 24 de la CE), privándose al progenitor opuesto de su facultad de hacer alegaciones y proponer prueba, y habría que proceder, en consecuencia, a decretar la nulidad de las actuaciones.

(121) Vid. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., *La obligación legal de alimentos entre parientes*, La Ley, Madrid, 2002, pág. 48. Asimismo, vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sala 1.ª, de 5 de octubre de 1993 (RJ 1993/7464); la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 20 de abril de 2000 (AC 2000/4993); y la sentencia de la misma Audiencia y sección de 17 de mayo de 2005 (JUR 2005/183048).

ción de alimentos a la minoría de edad de los hijos, sino que alcanza también a los hijos mayores de edad, hasta que puedan proveerse por sí mismos a sus necesidades (122).

No obstante, como un derecho en beneficio del menor, no hay inconveniente para el progenitor privado de la patria potestad que, pueda relacionarse personalmente con el hijo cuya potestad no ostenta. Este derecho de visitas (art. 160 del Código Civil), en caso de concederse, debe ser respetado por el progenitor titular, y debe determinarse, siempre, en función de las causas de privación de la patria potestad, y pensando en lo que resulta más conveniente para el bienestar del menor (123). Por ello, este derecho de visitas puede

Se da cumplimiento así el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos que se recoge en el artículo 39.3 de la Constitución Española.

Por su parte, el artículo 111 en su último párrafo del Código Civil dispone, asimismo, para el supuesto de exclusión de la patria potestad que «*Quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos*».

(122) En esta línea, se manifestaba el derogado artículo 136.1 *in fine* del Código de Familia catalán: «*La privación no afecta a la obligación de hacer todo lo necesario por asistir a los hijos menores ni la de prestarles alimentos en el sentido más amplio*». Y el actual artículo 236-6.6 del Código Civil catalán al disponer: «*La privación de la potestad no exime a los progenitores de cumplir la obligación de hacer todo lo que sea necesario para asistir a los hijos, ni de prestarles alimentos en el sentido más amplio*».

Asimismo, el artículo 79.1 de la Ley 13/2006, de Derecho de la persona de Aragón, señala que: «*La privación o suspensión de la autoridad familiar no suprime las obligaciones de los padres establecidas en los artículos 55 y 56*».

El artículo 55 hace referencia a los Deberes de los padres e hijos: «*1. Padres e hijos se deben mutuamente, durante toda su vida, respeto, ayuda y asistencia.*

2. *El deber de asistencia comprende la obligación de prestar alimentos, y la de contribuir equitativamente, durante la vida en común, de acuerdo con sus posibilidades, a la satisfacción de las necesidades familiares*».

Por su parte, el artículo 56 señala que: «*Los padres, aunque no ostenten la autoridad familiar o no vivan con el hijo menor, tienen el derecho y la obligación de:*

a) *Velar por él.*

b) *Visitarlo y relacionarse con él.*

c) *Informarse recíprocamente, aun cuando vivan separados, acerca de la situación personal del hijo*».

(123) Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sala 1.^a, de 30 de abril de 1991 (RJ 1991/3108); y de 19 de octubre de 1992 (RJ 1992/8083); la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 2.^a, de 21 de octubre de 1993 (AC 1994/176); la sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila, de 2 de febrero de 1994 (AC 1994/943); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.^a, de 20 de abril de 2000 (AC 2000/4993), la conducta del padre no le hace acreedor de un derecho de visitas. En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.^a, de lo Civil, de 12 de julio de 2004 (La Ley 163830/2004), en interés del menor, se acuerda mantener el régimen de visitas señalado; y en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.^a, de 30 de marzo de 2010 (La Ley 43057/2010), ante la falta de concurrencia de causa que justifique la privación de la patria potestad del padre respecto a sus hijos, pretendida por la demandante, procede, en todo caso, aplicar un régimen restringido de visitas al padre, al efecto de no poner en peligro la integridad física y psíquica de los menores, cuyo interés preferente se salvaguarda.

Para los autores partidarios de un fundamento sancionador de la privación de la patria potestad resulta difícilmente comprensible que los progenitores sigan ostentando un derecho de visitas. Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario al artículo 160 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de Derecho de Familia*, T. II, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 1075.

suprimirse o limitarse autónomamente a través de los criterios del artículo 94 del Código Civil (124). Puede señalarse que el cumplimiento del mismo tenga lugar en el propio domicilio del cónyuge titular de la potestad; o del que se ha privado de la potestad; o en un punto de encuentro familiar. Todo lo que resulte más adecuado para el hijo menor de edad. Asimismo, tiene derecho a que le informen acerca de la educación, salud y, en general, del desarrollo intelectual, físico y psíquico de su hijo menor de edad, como de la gestión de su patrimonio. Igualmente, si el otro progenitor titular de la potestad o, en su caso, de las personas que han asumido las funciones de guarda (tutor), toman una decisión que resulte perjudicial para los intereses del menor, el progenitor privado de la potestad podrá solicitar al juez la adopción de medidas de protección previstas en el artículo 158 del Código Civil (vid. asimismo, el art. 167 del mismo cuerpo legal).

Por supuesto, no necesita el progenitor titular de la potestad contar con el consentimiento del progenitor privado de la potestad para adoptar cualesquiera decisiones, que afectan a la esfera personal y patrimonial del hijo menor de edad. Solo le queda al progenitor privado de la potestad, en los términos vistos, un control *ex post* frente a decisiones concretas que en el ejercicio de las facultades que comprende la potestad, puedan, precisamente, perjudicar al menor.

Ahora bien, a diferencia del deber de alimentos que corresponde cumplir al progenitor privado de la patria potestad, una obligación de la misma naturaleza decae y, en consecuencia, el correlativo derecho del progenitor no titular de la potestad de percibir alimentos de su hijo (menor o mayor de edad), y, en su caso, de reclamarlos judicialmente con éxito (art. 152.4 del Código Civil).

La extinción del derecho de alimentos se presenta ante la privación de la potestad, pues, como una sanción ante el comportamiento incumplidor del acreedor de derecho de alimentos que le hace indigno de recibir alimentos del hijo o de poderse los exigir judicialmente (125).

La privación de la potestad es, asimismo, causa de indignidad (art. 756.1 del Código Civil), son incapaces de suceder «los padres que abandonaren, pros-

No obstante, matiza SEISDEDOS MUÑO, A., «Comentario a la sentencia de 30 de abril de 1991», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 26, abril/agosto de 1991, págs. 574-575, que «el elemento decisivo no sería el indudable carácter sancionador que la privación de la potestad reviste en nuestro Derecho, sino estrictamente en la naturaleza de las causas que la motivan, desde el punto de vista del interés del menor. Efectivamente, dicha medida obedece siempre, incluso cuando la misma se adopta en un proceso penal o matrimonial, a un incumplimiento grave de los deberes inherentes a la patria potestad, a una conducta especialmente inadecuada e irresponsable de los padres (mal ejemplo constante, inducción a la realización de actos inmorales o delictivos, malos tratos, total despreocupación o abandono, etc.). Por tanto, aunque en principio se admita entre ambas facetas —derecho de visita y titularidad de la patria potestad—, lo que hay que preguntarse es si, en la práctica, las causas que determinan la privación de la patria potestad no habrán de determinar también, en la mayoría de los casos, la exclusión del derecho de visitas para la salvaguarda del interés del menor, interés prevalente en todo el ámbito de las relaciones paternofiliales».

(124) REBOLLEDO VARELA, A. L., «La privación de la patria potestad», *op. cit.*, pág. 58. Para CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., «La privación de la patria potestad», 2.ª ed., *op. cit.*, pág. 299, aún cuando se exige una valoración de cada caso particular, en muchas ocasiones las causas determinantes de la privación de la patria potestad, aconsejan, en beneficio del hijo, la *suspensión* del derecho de visitas.

(125) RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C., «La privación de la patria potestad», *op. cit.*, pág. 178.

tituyeren o corrompieren a sus hijos» (126); y desheredación (art. 854.1.^a del mismo cuerpo legal), en la sucesión del hijo (art. 756.1 del Código Civil) (127). Como es también causa de desheredación en la sucesión del cónyuge (art. 855.2.^a del citado Código) (128), siendo necesario en ambos casos que haya recaído sentencia.

Tienen tal medida efectos negativos para el progenitor privado de la potestad; no sólo en lo que implica la titularidad y el ejercicio de la misma, sino también en lo que representan las relaciones familiares y sucesorias de su hijo menor o mayor de edad (129).

Si bien, recordemos que la privación de la potestad de los progenitores no afecta al vínculo de filiación; de ahí que no se alteren los apellidos del menor —lo que no le impide a éste solicitar, una vez llegue a la mayoría de edad, la inversión del orden de los apellidos (art. 109.4 del Código Civil) (130)—; ni a la vecindad civil adquiridas por los hijos (art. 14.3 del citado cuerpo legal).

Finalmente, por resultar obvio en sí por lo que representa, el progenitor privado de la patria potestad no puede adoptar, pues, el artículo 176.1 exige expresamente *«la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad»*; ni tampoco puede ser nombrado tutor (art. 243.1 del Código Civil).

(126) El artículo 463 del *Codice Civile* hace referencia a determinadas conductas como causa de indignidad, algunas de las cuales se pueden subsumir en causa de privación de la potestad de los progenitores.

Así: *«È escluso dalla successione come indegno: 1) Chi ha volontariamente ucciso o tentato di uccidere la persona della cui successione si tratta, o il cónyuge, o un discendente, o un ascendente della medesima, purché non ricorra alcuna delle cause che escludono la punibilità a norma della legge penale. 2) Chi ha commesso, in danno di una di tali persone, un fatto al quale la legge penale dichiara applicabili le disposizioni sull'omicidio (...)»*.

(127) Dispone el artículo 263 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia que: *«Son justas causas para desheredar a cualquier legitimario:*

1.^a *Haberle negado alimentos a la persona testadora.*

2.^a *Haberla maltratado de obra o injuriado gravemente.*

3.^a *El incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales.*

4.^a *Las causas de indignidad expresadas en el artículo 756 del Código Civil* (BOE, núm. 191, de 11 de agosto de 2006, págs. 30073 a 30100).

(128) El artículo 111 del Código Civil, refiriéndose a la exclusión de la patria potestad, como ya manifestamos, dispone, asimismo, que el progenitor excluido *«no ostentará derechos por ministerio de la ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias»*, determinando una aplicación automática —«no ostentarán derechos»—, frente al supuesto de privación, que tan solo constituye causa de desheredación o indignidad, pero no de forma automática.

(129) El artículo 379 del *Code Civil* señala explícitamente: *«La déchéance prononcée en vertu de l'un des deux articles précédents porte de plein droit sur tous les attributs, tant patrimoniaux que personnels, se rattachant à l'autorité parentale; à défaut d'autre détermination, elle s'étend à tous les enfants mineurs déjà nés au moment du jugement.*

Elle emporte, pour l'enfant, dispense de l'obligation alimentaire, par dérogation aux articles 205 à 207, sauf disposition contraire dans le jugement de déchéance».

(130) Sin embargo, recordemos que, en el supuesto de exclusión de la patria potestad del artículo 111 del Código Civil, en su párrafo segundo dispone que: *«el hijo no ostentará el apellido del progenitor en cuestión más que si lo solicita él mismo o su representante legal»*.

4.8. PUBLICIDAD REGISTRAL DE LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

La privación de la patria potestad en cuanto hecho que afecta a la potestad, debe constar en el Registro Civil como inscripción marginal a la del nacimiento del menor de edad (art. 46.2 LRC). Y, debe constar, además, en el correspondiente Libro de Familia (art. 36.2 RRC) (131).

El hecho inscribible es la privación establecida en la correspondiente sentencia firme; de forma que será el Juez encargado de la ejecución de ésta, quien deberá promover la inscripción de tal medida, remitiendo para ello, de oficio, al encargado del Registro testimonio bastante de la resolución judicial (art. 25 LRC; y art. 524.2 LEC). Tras la notificación, el Juez encargado del Registro, en cumplimiento de su función calificador, examinará la competencia del Tribunal que ha dictado la resolución, así como la adecuación del procedimiento, y la autenticidad y formalidad del documento en el que conste la resolución.

V. LA EXCLUSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

El artículo 111 del Código Civil regula la hipótesis de privación originaria de la potestad paterna, disponiendo al respecto lo siguiente: *«Quedarán excluidos de la patria potestad y demás funciones tuitivas y no ostentarán derechos por ministerio de la Ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en su herencia, el progenitor: 1.º Cuando haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme; 2.º Cuando la filiación haya sido determinada contra su oposición»*.

Se trata de una medida que se impone por ministerio de la ley y no por sentencia, que opera en los dos supuestos indicados en el citado artículo 111, y que, como señala FUENTES NORIEGA se fundamenta en la desconfianza que suscita la conducta del progenitor al no haber querido asumir espontáneamente sus obligaciones hacia el hijo (132).

Se diferencia de la privación de la patria potestad: 1. En que constituye una privación de origen, *ad initio*, de la patria potestad y demás funciones tuitivas, lo que implica que el «excluido» nunca ha ostentado la patria potestad ni, por consiguiente ha llegado a ejercerla, sin que proceda su aplicación respecto de una filiación ya determinada e inscrita de la que, como efecto normal se derivaría la atribución de la patria potestad a los progenitores. De todas formas, la no atribución a uno de los progenitores de la patria potestad, supone la asunción completa de la misma por el otro, si la filiación está de-

(131) Por su parte, la Ley 1/2009, de 25 de marzo (BOE, núm. 73, de 26 de marzo de 2009, págs. 29137 a 29142), añade un nuevo artículo 46 bis en la Ley de 8 de junio de 1957 de Registro Civil, con la siguiente redacción: *«Los encargados de los Registros Municipales extenderán por duplicado las inscripciones marginales de la Sección I de modificaciones judicial de capacidad, así como las inscripciones de la Sección IV sobre constitución y modificación de organismos tutelares, prórroga o rehabilitación de la patria potestad, medidas judiciales sobre la guarda o administración de los presuntos incapaces o menores no sujetos a patria potestad...»* (la redondilla es nuestra).

(132) FUENTES NORIEGA, M., «La patria potestad compartida en el Código Civil español», *op. cit.*, pág. 196.

terminada respecto a él; 2. Se establece de manera automática, por imperativo legal, quedando el «excluido» apartado de los derechos hereditarios, legales o testamentarios, que pudieran corresponderle; a diferencia de la privación que requiere sentencia judicial que la establezca; 3. Se trata de una medida, en principio, irreversible, por cuanto no le es de aplicación la previsión contenida en el artículo 170.2 del Código Civil, relativa a la recuperación de la patria potestad; y, por ende, no sometida a revisión por parte del Juez; no obstante, tal premisa resulta posible que el representante legal del hijo o éste mismo una vez alcanzada la plena capacidad (por principio, mayoría de edad —art. 322 del Código Civil—), interesen que las restricciones establecidas en el artículo 111 dejen de producir efecto; 4. Conserva más claramente que la privación propiamente dicha la naturaleza de sanción al progenitor, en cuanto el interés del menor resulta objetivado en la imposición legal de la medida, sin que el Juez pueda valorar las concretas circunstancias del supuesto, pues comprobada la existencia de la premisa legal, se impone inexcusablemente la consecuencia de la privación originaria de la patria potestad, en beneficio o interés del menor (133).

No obstante, aún presentando diferencias con la privación, también comparte con la misma, caracteres comunes: 1.º) En ambos supuestos hay carencia de titularidad de la potestad; y, por ende, exclusión de las funciones tuitivas; y 2.º) Subsiste en ambos la obligación de velar por los hijos menores de edad no emancipados, y de prestar alimentos sobre la base legal en cuanto a la privación del artículo 110 del Código Civil; y de la exclusión en el artículo 111 último párrafo del citado cuerpo legal (134).

Sobre las bases expuestas, son dos los supuestos que el legislador ha establecido para determinar la exclusión de la patria potestad, y que hemos aludido en líneas precedentes: 1. En los casos en que la filiación queda determinada judicialmente contra la decisión del progenitor (135); 2. Ante una condena

(133) Vid. CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., «La privación de la patria potestad», 2.ª ed., *op. cit.*, págs. 127-128, quien, asimismo, precisa que la resolución judicial en la que se constate la existencia de alguno de los dos supuestos contenidos en el artículo 111 como causa de exclusión no debe contener un pronunciamiento que declare la exclusión; y de hacerlo, sería un pronunciamiento declarativo, no constitutivo; por su parte, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., «Comentario al artículo 111 del Código Civil», en *Comentario a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 820, califica la exclusión de medida sancionatoria respecto de los progenitores. Asimismo, vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de febrero de 1999 (*RJ* 1999/746); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 2.ª, de 28 de febrero de 2005 (*JUR* 2005/100899); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 2.ª, de 22 de marzo de 2005 (*JUR* 2005/119567).

(134) CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., «La privación de la patria potestad», 2.ª ed., *op. cit.*, pág. 129; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., «Comentario al artículo 111 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 822-823.

(135) Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 2 de febrero de 1999 (*RJ* 1999/746); y de 7 de julio de 2004 (La Ley 160711/2004); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 2.ª, de 1 de abril de 2003 (*JUR* 2003/203412); y de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 2.ª, de 28 de febrero de 2005 (*JUR* 2005/100899). Por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 2.ª, de 5 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003/62992), se desestima la exclusión al haberse determinado la filiación en un proceso judicial, solicitando el demandado someterse a la práctica de la prueba biológica; igualmente, en la

penal firme por delitos de maltrato familiar o violencia familiar, o de abuso de menores (136).

En ambos supuestos, el hijo no ostentará el apellido del progenitor excluido, salvo que el propio hijo, una vez alcanzada la mayoría de edad, o el representante legal de éste con aprobación judicial, soliciten que tal restricción no opere (art. 111.2, párrafos 1.º y 2.º del Código Civil).

En cuanto al procedimiento para la tramitación de la exclusión de la patria potestad es el procedimiento declarativo ordinario tanto si se plantea la pretensión de exclusión junto con una reclamación de filiación en la que se determine ésta con la oposición del progenitor demandado (art. 111.2.º del Código Civil), siendo, además, el pronunciamiento relativo a la exclusión imperativo para el órgano judicial, verificada la concurrencia de alguna de las circunstancias prevenidas en el citado artículo 111 del Código Civil; como si se formula autónomamente la petición de exclusión de la patria potestad —cuando el propio órgano judicial no incluya pronunciamiento en la resolución en la que se acuerda la determinación de la filiación, respecto del progenitor que se opone—, o en los casos de privación de la patria potestad *strictu sensu* (art. 170 del Código Civil).

VI. LA RECUPERACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

La recuperación o rehabilitación de la patria potestad sólo será posible si ha/n cesado la/s causa/s que dieron lugar a la adopción de una medida de protección como es, precisamente, la privación de la potestad y, por supuesto, resulta beneficioso para el interés del menor y no conlleva ningún perjuicio

sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 1.ª, de 30 de diciembre de 2002 (*JUR* 2004/984), no procede la exclusión inicial de la patria potestad, pues se ha determinado la filiación judicialmente sin oposición del demandado; y, asimismo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 2.ª, de 21 de noviembre de 2008 (La Ley 241346/2008), se rechaza la exclusión cuando, pese a la oposición de la demanda, el padre demandado admitió la existencia de relaciones íntimas en la época de la concepción del menor e interesa una sentencia acorde con el resultado de la prueba biológica a cuya práctica se somete. Por su parte, en la sentencia del tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 11 de mayo de 1995, se considera improcedente la aplicación analógica del artículo 111.2 del Código Civil en un supuesto en el que el progenitor ejercita acción de impugnación de la paternidad, desistiendo posteriormente del procedimiento; igualmente, en la sentencia de este mismo Tribunal y Sala, de 23 de julio de 1987, se desestima la petición de exclusión de la patria potestad interesada por la progenitora en un supuesto de impugnación sin éxito de la paternidad por parte del progenitor.

(136) Vid. las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 2.ª, de 2 de julio de 2004 (*JUR* 2004/217458); y de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 5.ª, de 3 de marzo de 2005 (*JUR* 2005/108728), se excluye la patria potestad ante los comportamientos sexualmente inadecuados del padre a la menor. Se constata que el padre, desde muy temprana edad, le realiza a la menor fotografías desnuda, en forma de posado, que acompañadas de los relatos de la pequeña zona de tocamientos en la zona genital y besos recibidos de su progenitor tanto en la boca como en otras zonas del cuerpo, permiten deducir comportamientos sexualmente inadecuados del padre a la menor, sin que estas conductas concurrentes puedan ser entendidas como dentro de la normalidad de la convivencia, de las atenciones cotidianas tales como el cambio de pañal, o el aseo, o de las manifestaciones de afecto.

para el mismo (137). El progenitor debe poder cumplir y asumir las obligaciones inherentes a la patria potestad (138).

La posibilidad de recuperación de la titularidad de la patria potestad por parte del progenitor privado determina la temporalidad de la privación, salvo que se haya procedido a la adopción del menor, en cuyo caso adquiere

(137) Vid. las sentencias de la Audiencia Provincial de Teruel, de 31 de mayo de 1994 (AC 1994/932); de la Audiencia Provincial de Huesca, sección única, de 25 de junio de 1999 (AC 1999/1477); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 7 de octubre de 1999 (AC 1999/1829); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.ª, de 22 de septiembre de 2001 (JUR 2001/327398); de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 4.ª, de 30 de junio de 2006 (JUR 2006/258863); y de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 2.ª, de 19 de diciembre de 2008 (La Ley 274665/2008); y el Auto de la Audiencia Provincial de Álava, de 30 de junio de 1994 (AC 1994/1031); y, el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 6.ª, de 8 de marzo de 2001 (AC 2002/260).

En la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 18 de mayo de 1992 (AC 1992/825), no procede la recuperación por falta de rectificación de la conducta anterior por parte de los progenitores; en el mismo sentido, se pronuncia el Auto de la Audiencia Provincial de Álava, de 4 de diciembre de 1992 (AC 1992/1681); por su parte, también se desestima la recuperación en la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, de 24 de julio de 2000 (JUR 2000/288151), por la necesidad de que los progenitores establezcan su vida personal, social, laboral y familiar; en la sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca, de 10 de mayo de 2001 (JUR 2001/212948), en interés de los menores, no procede la recuperación, pues, no es sólo que el progenitor privado de la patria potestad carezca de facultades para atender a unos menores a quienes siempre ha tenido en total abandono, sino que la situación actual de los menores, que rechazan a aquél como padre, sufrirían en caso de que se acordara la recuperación de la patria potestad sobre ellos, con indudables perjuicios para los mismos; igualmente, señalan que resulta improcedente la recuperación, las sentencias de la Audiencia Provincial de Palencia, sección única, de 18 de junio de 2001 (La Ley 1211891/2001; AC 2001/1546); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.ª, de 11 de enero de 2002 (JUR 2002/217752); de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 6.ª, de 26 de febrero de 2002 (JUR 2002/103771); de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 3.ª, de 27 de junio de 2002 (La Ley 121570/2002); de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.ª, de 13 de abril de 2005 (JUR 2005/129891); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.ª, de 19 de diciembre de 2006 (JUR 2007/75034); de la Audiencia Provincial de Navarra, sección 2.ª, de 2 de abril de 2007 (JUR 2007/282145); de la Audiencia Provincial de Girona, sección 1.ª, de 10 de octubre de 2007 (La Ley 318820/2007; JUR 2008/128210); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 9 de julio de 2008 (JUR 2009/243334); de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.ª, de 19 de noviembre de 2008 (La Ley 243317/2008); y de la Audiencia Provincial de Palencia, sección 1.ª, de 22 de octubre de 2009 (AC 2010/121), y, asimismo, los Autos de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 1.ª, de 12 de marzo de 2002 (JUR 2002/139094); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 31 de octubre de 2006 (JUR 2007/113839).

En el mismo sentido, se pronuncia el artículo 332 del *Codice Civile*: «*Il giudice può reintegrare nella potestà il genitore che ne è decaduto, quando, cessate le ragioni per le quali la decadenza è stata pronunciata, è escluso ogni pericolo di pregiudizio per il figlio*».

(138) Vid. RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C., «La privación de la patria potestad», *op. cit.*, págs. 199-200.

carácter permanente (139); y, asimismo, que aquélla no tiene carácter irreversible (140).

De todas formas, en el ámbito de la adopción y atendiendo al tenor literal del párrafo 2.º del artículo 170 del Código Civil, se ha planteado en la doctrina la cuestión de si los padres que perdieron la patria potestad de su hijo al ser adoptado por otra persona, la podrían recuperar en el supuesto que la adopción se extinga (art. 180.2 del Código Civil), o que los padres adoptivos mueran (art. 169.1.º del Código Civil), antes de que el hijo haya alcanzado la mayoría de edad. Con acertado criterio, se opta por una respuesta negativa, argumentando al respecto: «1.º Lo resuelto en realidad por este párrafo 2.º del artículo 170 no es sino una resolución a los supuestos que se contemplan en el párrafo anterior, es decir, los de privación total o parcial de las funciones que integran la patria potestad por razón del incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, pero no en los casos de extinción de ella, entre los que se encuentra precisamente la adopción; 2.º Por otra parte, si la adopción es causa de extinción de la patria potestad biológica, como dispone el propio Código, de igual forma que extinguida ésta ya que no puede resurgir aún cuando sin ser sustituida por la generada civilmente —o adoptiva— es jurídicamente lógico deducir que la extinción de la adoptiva no regenera *per se* la por naturaleza; 3.º Además, si como dispone el artículo 108 del Código Civil, la filiación biológica y la civil son iguales, si la muerte del padre o de la madre o de ambos por naturaleza produce la extinción de la misma (art. 169.1.º), y si la adopción es irrevocable (art. 180.1), no parece evidente que su extinción produzca los mismos efectos que por la naturaleza» (141). En consecuencia, al igual que, sucedería con la muerte de los padres biológicos, lo procedente es el nombramiento de tutor.

En todo caso, para que la recuperación surta efectos, se requiere la correspondiente resolución judicial que así la establezca (142). Resulta, por tanto, que

(139) Vid. el Auto de la Audiencia Territorial de Bilbao, sección 1.ª, de 30 de noviembre de 1987, en el que «el adoptante promotor del expediente es marido de la madre biológica de la adoptada, por quien contrajo matrimonio el 26 de septiembre de 1986, fecha desde la que viene ocupándose directa y conjuntamente con su esposa, de las funciones de educación, alimentación y en general de los intereses sociales de la niña. De este modo, la valoración ponderada y equilibrada de los intereses en juego, en particular, el del adoptando, lleva al Tribunal a estimar la adopción, en este caso, como un proceso congruente y conveniente, tendente a reforzar los vínculos paterno filiales ya existentes de hecho, dando a los mismos una vestidura legal de la que actualmente carece».

(140) Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.ª, de 26 de noviembre de 2008 (La Ley 295336/2008).

(141) CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., «La privación de la patria potestad», 2.ª ed., *op. cit.*, págs. 312-313.

(142) Señalaba, en esta línea, el derogado artículo 136 del Código de Familia catalán que: «2. La autoridad judicial debe acordar, en beneficio e interés de los hijos, la recuperación de la titularidad de la potestad, cuando haya cesado la causa que había motivado su privación». Igualmente, dispone el actual artículo 236.7 del Código Civil catalán: «La autoridad judicial debe disponer, si el interés de los hijos lo aconseja, la recuperación de la titularidad y, si procede, del ejercicio de la potestad parental, si ha cesado la causa que había motivado su privación».

Por su parte, dispone el artículo 77.2 de la Ley 13/2006, de Derecho de la persona de Aragón que: «Los Tribunales podrán, en interés del hijo, acordar la recuperación de la autoridad familiar cuando hubiere cesado la causa que motivó su privación».

Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, de 31 de mayo de 1994 (AC 1994/932); el Auto de la Audiencia Provincial de Álava, de 30 de junio de 1994

únicamente el órgano judicial puede acordar la recuperación de la patria potestad, atendiendo siempre al beneficio o interés del menor. No cabe una recuperación automática, a diferencia del proceso penal, pues, como ya se ha expuesto anteriormente, la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad es una medida temporal; basta que trascurra el período de condena, para que la recuperación de la potestad por el progenitor privado de ella tenga lugar automáticamente sin intervención judicial.

Como hemos señalado, la recuperación de la patria potestad requiere el cese de la causa que motivó la privación, extremo este que debe ser estimado por el Juez y probado por el progenitor, que pretende recobrar la patria potestad.

Se recupera tanto la titularidad como el ejercicio de la patria potestad. Si bien, no resulta desacertada la posición de quienes abogan por una recuperación progresiva y paulatina de las facultades que representan el contenido de la patria potestad (143). Aunque todo ello, en el fondo depende de lo que se considere más conveniente para el desarrollo integral del menor y de sus intereses.

Finalmente, la recuperación de la condición de titular de la patria potestad provoca, como efecto general, la cesación de la privación, y de sus específicos efectos. Así, decaerán la incapacidad para ser adoptante, e inhabilitación para el ejercicio de la tutela; y, también, devengarán ineficaces las causas de indignidad para suceder, y, los motivos que pudiesen justificar la desheredación (144).

(AC 1994/1031); la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, sección única, de 25 de junio de 1999 (AC 1999/1477); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, de 18 de noviembre de 2002 (JUR 2003/31421).

(143) RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C., «La privación de la patria potestad», *op. cit.*, pág. 201; FERRER I RIBA, J., «Comentario al artículo 137 del Código de Familia», en *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions Estables de Parella i a la Llei de Situacions Convivencials d'Ajuda mutua*, directores: Joan EGEA FERNÁNDEZ y Joseph FERRER RIBA, Tecnos, Madrid, 2000, pág. 645; CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., «La privación de la patria potestad», 2.^a ed., *op. cit.*, pág. 309.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 19 de julio de 1989, dispone que, comprobada la amonoriación de la gravedad de la causa que determinó la privación, no procede el alzamiento inmediato y absoluto de las cautelas y limitaciones en su día acordadas, sino el acudir a un régimen progresivo de adaptación de los hijos a la compañía de sus padres, acentuando la intervención de éstos en el cuidado y guarda de los menores, si la adaptación se va produciendo, o disminuyendo, e incluso suspendiendo, la intervención de los padres en tal guarda, cuando la salud mental o física de los niños así lo aconsejen.

(144) Para SERRANO ALONSO, E., «Comentario a los artículos 170 a 172 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, T. II, coordinador: Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 469, en el supuesto de desheredación sostiene que, si el causante, conocedor de la recuperación de la patria potestad, no rectifica el contenido del testamento en el sentido de suprimir la desheredación del privado, la desheredación persiste válida y debe mantener su eficacia; sin embargo, como precisa CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., «La privación de la patria potestad», 2.^a ed., *op. cit.*, págs. 315-316, *nota* 334, para mantener la vigencia de la causa de desheredación, lo que se requiere es que el afectado por la misma haya sido privado de la patria potestad y que no se mantenga la medida de la privación al tiempo en que la causa de desheredación debe ser eficaz, es decir, el momento de la apertura de la sucesión del causante, que es el hijo respecto de cuya potestad resultó privado su progenitor ahora desheredado; por su parte, VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al artículo 854 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. XI, 2.^a ed., Edersa, Madrid, 1982, pág. 576, afirma que la cesación de la privación no parece que pueda ser excluyente de la desheredación fundada en aquella privación.

Por otra parte, la recuperación de la patria potestad determinará el cese de la tutela (art. 277.1 del Código Civil) (145); y del acogimiento, si se hubiera constituido (146).

VII. LA EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

Pese a la rúbrica del capítulo IV del Título VII: «De la extinción de la patria potestad», los tres preceptos (art. 169 a 171) que lo conforman, no contempla, sin embargo, todos ellos supuestos de extinción, pues, solo el artículo 169 se limita a enumerar las causas de extinción propiamente dichas, de la patria potestad, que conlleva una pérdida total o definitiva de la titularidad y, que no tiene connotaciones punitivas, ya que, como hemos analizado en el anterior apartado, a la privación de la patria potestad se refiere el artículo siguiente.

Son causas de extinción de la patria potestad: 1.º Por la muerte o la declaración de fallecimiento de los padres o del hijo; 2.º Por la emancipación; y 3.º Por la adopción del hijo (147).

La muerte de los padres y del hijo, como la adopción que da lugar a la ruptura de todo vínculo jurídico con la familia de origen, salvo en supuestos excepcionales, sin perjuicio de constituirse la patria potestad en la nueva familia, y la emancipación, cuando ésta tiene carácter irrevocable, constituyen los supuestos normales de extinción total y definitiva de la patria potestad, sin connotaciones punitivas. Mientras que la declaración de fallecimiento con la posibilidad de reaparición del fallecido supone más un caso de suspensión que de extinción de la patria potestad; al igual que la emancipación tácita o de hecho (art. 319), que al ser revocable resulta más adecuado considerar que estamos ante un supuesto de suspensión de la misma (148).

De todas formas no sólo la denominación del Título VII es poco rigurosa, por lo expuesto en líneas precedentes, sino que, además, como señala LACRUZ BERDEJO la enumeración no resulta nada convincente, sino más bien bastante deficiente, pues, «mientras la muerte del hijo o la de los padres extingue la institución, la del padre o la madre no la extingue, no causa más que pérdida, pues, da lugar a la concentración, cuando vive el otro progenitor y está en situación legal de ejercerla; si no la estuviere, la patria potestad se extingue no sólo por muerte, sino por privación y suspensión, pues, la tutela es una institución distinta, aunque sucedánea; por otra parte, tampoco la adopción extingue, en cuan-

(145) Precisa LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 277 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. IV, Edersa, Madrid, 1985, pág. 411, que se trata de una causa de extinción en relación con cualquier tutelado. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, sección 2.ª, de 30 de noviembre de 2000 (*JUR* 2001/254670).

(146) Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 18 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003/31421), conlleva la cesación del acogimiento por la entidad pública acogedora.

(147) El artículo 46.2 de la LRC señala que «*Cuantos hechos afecten a la patria potestad, salvo la muerte de los progenitores, se inscribirán al margen de la inscripción de nacimiento de los hijos*».

(148) En este sentido, BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., «Comentario al artículo 169 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coordinador: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Aranzadi Thomson-Reuters, Navarra, 2009, pág. 302; RUBIO SAN ROMÁN, J. I., «Comentario al artículo 169 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1526.

to al hijo, la patria potestad» (149). En efecto, únicamente la muerte o declaración de fallecimiento de ambos progenitores determina la extinción de la patria potestad, pues, en otro caso, la patria potestad se concentrará en el sobreviviente —art. 156, párrafo cuarto del Código Civil (150)—; y con respecto a la adopción, ésta no extingue en todos los supuestos la patria potestad, pues, aunque conforme el artículo 178 del Código Civil, la adopción supone la ruptura de los vínculos del adoptado con la familia de origen, y, por tanto, la extinción de ésta con respecto a la misma (151); sin embargo, el artículo 169.2 contienen dos excepciones: cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante, y cuando uno sólo de los progenitores esté legalmente determinado, y el adoptante sea de distinto sexo que dicho progenitor; en estos casos, subsiste la patria potestad del progenitor compartida con el adoptante, a pesar de la adopción. No hay pérdida o extinción de la patria potestad, sino la constitución de una patria potestad dual. En todo caso, la adopción, salvo en los supuestos reseñados, implica la extinción de vínculos del adoptante con la familia de origen, y, a la vez, supone la constitución de una nueva patria potestad a favor de la familia adoptante (152).

Aunque la muerte del hijo supone la extinción de la patria potestad, se echa en falta en el Código Civil, como señala CASTÁN VÁZQUEZ una medida relativa a los posibles negocios en marcha, como lo hace el Derecho alemán, que obliga a los padres a gestionar los negocios que no puedan aplazarse sin peligro, hasta que el heredero pueda ulteriormente adoptar cuidados (153).

Finalmente, en cuanto a la emancipación, si bien, no se regula dentro del Título VII, relativo a la patria potestad, ni a continuación del mismo, sino en el Título XI, bajo la rúbrica «De la mayor edad y de la emancipación», en cualquiera de los supuestos contenidos en el artículo 314 del Código Civil, supone la extinción de la patria potestad, sin quedar sometido a tutela, ya por mayoría de

(149) LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 409.

(150) Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.^a, de 24 de julio de 2008 (La Ley 135098/2008), se extingue la patria potestad por muerte del padre, y ante la incapacidad de la madre de hacerse cargo del cuidado y atención de su hijo, y de cumplimentar los deberes inherentes a la patria potestad, por su adicción al consumo de productos tóxicos y a su estado depresivo; asume la tutela la administración pública.

(151) Vid. las sentencias de la Audiencia Provincial de Girona, sección 1.^a, de 19 de febrero de 1999 (AC 1999/4398); de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.^a, de 29 de junio de 2000 (JUR 2001/38115); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 3.^a, de 11 de noviembre de 2000 (JUR 2001/76811); de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6.^a, de 6 de septiembre de 2002 (JUR 2003/17027); y de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 2.^a, de 18 de marzo de 2010 (JUR 2010/176125).

(152) Para CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.^a, «Comentario al artículo 169 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 del Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 573, señala que no hay una verdadera extinción, o al menos ésta no es absoluta, sino relativa, ya que los menores seguirán sometidos a la patria potestad, aunque bajo otros ejércientes; se trata, pues, para los padres por naturaleza, de un modo extrajudicial de pérdida de su patria potestad.

(153) CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.^a, «Comentario al artículo 169 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 572.

(154) CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.^a, «Comentario al artículo 169 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 572. Para PUIG FERRIOL, L., «Comentario al artículo 169 del Código Civil», en *Comen-*

edad, ya por matrimonio y concesión paterna o judicial. En todo caso, supone una extinción definitiva, pues, la emancipación no puede ser revocada (art. 318), salvo el supuesto de emancipación tácita, que conforme al artículo 319 del Código Civil tiene lugar cuando el hijo mayor de dieciséis años con el consentimiento de sus padres vive independientemente de éstos, pues, en este tipo de emancipación, los padres pueden revocar su consentimiento, por lo que, no hay una extinción definitiva de la patria potestad (154).

No obstante, como precisa LACRUZ BERDEJO, esta emancipación de hecho puede plantear problemas y ocasionar cierta inseguridad, cuando la revocación paterna no es obedecida por el hijo, si el padre no le obliga actuando judicialmente, pues, cabe preguntarse: ¿si se entenderá revocado el consentimiento paterno o concedido de nuevo, por la abstención del titular, y, aunque sea contra su voluntad? (155).

De todas formas, aunque la mayoría de edad supone la extinción de la patria potestad para todos los efectos (arts. 315 y 322 del Código Civil) (156); no excluye la subsistencia de la misma cuando el hijo menor hubiera sido incapacitado, prorrogándose la patria potestad de forma automática al alcanzar la mayoría de edad (patria potestad prorrogada); o de rehabilitarse aquélla a causa de la ulterior incapacitación del hijo soltero, que viviera con sus padres (art. 171 del Código Civil). En todo caso, finaliza la patria potestad prorrogada o rehabilitada: 1.º Por muerte o declaración de fallecimiento de ambos padres o del hijo; 2.º Por la adopción del hijo; 3.º Por haberse declarado la cesación de la incapacidad (art. 761 LEC); 4.º Por haber contraído matrimonio el incapacitado. Si al cesar la patria potestad prorrogada subsistiere el estado de incapacitación, se constituirá la tutela, o curatela, según proceda (157).

En todo caso, la extinción de la patria potestad conlleva unos efectos liquidadores de la situación paterno-filial extinguida, pues el artículo 168 del Código Civil establece la obligación para quienes han ostentado la patria potestad de rendir cuentas de su gestión respecto de los bienes pertenecientes al hijo. Para ello dispone éste de una acción para exigir el cumplimiento de tal obligación, que prescribe a los tres años. Asimismo, el citado precepto en su apartado segundo establece un supuesto especial de responsabilidad de los titulares de la patria potestad, ante la pérdida o deterioro de los bienes pertenecientes al hijo

tario a las reformas de Derecho de Familia, T. II, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 1236, el caso de emancipación por vida independiente hay que entenderlo como un supuesto de suspensión de la patria potestad, en el que los padres la siguen ostentando, aunque estén de acuerdo en no ejercerla en tanto consienten en que el menor haga la vida independiente, terminando tal suspensión en el instante en que los padres revoquen el consentimiento.

Por su parte, LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 319 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. IV, Edersa, Madrid, 1978, pág. 519, considera discutible que en este supuesto exista una verdadera emancipación, pese a la literalidad del precepto que hoy la regula.

(155) LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 411.

(156) Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de marzo de 1993 (RJ 1993/2394).

(157) La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, de 22 de enero de 2010 (La Ley 20195/2010), se priva al padre de la patria potestad respecto de su hijo mayor de edad declarado incapaz, dadas las circunstancias concurrentes en el grupo familiar, las relaciones entre el padre y el hijo, y la actual situación material y personal afectante a este último, el cual se encuentra internado.

por dolo o culpa grave. Ha de observar una diligencia de un buen padre de familia y cuidar de los bienes como si fueran propios.

Ahora bien, si al término de la patria potestad no se rinde cuentas y no se entregan los bienes y los padres continúan administrando los bienes en virtud del silencio o la aquiescencia de los hijos, para Díez-Picazo y Gullón Ballesteros, desde el punto de vista jurídico, se abre una nueva situación a la que hay que aplicar las reglas del contrato de mandato (158).

RESUMEN

PATRIA POTESTAD ADOPCIÓN

Superada la configuración romana de la patria potestad, como poder determinante de la sujeción del pater familias, quien ejercía una suerte de derecho subjetivo de naturaleza cuasi pública sobre los hijos y descendientes, actualmente, la patria potestad se concibe como un «derecho-deber» o como un «derecho-función», que debe ser ejercitada en beneficio de los hijos menores no emancipados, y que conlleva la atribución a los progenitores de ciertos derechos a los efectos de poder cumplir los deberes que les incumbe respecto de los hijos (art. 154 del Código Civil). Asimismo, como institución básica del orden social-familiar, se desprende su intransmisibilidad, irrenunciabilidad e imprescriptibilidad. La titularidad y el ejercicio de la patria potestad corresponden, como regla general, conjuntamente a los progenitores —patria potestad dual—, sin perjuicio del ejercicio individual en determinados supuestos. De cualquier forma, su ejercicio está sometido a la intervención y vigilancia de la autoridad judicial, así, como en su caso, de la Administración Pública. Desde las anteriores consideraciones, el presente estudio se centra en el análisis de las diferentes situaciones anómalas que, pueden afectar a la patria potestad, bien en su titularidad y ejercicio,

ABSTRACT

PATRIA POTESTAS ADOPTION

Under Roman law, patria potestas was the power of the pater familias to exert a sort of subjective, quasi-public right over his children and descendants. Patria potestas now, however, is conceived as a «right/duty» or «right/function» that must be exercised by a parent to benefit his or her unemancipated underage children. It entails certain rights for parents, enabling them to discharge their duties to their children (Civil Code, article 154). Moreover, as a basic institution of society and the family, patria potestas cannot be transferred to another person or waived, and it never lapses. Ownership and exercise of patria potestas fall, as a general rule, jointly to both parents (dual patria potestas), without prejudice to individual exercise in certain cases. At all events, its exercise is subject to intervention and monitoring by judicial authorities and, where appropriate, by the administration. After reviewing these considerations, this paper focuses on looking at the different anomalous situations that may affect patria potestas. Such situations may affect the ownership and exercise of patria potestas: Exceptional measures may be taken by a court, such as stripping the parents of patria potestas when their behaviour involves gross, repeated breach of parent/child duties,

(158) Díez-Picazo, L., y Gullón Ballesteros, A., «Sistema de Derecho Civil», vol. IV, «Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 269.

adoptando para ello judicialmente, una medida excepcional como la privación de la patria potestad, cuando el comportamiento de aquéllos suponga un incumplimiento grave y reiterado de los deberes paterno-filiales, poniendo en peligro el desarrollo integral de los hijos menores de edad y siempre pensando en el propio interés y beneficio de éstos, todo ello sin perjuicio de poder recuperar la patria potestad cuando desaparezca la causa que motivó tal privación; o suponer su exclusión, o simplemente, por concurrir los diversos supuestos establecidos en el artículo 169 del Código Civil, su propia extinción; o bien, nos encontramos ante situaciones que solo afectan al ejercicio de la patria potestad, lo que conlleva su modificación, cuando se den determinados supuestos, o, en su caso, su suspensión, todo ello, llevando a cabo un referencia exhaustiva a las diferentes posiciones doctrinales y pronunciamientos judiciales más relevantes existentes en relación con la materia objeto de análisis.

endangering the comprehensive development of underage children; the court so doing will always bear in mind the interests and benefit of the children, and the parents may recover their patria potestas if and when the grounds for its removal disappear. Alternatively, patria potestas may be excluded; or the various cases established in article 169 of the Civil Code may be attendant, thus requiring the extinction of patria potestas. In other scenarios, the situation may affect only the exercise of patria potestas, which would entail a modification of patria potestas in certain cases and suspension in others. Exhaustive reference is made to the different positions espoused in doctrine and the most-significant court pronouncements in connection with the subject.

1.3. Derechos reales

LA INSCRIPCIÓN DE LA CLÁUSULA DE SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Antonio de Nebrija

SUMARIO: I. LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA: CONCEPTOS GENERALES: 1. ESTRUCTURA DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA. 2. CLASES: A TÉRMINO Y CONDICIONAL. 3. FIDEICOMISO DE RESIDUO.—II. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD REGISTRAL EN LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA: LA PREVIA NECESIDAD DE DETERMINACIÓN CIVIL.—III. REQUISITOS DE LA INSCRIPCIÓN DE LA CLÁUSULA DE SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA: 1. LA NECESIDAD DE QUE LA CLÁUSULA SEA EXPRESA. 2. INSCRIPCIÓN A TRAVÉS DEL MISMO TÍTULO EN CUYA VIRTUD SE PRÁCTICÓ LA INSCRIPCIÓN A FAVOR DEL FIDUCIARIO. 3. NECESIDAD DE DETERMINAR NOMINATIVAMENTE LOS

SUSTITUTOS.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. INDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA: CONCEPTOS GENERALES

La sustitución fideicomisaria se encuentra regulada en nuestro Derecho, en el artículo 781 del Código Civil, prevista por el testador que dispone de su herencia o de determinados bienes para después de su muerte a favor de varias personas de forma sucesiva. De tal forma que primero se llamará a uno de ellos y, a continuación, muerto el primero, o llegado el día que se señaló por el testador, será llamado a suceder el segundo de ellos —destinatario final de los bienes—, debiendo el primero conservar los bienes que se le transmiten para poder entregárselos al segundo llamado.

Esta especial sustitución *mortis causa* debe aparecer reflejada en el Registro de la Propiedad, cuando los bienes que deben transmitirse sean inmuebles. Al tener el primer llamado la obligación de conservar y transmitir ese bien al segundo, se restringe o limita la facultad de enajenar sobre el mismo, y por tanto, debe quedar constancia frente a terceros de este dato, y de que los bienes solo son de forma «transitoria» propiedad del primer llamado, pues siempre pasarán a los sucesivos.

Por eso, estudiamos en estas líneas las peculiaridades de dicha sustitución, y los requisitos que deben cumplirse para poder reflejar dicha cláusula en el Registro, como consecuencia de la aplicación del principio de especialidad registral a la misma, que es base necesaria para su perfecta oponibilidad *erga omnes*.

El fideicomiso tiene su origen en el Derecho romano, donde se contemplaba como el encargo o mandato que hacía el testador al nombrado heredero de que transmitiera los bienes relictos a un tercero que no era llamado como sucesor, pero sí era el beneficiario de los mismos. Se hacía así porque normalmente el beneficiario o fideicomisario no era persona capacitada para suceder como heredero al causante, y por eso se nombraba heredero a otro, encargándole, expresamente, que a su muerte, entregara esos bienes al destinatario final. «El heredero (fiduciario) es una especie de pantalla, un simple intermediario entre el causante y aquél a quien favorece realmente la liberalidad (fideicomisario)» (1).

Esta figura, como indica su nombre (*fides*: fe, confianza; *commissus*: encargo o comisión), se basa en la confianza en una persona a la que se atribuye ese encargo de transmitir unos bienes determinados al verdadero destinatario, pues esa es la verdadera voluntad del fideicomitente.

Esa disposición de bienes al fiduciario para que luego los traspase al fideicomisario, se recoge —como ya hemos dicho— en el Código Civil español, como disposición *mortis causa*, en el artículo 781. La sustitución fideicomisaria es una sustitución testamentaria, en virtud de la cual existen dos herederos sucesivos: uno, el primero (fiduciario), que adquiere los bienes, y en segundo lugar (fideicomisario), el segundo heredero que los recibirá a la muerte del primero. Dos son, por tanto, los llamamientos, y dos los herederos, si bien, el segundo solo lo será a la muerte del primero. Se diferencia de la sustitución vulgar, en que en ésta se nombran dos herederos, y el segundo solo lo será ante

(1) LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, V, Madrid, 2002, pág. 270.

la imposibilidad de suceder del primero, bien por incapacidad o bien por premoriencia; no son sucesivos, sino alternativos (uno en defecto de otro, y no uno tras otro). Aunque nada impide que si el fiduciario no pudiera o no llegara a suceder al causante (fideicomitente), el fideicomisario fuera el único heredero a través de una sustitución vulgar.

El artículo 781 del Código Civil puede dar lugar a confusión por su redacción, pues no se trata de un heredero que transmite la propiedad de los bienes al segundo, sino que el segundo los adquiere de forma directa del testador en virtud de la Ley; y tampoco hay ningún encargo real —como ocurría en sus orígenes romanos—, sino que más bien se trata de un gravamen impuesto al fiduciario (2).

La sustitución fideicomisaria es, en definitiva, una carga para el primer heredero (fiduciario), y una limitación a la libre circulación de los bienes, ya que se sustraen del libre tráfico al imponerse por el testador su destino, y por eso, entendemos que es imprescindible su reflejo registral en el asiento correspondiente.

1. ESTRUCTURA DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

a) *Sujetos*

Las partes intervinientes en el fideicomiso son hasta cuatro.

Por una parte, nos encontramos con el fideicomitente, que es la persona que establece el llamamiento sucesivo de los dos herederos tras su muerte. Es el causante de la sucesión y propietario de los bienes y derechos que se van a transmitir. Debe tener el pleno dominio sobre los mismos y la facultad de disposición sobre ellos.

En segundo lugar, está el fiduciario, que es el primer heredero llamado, que debe conservar los bienes que recibe para que luego se transmitan al segundo heredero, fideicomisario. Puede ser cualquier persona física o jurídica. El fiduciario es verdadero propietario de los bienes que forman el fideicomiso, aunque lo sea de forma claudicante (pues puede estar sometido a término o condición); pero adquiere la propiedad del causante y en las mismas condiciones que tenía éste.

El fideicomisario es la persona que recibe los bienes en segundo lugar, pero directamente del causante, pues así lo ha dispuesto en su testamento, y él será el propietario final de los mismos.

El beneficiario puede coincidir con el fideicomisario cuando el fideicomiso se establezca en su favor, pero puede ser persona distinta, cuando el fideicomisario deba emplear los bienes en beneficio de un tercero, sin que sea el destinatario de los mismos.

Conviene insistir y remarcar la idea de que en el fideicomiso existen dos herederos sucesivos. Ambos, fiduciario y fideicomisario, tienen este carácter, y por tanto los dos necesitan de la capacidad para suceder, y ambos suceden al causante (fideicomitente). Por este motivo, el fideicomisario no sucede ni trae causa nunca del fiduciario, y en consecuencia ambos sujetos deben sobrevivir al causante en cualquier caso (3).

(2) LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, V, ob. y loc. cit.

(3) OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada*, Madrid, 1957, pág. 266; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, V, ob. cit., pág. 272.

b) *Objeto: la obligación de conservar*

El objeto del fideicomiso son bienes y derechos; y pueden ser todos los bienes y derechos del testador, o solo parte de ellos.

Además, y con relación a los bienes, existe una obligación por parte del fiduciario de conservarlos hasta su muerte o fin del término o condición establecida para transmitirlos por entero al fideicomisario (STS de 4 de marzo de 1952).

Ahora bien, no es necesario que en la institución se imponga expresamente esa obligación de conservar y restituir los bienes al fideicomisario, bastando que su voluntad aparezca claramente manifestada (SSTS de 6 de abril de 1954 y 25 de octubre de 1954).

La obligación de conservar los bienes obliga al fiduciario a comportarse con diligencia para que los bienes no se deterioren ni se pierdan, y le impide disponer de los mismos.

No obstante, parte de la doctrina considera que esta obligación de conservar y restituir los bienes que tiene el fiduciario no es de esencia en las sustituciones fideicomisarias, si no que sirve para diferenciar dentro de ellas, las que contienen esa obligación (sustitución fideicomisaria propia) y las que no (impropias, que será el fideicomiso de residuo) (4); compartimos esta tesis, como se irá viendo a lo largo de este trabajo.

c) *Límites*

El artículo 781 del Código Civil establece los límites del fideicomiso, ya que no puede olvidarse que no se puede limitar la facultad de disposición indefinidamente, ya que el dominio se presume libre de cargas.

Por eso, si se nombra fideicomisario entre personas vivas, no existe limitación alguna, y pueden hacerse los llamamientos sucesivos que se tenga por conveniente, ya que al vivir todas ellas, como mucho, el fideicomiso durará una generación —hasta que mueran— y los bienes quedarán liberados. Pero, si los sucesivos llamados fueran personas no nacidas, no existentes todavía, el llamamiento debe limitarse a dos «grados».

Este límite de dos grados tradicionalmente se equiparó a dos «generaciones» familiares; es decir, que era posible establecer como fideicomisario a dos personas de dos generaciones subsiguientes que todavía no tenían existencia, pero no más. Después, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han considerado que los dos grados que suponen el límite del fideicomiso deben interpretarse como dos «llamamientos», y no generaciones familiares, pues nada impide que los llamados a suceder sean personas ajenas a la familia (SSTS de 23 de junio de 1940, 6 de marzo de 1944, 28 de febrero de 1949, 4 de noviembre de 1975, 31 de enero de 1980, y 17 de febrero de 1994).

Por lo tanto, puede establecerse una sustitución fideicomisaria sin límite si se trata de personas vivas, y además dos llamamientos a favor de personas no nacidas. Sin embargo, el concebido no nacido —*nasciturus*— a estos efectos debe considerarse como persona nacida (art. 29 CC), y en consecuencia los límites serán de dos llamamientos de personas ni siquiera concebidas.

(4) LÓPEZ LÓPEZ, J., «La regulación del fideicomiso de residuo en el Código Civil español», en *Anuario de Derecho Civi*, 1955, pág. 785; y VALLET DE GOYTISOLO, J., *Estudios de Derecho de Sucesiones*, I, *Fundamento*, Madrid, 1982, pág. 485.

d) *Forma*

El fideicomiso ha de ser siempre expreso, tal y como se desprende de los artículos 783.1 y 785.1 del Código Civil, y ha corroborado la jurisprudencia en multitud de ocasiones (STS de 27 de julio de 1991, y RDGRN de 4 de enero de 1994), y analizaremos con detalle en el epígrafe III, pues la necesidad de su forma expresa, no es sino requisito del principio de determinación, imprescindible para poder cumplir y aplicar las exigencias del principio de especialidad registral.

En resumen, y después de lo que se acaba de explicar, se puede decir que los caracteres o elementos necesarios del fideicomiso propio, tal y como recoge la jurisprudencia, son los siguientes: «duplicidad de llamamientos en la disposición testamentaria; obligación de conservar y restituir todo o parte de la herencia deferida al beneficiario del primer llamamiento y orden sucesorio en la transmisión» (STS de 27 de septiembre de 1935). Por lo tanto, dos llamamientos —dos herederos— sucesivos dentro del segundo grado, y obligación de conservar y restituir los bienes (STS de 4 de marzo de 1952). Si hablamos de fideicomiso en general, incluyendo el de residuo, los únicos elementos básicos serán los llamamientos múltiples y el orden sucesorio, excluyendo la obligación de conservar y restituir.

2. CLASES: A TÉRMINO Y CONDICIONAL

a) *Fideicomiso a término*

La sustitución fideicomisaria se produce normalmente cuando el fiduciario muere, y entonces, el segundo llamado adquiere los bienes, que conserva normalmente durante su vida. Ahora bien, puede establecerse, asimismo, el fideicomiso a término. En este caso, el fiduciario adquiere los bienes desde la muerte del causante y los transmitirá al fideicomisario llegado el día señalado (por ejemplo: Sea heredero A, y a los diez años, sea B). Para ello no será necesario que el fideicomisario viva al cumplirse el plazo, bastará con que sobreviva al testador (art. 784 CC).

b) *Fideicomiso condicional*

En este supuesto la sustitución puede someterse a condición suspensiva o resolutoria.

Si la condición es suspensiva, al cumplirse ésta, el fideicomisario adquirirá los bienes de la herencia, hasta entonces en poder del fiduciario. Para ello, si será necesario que el fideicomisario viva al tiempo de cumplirse la condición, ya que si muere antes no transmitirá derecho alguno a sus sucesores y se aplicará el 759 del Código Civil.

Por otra parte, puede someterse la sustitución fideicomisaria a condición resolutoria, que afectará tanto al fiduciario como al fideicomisario. En estos casos, ambos actuarán y serán verdaderos propietarios de los bienes hasta el cumplimiento de la condición, que resolverá su titularidad sobre los mismos, pero que no impedirá la enajenación de los bienes por sus titulares antes de cumplirse la condición, eso sí, sujetas también a resolución.

3. FIDEICOMISO DE RESIDUO

Se trata de aquella sustitución en la que el testador expresamente permite al fiduciario disponer de los bienes que forman el fideicomiso. De esta forma, el fideicomisario recibirá únicamente los bienes que resten o queden tras las enajenaciones hechas por el fiduciario. En definitiva, se dispensa al fiduciario de la obligación de conservar y restituir los bienes recibidos.

El fideicomiso de residuo tiene su fundamento en el artículo 783.2 del Código Civil, en el que se recuerda la obligación del fiduciario de entregar la herencia al fideicomisario, sin deducciones o enajenaciones, salvo «en el caso que el testador haya dispuesto otra cosa». Por lo tanto, si expresamente el testador autoriza al fiduciario a disponer y enajenar, en ese caso, puede hacerlo, y solo vendrá obligado a entregar al fideicomisario lo que quede.

Como ya hemos dicho, se duda si el residuo es una modalidad de sustitución fideicomisaria, o si por el contrario es una institución autónoma e independiente; otro tipo de sustitución. La doctrina ha discutido al respecto y desde estas líneas se defiende que se trata de un tipo especial de sustitución fideicomisaria —impropia—; existiendo, por tanto, dos tipos de modalidades de la sustitución fideicomisaria: la propia, que incluye la obligación de conservar, y la de residuo —o impropia—, que obliga al fiduciario a entregar solamente el residuo. Eso sí, debe establecerse de forma expresa (a favor: LÓPEZ, LACRUZ BERDEJO y VALLET DE GOYTISOLO; en contra: DOMÍNGUEZ REYES) (5).

La autorización de disponer puede ser total, de forma que el fiduciario no tiene trabas a la hora de realizar las disposiciones, o bien, la facultad de disposición puede estar restringida a diversos casos, como puede ser: solo se autoriza a disponer en caso de necesidad, o solo mediante actos *inter vivos* a título oneroso, o se autoriza a disponer por actos *inter vivos* o *mortis causa*. En cualquiera de estas opciones, se pretende que los fideicomisarios reciban un mínimo causal hereditario.

II. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD REGISTRAL EN LA SUSTITUCION FIDEICOMISARIA: LA PREVIA NECESIDAD DE DETERMINACIÓN CIVIL

El principio de especialidad registral supone que todos los elementos de la situación jurídico-real inscribible queden perfectamente determinados. Esto supone que el ámbito de este principio excede, a veces, del propio derecho real que se refleja en el documento que se presenta a inscripción, pues es necesario determinar —como consecuencia de la aplicación del principio de especialidad registral—, no solo el derecho real, sino todas aquellas situaciones jurídico-reales que deban ser oponibles a tercero. Y consecuentemente, quedarán fuera de su ámbito las circunstancias, situaciones o pretensiones que no deban ser oponibles, aunque aparezcan reflejadas en el documento que se presenta.

(5) Véase, a favor de la tesis, a LÓPEZ LÓPEZ, J., «La regulación del fideicomiso de residuo en el Código Civil español», en *Anuario de Derecho Civil*, ob. cit., pág. 785; VALLET DE GOYTISOLO, J., *Estudios de Derecho de Sucesiones*, I, ob. cit., pág. 485; y LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, V, ob. cit., pág. 283. En contra, véase a DOMÍNGUEZ REYES, F., «La enajenación de la herencia en la sustitución fideicomisaria y en el fideicomiso de residuo», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 682 (2004), págs. 971-1014.

La cláusula de sustitución fideicomisaria, como ya hemos dicho, supone una limitación a la facultad de enajenar del primer llamado, y por lo tanto, es necesario que dicha cláusula llegue al Registro de la Propiedad, pues limita la transmisión de los bienes inmuebles fideicomitidos a favor de un tercero.

La toma de razón en el Registro de la cláusula de sustitución fideicomisaria es exigencia del principio de especialidad registral, y se practica —su inscripción— para dar debido cumplimiento a este principio, con la finalidad de que la sustitución sea oponible a terceros.

Este es, entonces, uno de los supuestos que sirve para delimitar correctamente el principio de especialidad registral, que tiene un alcance más amplio que el de la determinación —o especialidad civil— de los propios derechos reales, afectando a toda situación inscribible.

Luego, la inscripción de esta «situación jurídica» —no es un derecho real—, es consecuencia del principio de especialidad registral, como presupuesto de la oponibilidad registral *erga omnes*, y por tanto, necesaria para conseguir ésta.

Todo ello nos lleva a defender que el ámbito de aplicación del principio de especialidad registral es mucho más amplio que el derecho real *strictu sensu*, y abarca a todo aquello que deba ser oponible a terceros, y por tanto, todas esas situaciones que deban ser oponibles, deben quedar perfectamente determinadas.

Esta tesis se defendió en otro trabajo, pero transcribimos, a continuación, alguno de sus razonamientos, pues sirven para explicar con claridad el verdadero ámbito del principio de especialidad, y cómo el supuesto que analizamos es prueba de dicho ámbito extenso del principio de especialidad registral (6):

«La situación jurídica que el Registrador lleva a los libros (objeto del acta de inscripción) resulta de dos precedentes: la situación previa que consta en el Registro y el nuevo negocio que consta en el documento presentado.

Esa nueva situación jurídica que se inscribe es la que va a gozar de la publicidad registral y va a ser, por tanto, oponible frente a terceros.

La necesidad de determinación de la situación jurídica puede no ser la misma que la del derecho real contenido en el documento presentado a su inscripción; puesto que el título justifica la inscripción, pero no la determina. Luego, sí podríamos hablar de un principio de especialidad propiamente hipotecario, como requisito de la inscripción, diferente (a veces) de aquél del derecho real.

Esa especialidad registral es necesaria en toda situación jurídica que se inscribe, o sea, en el objeto de la publicidad. Pues solo así se hace posible la oponibilidad de la misma, y la seguridad del tráfico.

Sí, además, tenemos en cuenta que, muchas veces, el contenido de esa relación o situación jurídica inscribible no son derechos reales, ni siquiera a veces, derechos, sino situaciones que son oponibles por que así lo determina la ley (demandas, declaraciones de incapacidad, prohibiciones de disponer, condiciones suspensivas o resolutorias, modificaciones formales de fincas, derechos reales en formación, derechos personales: crédito hipotecario, pagos garantizados con garantía

(6) GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., *El principio de especialidad registral*, Madrid, 2005, págs. 100-103.

real, derechos personales simplemente oponibles, como el arrendamiento) (7), hemos de concluir que el principio de especialidad registral no es, o no coincide con el básico principio de especialidad civil. Cuando hablamos de principio especialidad hipotecario lo hacemos como requisito de la inscripción y no del documento, porque mal va a ser la especialidad propia de los derechos reales la que se exija en la inscripción, cuando éstos no son el objeto único de la misma (o sea de la publicidad registral).

Por tanto, el principio de especialidad registral solo puede consistir en la necesidad de determinar todo aquello que deba tener oponibilidad *erga omnes*. Coincidiendo, por tanto, con el concepto que de este principio apuntamos al inicio de este trabajo: la necesidad de concretar los elementos de la situación o relación jurídico-registral».

Sin embargo, en el supuesto que se analiza, la especialidad civil coincide con la registral, pues el derecho real que accede al Registro está también perfectamente determinado en el título formal que se presenta, pues en el mismo es necesario que conste de forma expresa dicha sustitución fideicomisaria.

En este caso, el Registrador inscribirá el derecho configurado a través de la sustitución fideicomisaria, que ya consta en el documento que se presenta a inscripción, sin necesidad de concretar nada más, pues «la situación jurídico-real inscribible, es decir, aquello que debe ser oponible a terceros, está perfectamente determinada, y la publicidad podrá producir sus efectos. Luego, si el objeto del documento que recoge el negocio jurídico real, coincide con el objeto de la inscripción (situación jurídica oponible), en este caso, sí podríamos decir que la especialidad del derecho, del negocio, coincide o es la misma que la especialidad registral (8)».

La necesaria especialidad registral coincide en este caso con la especialidad civil, presupuesto ineludible de la misma. Y no solo eso, sino que ésta es requisito básico para la aplicación de aquella; pues, como veremos a continuación, y señala el artículo 82 RH, cuando se inscriba una herencia o legado con sustitución fideicomisaria, es necesario inscribir la cláusula que la recoja, y para ello, es requisito que la cláusula de sustitución fideicomisaria sea expresa, conste en el propio documento, pues de otro modo sería imposible.

III. REQUISITOS DE LA INSCRIPCIÓN DE LA CLÁUSULA DE SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

1. LA NECESIDAD DE QUE LA CLÁUSULA SEA EXPRESA

Corresponde en este epígrafe analizar brevemente los requisitos de inscripción de la sustitución fideicomisaria. El artículo 82 RH establece cómo debe practicarse ésta: En primer lugar, el artículo 82 RH declara que «en las ins-

(7) Véase, en este sentido, sobre la oponibilidad de determinados derechos personales y su inscripción en el Registro a: PÉREZ GARCÍA, M. J., *Derechos de crédito y Registro de la Propiedad*, Madrid, 2004.

(8) GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «El principio de especialidad registral», *ob. cit.*, pág. 96.

cripciones de herencia o legado con sustitución fideicomisaria que se practiquen a favor de los fiduciarios, se hará constar la cláusula de sustitución».

Como ya hemos dicho, esta exigencia es consecuencia del principio de especialidad registral —que alcanza también a esta cláusula—, pues solo si se inscribe la cláusula de sustitución fideicomisaria, es posible hacerla oponible a terceros. Dotarle de oponibilidad es necesario, pues con ella se limita la facultad de enajenar del fiduciario —en cuanto que tiene la obligación de conservar los bienes para el fideicomisario—, y por tanto debe aparecer en el Registro, ya que limita su derecho de propiedad adquirido por herencia o legado.

Para poder hacer constar en el Registro dicha cláusula, es requisito imprescindible que aparezca recogida en el documento que se presenta a inscripción; es decir, que sea expresa, pues de otra forma resultará imposible al Registrador toma razón de aquélla.

La necesidad de que la sustitución fideicomisaria sea expresa, además de ser requisito para la inscripción como consecuencia de la especialidad registral, es requisito de la especialidad civil, y esto se deduce del artículo 783.1 del Código Civil, que exige para la validez de los llamamientos a la sustitución fideicomisaria, que sean expresos. Además, el artículo 785.1.º del Código Civil afirma que no surtirán efecto «las sustituciones fideicomisarias que no se hagan de una manera expresa».

Ahora bien, la exigencia legal de que las sustituciones fideicomisarias sean expresas, no quiere decir que solo lo serán aquellas que aparezcan denominadas literalmente con ese nombre, sino que según establece el propio artículo 785.1.º, y de la interpretación doctrinal y jurisprudencial se deduce que también se consideran expresas las sustituciones fideicomisarias siguientes:

- a) Aquéllas que se nombran de forma literal con la expresión de «sustitución fideicomisaria»; es decir, a las que se les da tal nombre (art. 785.1.º CC).
- b) Las que sin utilizar literalmente la expresión «sustitución fideicomisaria», utilizan otras expresiones semejantes de las que se pueda interpretar claramente que se quiso esa sustitución. Por ejemplo, y como señala ALBALADEJO (9), «vinculación fideicomisaria» o «fideicomiso sucesorio».
- c) Aquéllas en las que se imponga expresamente al sustituido la obligación de entregar los bienes a un segundo heredero, aunque no se nombren literalmente como tales (art. 785.1.º CC). En este supuesto, nada obsta para que se empleen expresiones equivalentes a las utilizadas en el artículo 785, como si se ordena que «tales bienes, llegado el día o cumplido el evento, pasen a otros sucesores» (10).
- d) Pero, también se puede considerar que una sustitución fideicomisaria es expresa cuando, como dice LACRUZ BERDEJO (11), el testador haga un llamamiento sucesivo y temporalmente limitado a varias personas, aunque no se utilicen expresiones literales, ni se imponga expresamente la obligación de entrega de los bienes. En estos casos, se interpretará la voluntad del testador, y si se deduce que tal era su voluntad, habrá una sustitución fideicomisaria expresa.

(9) ALBALADEJO GARCÍA, M., «Comentarios a los artículos 781 a 784», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo 10.º, vol 2.º, Madrid, 1994.

(10) LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, V, ob. cit., pág. 273.

(11) LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, V, ob. y loc. cit.

La jurisprudencia ha confirmado la necesidad de que la sustitución fideicomisaria se establezca de forma expresa (STS de 27 de julio de 1991, y RDGRN de 4 de enero de 1994), pero igualmente admite que deben considerarse como expresas y verdaderas sustituciones fideicomisarias, aquellos supuestos en los que el testador establece llamamientos sucesivos, aunque no los nombre de esta forma. En este sentido, conviene analizar la doctrina de la STS de 25 de octubre de 1954.

Se somete a examen del Tribunal Supremo la siguiente cláusula testamentaria:

«Declaro y constituyo heredera universal de todos mis bienes existentes ya en fincas urbanas, terrenos, dinero, acciones de cualquier sociedad, muebles, mulas, aperos de labranza y todos los demás bienes que sean de mi propiedad, en recompensa de sus leales servicios a mi criada María Candelas G. T., y al fallecimiento de ésta a los cuatro sobrinos de ésta mancomunadamente que le sobrevivan y en la actualidad habitan en mi compañía, Julia G. M., Juana M., Evaristo y Eladia M. G.».

El Tribunal consideró que esta cláusula constituía una verdadera sustitución fideicomisaria, pues entendió que «el testador cumplió sustancialmente los requisitos exigidos para que pueda tener lugar la sustitución fideicomisaria al hacer un doble llamamiento sobre los mismos bienes en favor de personas distintas sucesivamente, las unas fideicomisarias mancomunadamente, según expresa después de la muerte de la primeramente instituida o fiduciaria, debiendo entenderse que asimismo, se ha cumplido con lo dispuesto en el artículo 781 en relación con el número 1.º del 785 en cuanto a la obligación impuesta al sustituido de entregar los bienes a un segundo heredero toda vez que sus propios términos al decir que al fallecimiento de la primera heredera, instituye herederos de esos mismos bienes y con el mismo carácter y extensión a los llamados en segundo término, lleva implícita esta obligación de conservar, e impide admitir que le atribuye un poder de disposición que no se consigna en la disposición testamentaria y a lo que se opone por tanto el artículo 783, párrafo 2.º, sin que conforme a la doctrina de esta Sala se requiera que en la disposición testamentaria se empleen por el testador las mismas palabras que la disposición legal expresa, bastando con que su voluntad aparezca claramente manifestada, como en este caso ocurre, lo que hace procedente estimar este motivo del recurso». Reiteran esta doctrina de que existe sustitución fideicomisaria cuando el testador llama como herederos a distintas personas de forma sucesiva y temporalmente limitada las SSTS de 13 de diciembre de 1974 y 17 de febrero de 1994.

En el mismo sentido, la RDGRN de 4 de enero de 1994, y ante la siguiente cláusula testamentaria: «instituye herederos, a partes iguales, a sus hermanos de doble vínculo Enrique y Dolores... y al fallecimiento de ambos les sustituye por sus sobrinos carnales Fernando y María Luz», consideró que se trataba de una sustitución fideicomisaria y no vulgar, pues entendió que había un verdadero llamamiento sucesivo. Sus palabras son las siguientes:

«Es sabido que el Código Civil ordena que los llamamientos a la sustitución fideicomisaria sean expresos —cfr. arts. 783 y 785— ya sea

dándole ese nombre, ya imponiendo al sustituido la obligación terminante de conservar y entregar los bienes a un segundo heredero.

Sin embargo, abundantes pronunciamientos jurisprudenciales consideran que tal requisito se halla implícito en el llamamiento sucesivo en cuanto éste supone necesariamente la obligación de conservar y entregar. Se considera, por ello, que la abolición por los redactores del Código Civil de los llamamientos conjeturales o sobretenidos no debe ser confundida con la interpretación *in re ipsa*, del testamento que permita inferir una inequívoca voluntad del ordenante en favor de la sustitución fideicomisaria.

Por ello, el empleo de la expresión —ciertamente parca— «a su fallecimiento» —vid. sentencia de 25 de octubre de 1954 (*RJ* 1954/2862)— junto con el nombramiento y previsión temporal de actuación de los albaceas nombrados —«desde el último fallecimiento que ocurra de la testadora o sus hermanos»— permiten una hermenéutica favorable a que la intención de la testadora al otorgar su última voluntad era imponer una sustitución fideicomisaria».

En perfecta consonancia con la necesidad de que las sustituciones fideicomisarias sean expresas, está la vieja regla de que en caso de duda sobre las mismas, se estará contra ellas.

Es decir, si las sustituciones fideicomisarias son expresas, o así se interpreta porque de las palabras del testador se infiere claramente esa voluntad, no hay problema para su admisión, pero si existe duda sobre si estamos ante una sustitución fideicomisaria o no, se aplicará la vieja regla *in dubio contra fideicomisum*, o sea, ante la duda, contra el fideicomiso.

Por lo tanto, si del tenor de la propia disposición testamentaria no queda clara la voluntad del causante sobre si quiere un llamamiento sucesivo o uno alternativo, habrá que estar ante una sustitución vulgar o una herencia libre. Esto es así porque al ser la sustitución fideicomisaria una «carga» para el fiduciario, que limita su facultad de enajenar ya que le impone la obligación de conservar los bienes, debe interpretarse siempre restrictivamente, aplicando el viejo aforismo.

Numerosa jurisprudencia avala esta postura, considerando que, en caso de duda, hay que estar contra la sustitución fideicomisaria: véase, entre otras, las siguientes sentencias y resoluciones: 12 de junio de 1928; 8 de julio de 1929; 20 y 25 de abril de 1951; 13 de mayo de 1957; 20 de diciembre de 1957; 3 de julio de 1963; 19 de noviembre de 1964; 17 de enero de 1968; 13 de diciembre de 1974; 31 de enero de 1980; 9 de junio de 1987, y las RRDGRN de 25 de junio de 1895; 11 de julio de 1923 y 8 de mayo de 1924.

Como resumen de lo dicho: la sustitución fideicomisaria debe ser expresa, y por eso la cláusula que la establezca deben ser clara. Si quedara alguna duda, y no fuera clara e inequívoca su existencia, se debe interpretar de forma restrictiva, y se estará contra ella. Por otra parte, algún sector doctrinal considera que esta misma regla puede aplicarse también para el fideicomiso de residuo:

El artículo 785.3.º del Código Civil establece que la facultad de disposición en la sustitución fideicomisaria debe establecerse también de forma expresa, y nos planteamos, si en el caso de duda, por no expresarse tal facultad, o no resultar del todo clara, debemos interpretar a favor o en contra de la existencia del fideicomiso de residuo.

Dos son las posturas que existen en torno a este asunto:

- a) La defendida mayoritariamente por la doctrina, y por VALLET DE GOYTISOLO (12), que aplica la regla *in dubio contra fideicomissum*, exactamente igual que en el caso anterior. Este caso es una concreción de la regla anterior, y si existe duda sobre si estamos ante un fideicomiso normal o de residuo, siempre en contra del fideicomiso normal, y por tanto prevalecerá el fideicomiso de residuo, que reestablece la facultad de enajenar del primer llamado.
- b) ALBALADEJO (13), por su parte, defiende la tesis contraria, y afirma que «en la duda contra el fideicomiso de residuo». Comparto la postura de este autor en el sentido que él defiende, pues considera que si ya hay sustitución fideicomisaria —no cabe duda sobre ella—, lo normal entonces es que se quiera como tal, y con sus efectos típicos que son la obligación de conservar los bienes para el fideicomisario, y no la excepción que, dentro de la misma, supone el residuo. La regla general *contra fideicomissum* debe aplicarse cuando haya duda sobre la propia existencia del fideicomiso, pero no si éste es indubitado.

Además, y como bien señala este autor, el artículo 783.2.º del Código Civil, que da lugar a la admisión del fideicomiso de residuo, exige que el mismo sea expreso, pues así se deduce del artículo al decir que el fiduciario deberá «entregar toda la herencia... salvo en el caso que el testador haya dispuesto otra cosa». Luego, es necesario que conste que el testador le permite disponer de los bienes, y le otorga tal facultad que, en otro caso, no le corresponde.

De este modo y como dice ALBALADEJO: «cuando esta facultad no conste, y no consta si es dudosa, hay que restituir toda la herencia, luego en la duda, hay que decidirse por la restitución normal y no por la de residuo».

La Resolución de 25 de abril de 1911 parece, sin embargo, que se inclina por la primera tesis, en el sentido de que en caso de duda entre un fideicomiso normal o de residuo, interpreta que se ha establecido un fideicomiso de residuo, en contra del «normal». No obstante, ALBALADEJO (14) entiende que en esta resolución no se está aplicando la regla «en la duda contra el fideicomiso», sino que en ese supuesto de hecho concreto «se hizo así, pero por considerar que el texto del testamento mas bien aconsejaba en el caso estimar realmente querido el fideicomiso de residuo».

En cualquier caso, sea una sustitución fideicomisaria normal o de residuo, debe establecerse siempre de forma expresa para dar debido cumplimiento al principio de determinación civil, requisito previo, en este caso de la especialidad registral.

(12) VALLET DE GOYTISOLO, J., *Estudios de Derecho de Sucesiones*, I, *Fundamento*, Madrid, 1982.

(13) ALBALADEJO GARCÍA, M., «Comentarios a los artículos 781 a 784», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ob. cit.

(14) ALBALADEJO GARCÍA, M.: «Comentarios a los artículos 781 a 784», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ob. cit.

2. INSCRIPCIÓN A TRAVÉS DEL MISMO TÍTULO EN CUYA VIRTUD SE PRATICÓ LA INSCRIPCIÓN A FAVOR DEL FIDUCIARIO

Cuando llegado el día, o cumplida la condición, los bienes deban pasar al fideicomisario, y corresponda, entonces, inscribirlos a su favor, no será necesario un nuevo título para esta inscripción, bastando el mismo —el testamento— que sirvió para practicar la inscripción a favor del primer llamado.

Esto es así porque el fideicomisario es heredero directo del causante —fideicomitente— y no del primer heredero —fideicomisario—; luego el título que necesitará para inscribir a su favor será el propio testamento.

En consecuencia, si faltara la inscripción a favor del fiduciario porque, o bien, no llegó a heredar, o bien, no se inscribió su derecho, podrá practicarse la inscripción a favor del fideicomisario sin que sea precisa la previa inscripción a favor del fideicomitente, y sin que esto suponga tampoco una falta de tracto sucesivo, pues éste se cumple perfectamente. El adquirente que inscribe —fideicomisario— lo hace del último titular registral (art. 20 LH).

En este sentido, se manifiesta la RDGRN de 10 de noviembre de 1998, afirmando que para inscribir a favor de un legatario fideicomisario la finca, no es necesaria la previa inscripción a favor del fiduciario, sino que basta la inscripción a favor del primitivo causante o fideicomitente, que es a quien sucede dicho fideicomisario, por lo que el tracto sucesivo del artículo 20 LH es aplicable en dicho sentido.

Eso sí, a ese título deberán acompañarse los documentos o títulos que acrediten que la transmisión de los bienes del primer llamado al segundo ha tenido lugar.

3. NECESIDAD DE DETERMINAR NOMINATIVAMENTE LOS SUSTITUTOS

Por último, el artículo 82 RH establece, para cualquier tipo de sustitución hereditaria —vulgar o fideicomisaria— que se inscriba la necesidad de que los sustitutos aparezcan designados nominativamente, es decir, perfectamente determinados por sus nombres.

Es una consecuencia más del principio de especialidad registral que exige la determinación de los sujetos de los derechos o de las situaciones jurídicas inscribibles en consonancia con el artículo 9.4.^a LH y 51.9.^a RH, que exigen la perfecta designación de los sujetos de los derechos reales a través de su nombre y apellidos, y demás circunstancias requeridas.

Si esas personas no estuvieran claramente identificadas o designadas, pues hemos visto que se permite el llamamiento a favor de personas futuras, no nacidas, o determinables con posterioridad, habrá que determinarlos de alguna forma, en aras del principio de especialidad.

Por eso, el artículo 82.3.º RH establece que esa determinación se haga a través de actas de notoriedad, tramitadas conforme al Reglamento notarial (art. 209 RN), si así fuera suficiente. Este precepto tendrá especial aplicación en los casos de fallecimiento del fiduciario sin dejar hijos, o si mueren antes de llegar a la edad que se estableció para la sustitución, cuando al establecerse la sustitución no fueran designados nominativamente, sino de forma genérica —por ejemplo, «dejo heredero a mi hijo Pepe y a su muerte a sus hijos»— (RDGRN de 21 de febrero de 1992).

Si de la propia cláusula de sustitución o de la Ley fuera necesario acudir a otro medio de prueba, se estará a los mismos.

IV. CONCLUSIONES

1. La sustitución fideicomisaria implica un llamamiento sucesivo de varios herederos, con la obligación impuesta al primero de ellos de conservar los bienes transmitidos, para entregarlos al fideicomisario, verdadero destinatario de los mismos.
2. Esto supone, entonces, una limitación a la facultad de enajenar del primer instituido o fiduciario.
3. La toma de razón en el Registro de cláusula de sustitución fideicomisaria es exigencia del principio de especialidad registral, y se practica—su inscripción— para dar debido cumplimiento a este principio, con la finalidad de que la sustitución sea oponible a terceros.
4. Este es, entonces, uno de los supuestos que sirve para delimitar correctamente el ámbito del principio de especialidad registral, que tiene un alcance más amplio que el de la determinación —o especialidad civil— de los propios derechos reales, afectando a toda situación inscribible.
5. Sin embargo, en el supuesto que se analiza, la especialidad civil coincide con la registral, pues el derecho real que accede al Registro está también perfectamente determinado en el título formal que se presenta, pues en el mismo es necesario que conste de forma expresa dicha sustitución fideicomisaria.
6. Que la cláusula de sustitución sea expresa significa que se recoja literalmente con ese nombre, pero también en su sentido más amplio, que se deduzca claramente que esa fue la voluntad del testador, según lo dispuesto en el testamento.
7. Otra exigencia derivada de la aplicación del principio de especialidad, además de la necesidad de cláusula expresa, es que es preciso determinar nominativamente a los sustitutos, y si no aparecieran así designados en el documento que se presenta a inscripción, deberá hacerse a través de actas de notoriedad.
8. Queda patente la necesidad de que se inscriba la cláusula de sustitución fideicomisaria, y las implicaciones registrales que ello supone en cuanto al principio de especialidad, oponibilidad y consecuentemente fe pública.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M.: «Comentarios a los artículos 781 a 784», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo 10.º, vol 2.º, Madrid, 1994.
- DÍAZ ALABART, S.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir.: M. ALBALADEJO GARCÍA, tomo 10.º, vol. 2.º, Madrid, 1994.
- DÍEZ PICAZO, J. L., y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, IV, Madrid, 1992.
- DOMINGO AZNAR, A.: *El fideicomiso y la sustitución fideicomisaria*, Madrid, 1999.

- DOMÍNGUEZ REYES, F.: «La enajenación de la herencia en la sustitución fideicomisaria y en el fideicomiso de residuo», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 682 (2004), págs. 971-1014.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.: *El principio de especialidad registral*, Madrid, 2005.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, V, Madrid, 2002.
- LÓPEZ LÓPEZ, J.: «La regulación del fideicomiso de residuo en el Código Civil español», en *Anuario de Derecho Civil* (1955), pág. 755 y sigs.
- OSSORIO MORALES, J.: *Manual de sucesión testada*, Madrid, 1957.
- PÉREZ GARCÍA, M. J.: *Derechos de crédito y Registro de la Propiedad*, Madrid, 2004.
- VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Estudios de Derecho de Sucesiones*, I, *Fundamento*, Madrid, 1982.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

1. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

12 de junio de 1928; 8 de julio de 1929; 27 de septiembre de 1935; 23 de junio de 1940; 6 de marzo de 1944; 28 de febrero de 1949; 20 y 25 de abril de 1951; 4 de marzo de 1952; 6 de abril de 1954; 25 de octubre de 1954; 13 de mayo de 1957; 20 de diciembre de 1957; 3 de julio de 1963; 19 de noviembre de 1964; 17 de enero de 1968; 13 de diciembre de 1974; 4 de noviembre de 1975; 31 de enero de 1980; 9 de junio de 1987; 31 de enero de 1989; 27 de julio de 1991, y 17 de febrero de 1994.

2. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

25 de junio de 1895; 5 de abril de 1911; 11 de julio de 1923; 8 de mayo de 1924; 21 de febrero de 1992; 4 de enero de 1994, y 10 de noviembre de 1998.

RESUMEN

SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA INSCRIPCIÓN

La cláusula de sustitución fideicomisaria implica un doble llamamiento hereditario a favor de dos personas sucesivas, de forma que el primer heredero debe conservar los bienes para transmitirlos al segundo. Esto supone una limitación del poder de disposición del primer llamado —fiduciario— sobre dichos bienes que debe conservar para entregar al segundo —fideicomisario—. Por eso, es necesario que di-

ABSTRACT

BENEFICIARY SUBSTITUTION REGISTRATION

The beneficiary substitution clause implies a double call for two successive persons to inherit, such that the first heir must keep the assets in question in order to pass them on to the second. This means a limitation of the power of the first (called «the trustee») to dispose of the said assets, which he or she must keep in order to deliver to the second («the beneficiary»). For that reason, when the said clause affects

cha cláusula conste y se inscriba en el Registro de la Propiedad cuando afecte a bienes inmuebles. Se analizan en este trabajo los requisitos de dicha inscripción, y la especial aplicación del principio de especialidad registral a la misma, derivada de la propia necesidad de determinación civil de la sustitución fideicomisaria.

immovable property, it is necessary for the clause to be placed on record and entered in the property registration system. This paper looks at the requirements for such entries and the special application of the rule of specificity to the parties stated in such entries, stemming from the beneficiary substitution arrangement's own need for exact identification under civil law.

1.4. Sucesiones

**EL LLAMAMIENTO DE LOS HIJOS EN LA SUSTITUCIÓN
FIDEICOMISARIA CONDICIONAL SI SINE LIBERIS DECCESERIT:
IGUALDAD EN MATERIA SUCESORIA Y PROHIBICIÓN DE
DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE FILIACIÓN ADOPTIVA**

por

MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ

Profesora Contratada Doctora

del Departamento de Derecho Civil de la UNED

Secretaria IDADFE

SUMARIO: I. EL FIDEICOMISO SI SINE LIBERIS DECCESERIT COMO SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA CONDICIONAL: 1. RELEVANCIA PRÁCTICA E INCORPORACIÓN EXPRESA DE LA SUSTITUCIÓN DE SI EL FIDUCIARIO FALLECIERE SIN HIJOS; 2. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, FIDEICOMISO SOMETIDO A CONDICIÓN Y SU PURIFICACIÓN: LOS NIETOS DEL DISPONENTE COMO FIDEICOMISARIOS; 3. LÍMITES A LOS LLAMAMIENTOS Y SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA COMO PROHIBICIÓN DE DISPONER.—II. REVISIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE EL FIDEICOMISO CONDICIONAL: LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL HABRÁ DE HACERSE EN EL MOMENTO DE SU CUMPLIMIENTO: 1. PRELIMINAR. 2. HIJOS E HIJAS ADOPTIVOS: IGUALDAD Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN: 2.1. *La STS de 6 de febrero de 1997*. 2.2. *La SAP de Barcelona, de 29 de septiembre de 2000*. 2.3. *La STS de 28 de junio de 2002*. 2.4. *Caso Pla y Puncernau contra Andorra. STEDH de 13 de julio de 2004*. 2.5. *STS de 15 de diciembre de 2005*. 2.6. *STS de 29 de septiembre de 2009*.—III. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD: LA INTERPRETACIÓN TAMBIÉN ESTÁ SOMETIDA AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SI EL ORIGEN DE LA DISCRIMINACIÓN RESIDE EN EL ÓRGANO JUDICIAL: 1. *La STC 9/2010, de 27 de abril de 2010, y el momento temporal del control de constitucionalidad de las disposiciones testamentarias*. 2. *El testamento, su interpretación y la búsqueda de la voluntad del momento del otorgamiento*.—IV. RECAPITULACIÓN CRÍTICA SOBRE EL ORDEN PÚBLICO CONSTITUCIONAL Y LAS DISPOSICIONES GRATUITAS. ¿HACIA LA ELIMINACIÓN DE TODA FORMA DE DISCRIMINACIÓN INCLUIDAS LAS PRIVADAS?—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. EL FIDEICOMISO *SI SINE LIBERIS DECCESERIT* COMO SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA CONDICIONAL

1. RELEVANCIA PRÁCTICA E INCORPORACIÓN EXPRESA DE LA SUSTITUCIÓN DE *SI EL FIDUCIARIO FALLECIERE SIN HIJOS*

La institución testamentaria de los fideicomisos ha protagonizado un intenso debate y una irregular atención doctrinal, pasando de la prolífica literatura jurídica del Derecho intermedio, a un relativo ostracismo contemporáneo, censurada como desencadenante de pobreza y desigualdad al sustraer del tráfico económico buena parte de los bienes de las grandes fortunas (1).

Empero, la evolución y recorrido de la figura no había concluido, resurgiendo en los últimos tiempos gracias al fideicomiso previsto por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, mediante el que se autoriza el gravamen del tercio de legítima estricta en ciertos supuestos, renovándose simultáneamente el interés de los estudiosos acerca de su configuración y utilidad técnicas (2).

Con todo y si se ha puesto en duda la relevancia de la sustitución fideicomisaria, lo cierto es que el fideicomiso testamentario *si sine liberis decceserit*, ha tenido y tiene transcendencia —pero no única— entre la *praxis* notarial catalana y balear.

2. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, FIDEICOMISO SOMETIDO A CONDICIÓN Y SU PURIFICACIÓN: NIETOS DEL DISPONENTE COMO FIDEICOMISARIOS

El principio de autonomía de la voluntad en el ámbito testamentario, autoriza la sustitución en la que, en términos generales están involucrados, con ciertos matices, tres sujetos distintos, a saber: el *heredero o fiduciario*, quien sucede en primer lugar a su *causante o fideicomitente* y el *fideicomisario*, que recibirá el patrimonio fideicomitado tras el fiduciario.

(1) Vid. ROCA-SASTRE, «El fideicomiso *si sine liberis decceserit* y el Código Civil», en *RCDI*, 1956; LACRUZ BERDEJO, «La cláusula *si sine liberis decceserit* en el Derecho aragonés», en *Estudios de Derecho Privado, Común y Foral*, 1955, págs. 577 a 631, también VENTURA-TRAVERSEY Y GONZÁLEZ, «El fideicomiso condicional según el Derecho positivo español y la jurisprudencia», en *RCDI*, 1951. También O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho Civil*. Tomo 5 (*Derecho de sucesiones*), Madrid, 1999; sobre la sustitución fideicomisaria en general, LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil*, V, *Derecho de Sucesiones*, Bosch editor, Barcelona, 1988, reimpresión de 1992, págs. 345 y sigs.

(2) Vid., sobre la materia última, MARTÍN MELÉNDEZ, *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados*, Madrid, 2010, y la bibliografía allí citada; también GÓMEZ GALLIGO, «La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado», en *RCDI*, 687, 2005, págs. 11 y sigs.; DÍAZ ALABART, «La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente (art. 808 CC, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre)», en *RDP*, 5-6, 2004. Desde una perspectiva general de la Ley 41/2003, vid. DONADO VARA, «Apuntes sobre las novedades legislativas en el Derecho Civil Común español en materia de discapacidad y derechos sucesorios», en *Revista de Derecho de Familia de Costa Rica*, 4, 2009, y en cuanto a las novedades en materia de colación, vid. POUS DE LA FLOR, «La dispensa de colación de los gastos realizados para atender las necesidades de la persona con discapacidad», en *La protección de las personas mayores*, Madrid, 2007, págs. 403 y sigs.

Adicionalmente, esta libertad del testador se amplía hasta el extremo de que dicha sustitución puede configurarse como pura o desprovista de elementos accidentales o, como es el caso, a subordinar el llamamiento a la concurrencia o no de un suceso futuro o incierto (3). En particular, «el testador o donante vincula los bienes de que dispone en favor de una persona, a otra u otras, para el caso de que la primera no tenga hijos en el momento de su óbito, sea porque nunca los hubo, sea porque le premurieron. Con esto trata, unas veces de conseguir que los bienes no salgan de la familia, y otras, además, de hacer posible que el patrimonio se conserve unido en poder un solo heredero» (4).

A mayor abundamiento, no sólo no es insólito sino que es la tónica habitual, que los nietos del disponente lleguen a ser herederos fideicomisarios, nietos, por cierto, cuya futura existencia fue establecida como condición en el fideicomiso.

De modo que la sustitución fideicomisaria *si sine liberis decesserit*, se trata, en puridad, de una sustitución de esta naturaleza. Por tanto, y frente a las sustituciones fideicomisarias puras o simples, en el fideicomiso condicional, el testador pone una cláusula accesoria en virtud de la cual la eficacia del llamamiento quedará sometida bien al cumplimiento o a la falta de materialización de dicho suceso sobre el que existe incertidumbre en el momento de su inclusión en el testamento.

En este sentido declara HERNÁNDEZ GIL: «condición según la concepción tradicional reflejada en el artículo 1.113 (5), puesto en vigor en materia de sucesiones por el artículo 791, es el acontecimiento futuro e incierto o el pasado que se ignora, del que se hace depender la producción de unos efectos jurídicos, como la adquisición de un derecho (condición suspensiva) o la cesación de los efectos producidos, como la extinción de un derecho (condición resolutoria). Asume la figura de la condición el hecho de hacer depender la adquisición de un derecho por una persona de la muerte de otra, porque si bien la muerte es un acontecimiento cierto, lo que permite pensar más bien en el término o en el plazo, adquiera la típica incertidumbre de la condición al ponerse en relación, como aquí ocurre, tal muerte, con la vida o la muerte de otra persona, según puntualiza con toda precisión la sentencia de 14 de diciembre de 1944» (6).

(3) Existe debate doctrinal acerca de la calificación de la condición o, más exactamente en qué consista ésta, si bien se ha de coincidir con O'CALLAGHAN, que los hijos del fiduciario no son fideicomisarios, sino que exclusivamente son los que determinan la condición (*op. y loc. cit.*).

(4) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, págs. 359 y 360.

(5) Recuérdese el dictado de este precepto: «Será exigible, desde luego, toda obligación cuyo cumplimiento no dependa de un suceso futuro o incierto, o de un suceso pasado que los interesados ignoren. También será exigible toda obligación que contenga condición resolutoria, sin perjuicio de los efectos de la resolución»; como propósito de futuro, cfr. con la propuesta de *Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y contratos, de la Comisión de codificación*, que dice en su artículo 1.110: «En las relaciones obligatorias sometidas a condición suspensiva o resolutoria, el comienzo o cese de todos o algunos de sus efectos depende del hecho futuro e incierto establecido como condición. Del mismo modo, los efectos de una relación obligatoria podrán hacerse depender del conocimiento de un hecho pasado que los interesados ignoren. La suerte o la voluntad de un tercero pueden constituir condición».

(6) HERNÁNDEZ GIL, «Consolidación de la sustitución fideicomisaria condicional en el primer llamado por premoriencia de los ulteriores», en *Obras completas*, 4, Madrid, 1989, pág. 843.

En cuanto a sus requisitos en general, pronto fueron ratificados jurisprudencialmente, pudiéndonos remitir, entre otras, a la sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de marzo de 1935 —dictada siendo ponente CASTÁN—, donde se enumeran como presupuestos de «la sustitución fideicomisaria, de acuerdo con lo que establecen de consuno la doctrina científica y el Código Civil (en su art. 781 en relación con el 789), *exige como requisitos indispensables la doble disposición de una misma herencia o de un legado, la obligación de conservar y restituir el orden sucesivo*» (7).

Como declara la mejor doctrina: «en la práctica es relativamente frecuente que la determinación testamentaria se refiera precisamente a la eventualidad de que la institución o el llamamiento fideicomisario se realizará ante la posibilidad de que el primer llamado fallezca sin descendencia. Tal supuesto, aun en la actualidad, suele ser conocido con la expresión latina *si sine liberis decesserit* [esto es, *si* (el fiduciario) *falleciere sin hijos*]» (8).

El frecuente uso de esta sustitución condicional evidenciado desde antiguo en Archivos notariales (9) y sus dificultades intrínsecas también se manifiesta en las controversias judiciales que ha protagonizado. Por su parte, ha sido destacada la sencillez de la solución navarra por cuanto el Fuero Nuevo en su Ley 229, «establece un criterio general respecto al momento en que deben entenderse cumplidas las condiciones que afectan a las sustituciones fideicomisarias (...) si de los términos de la disposición no se desprende claramente su voluntad, las condiciones en cuanto a su cumplimiento se entienden referidas al momento del fallecimiento del fiduciario, es decir, debe entenderse y se tendrán por cumplidas si se dan en ese momento» (10).

3. LÍMITES A LOS LLAMAMIENTOS Y SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA COMO PROHIBICIÓN DE DISPONER

Conviene ahora recordar el contenido del artículo 781 del Código Civil que advierte que: «Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto *siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador*» (11). Esta mención a los grados es tanto como referirse al llamamiento, por lo que el

(7) Cita también ROCA-SASTRE, en coincidencia con la declaración de la duplicidad de llamamientos, necesidad de conservar y el orden de sucesiva transmisión, la sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de septiembre de 1930, RDGRN de 4 de enero de 1944, y la de 25 de octubre de 1954 (ROCA-SASTRE, *Derecho de Sucesiones*, I, Barcelona, 1995, 2.ª ed., pág. 493).

(8) Así lo califica el profesor LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, VII, *Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2010, 6.ª ed., pág. 127.

(9) Vid. ROCA-SASTRE, *Derecho de Sucesiones*, I, Barcelona, 1995, 2.ª ed., pág. 541, nota 1.144.

(10) ARREGUI GIL, «Comentario a la Ley 229. Momento de cumplirse la condición», en *Comentarios Edersa*, Tomo XXXVII - Vol. 1.º Leyes 148 a 252 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra, 1998.

(11) Para su estudio, vid. ALBALADEJO GARCÍA, «Comentario a la sección tercera, artículos 774 al 789», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ, SALVADOR CODERCH (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs 1915 a 1938.

primer llamamiento o grado es el que el testador hace en favor del primer sustituto, resultando posible dos sustituciones que implican tres llamamientos.

Con todo y para evitar cualquier duda al respecto, conviene traer a colación que en este extremo sobre los llamamientos y sus límites, no presentan ninguna dificultad los hechos de forma sucesiva «en favor de personas que viven al morir el testador, porque la simultaneidad de sus vidas significa que no se va a prolongar demasiado la vinculación en que quedan los bienes afectados por la sustitución» (12).

Para diferenciar el fideicomiso de otras limitaciones a la facultad de disposición (13), es doctrina explícita la contenida en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 13 de octubre de 2005, por cuanto afirma que «es cierto que *toda sustitución fideicomisaria implica una prohibición de enajenar, pero no es cierto que toda prohibición de enajenar implique una sustitución fideicomisaria*. La prohibición no implica un llamamiento sucesivo y de ahí que no pueda ser asimilada a las sustituciones fideicomisarias (confróntese el contenido de los dos primeros números del art. 785 del Código Civil o el distinto régimen que, en sede de donaciones, otorga el legislador a la donación con reserva de disponer y a la donación con sustitución fideicomisaria en los arts. 639 y 640 del propio Código). Y es que hay todo un catálogo de prohibiciones de disponer que no llevan aparejado un llamamiento sucesivo sin que ello implique que no exista un beneficiario o un interés protegido (que puede ser determinado o determinable, sin que este último carácter suponga inexistencia). En definitiva, las prohibiciones de disponer no son derechos reales sino restricciones impuestas a un titular sin atribución de un correlativo derecho a otras personas. La legislación hipotecaria refleja estas diferencias al regular de forma distinta la inscripción de la sustitución fideicomisaria y la de la prohibición de disponer (vid. arts. 13 y 26 de la Ley Hipotecaria y art. 7 en relación al 82 y 145 de su Reglamento) sin confundir una y otra. En el supuesto de hecho que nos ocupa, la falta de determinación de los eventuales beneficiarios (los herederos de las instituidas y gravadas cuya determinación se hará a su fallecimiento) no implica la nulidad de la cláusula testamentaria y en cualquier caso impide, en sede extrajudicial, completar el círculo de legitimaciones precisas para apreciarla».

Concluye la mencionada RDGRN afirmando que: «en cuanto a la inexistencia de plazo, la única limitación que impone nuestro ordenamiento es que la prohibición no sea perpetua ni exceda de los límites del artículo 781 del Código Civil. La cláusula testamentaria, objeto de este recurso (que ciertamente podría haber sido redactada con mayor precisión) (14) impone la prohi-

(12) Díez-PICAZO, GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*. Vol. IV. *Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, Madrid, 2004, 9.ª ed., pág. 376. También ALONSO MARTÍNEZ, según las bases de DURÁN Y BAS, BASE A: «Las sustituciones fideicomisarias se permitirán hasta el segundo grado, y siempre si se hicieren a favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador». BASE 16: «Materia de las reformas indicadas serán, en primer término, las sustituciones fideicomisarias, que no pasarán, ni aun en la línea directa, de la segunda generación, a no ser que se hagan en favor de personas que todas vivan al tiempo del fallecimiento del testador».

(13) Por razones de espacio no puede ventilarse el ámbito de disposición de fiduciario, si bien para ello, vid. AMAT LLARI, «La facultad de disponer del heredero fiduciario. Comentario a la STSupJC, de 1 de abril de 2004», en *Indret*, 15, 2004.

(14) Dice así el supuesto: «En escritura autorizada por el Notario recurrente el día 11 de enero de 2005 se procedió a manifestar las herencias de don Manuel González

bición de disponer exclusivamente a las instituidas herederas por lo que ni es perpetua ni puede exceder de los límites del precepto citado. Y siendo las instituidas las únicas gravadas con la prohibición es claro que la misma finaliza con su fallecimiento (como, efectivamente, ocurre respecto de una de ellas) o lo que es lo mismo, el plazo se identifica con la vida de las instituidas de forma que la disposición testamentaria, sin forzar su interpretación, se aplica en la forma más adecuada para que produzca efecto cumpliendo así la voluntad de la testadora».

En cuanto atañe a la inscripción habrá de estarse al Reglamento Hipotecario (15), en cuya virtud, en la sustitución que nos ocupa, caso de que el fiduciario muera dejando hijos, «éstos podrán inscribir los bienes como libres, presentando el testamento del causante o la declaración judicial de herederos a su favor» (16).

II. REVISIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE EL FIDEICOMISIO CONDICIONAL: LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL HABRÁ DE HACERSE EN EL MOMENTO DE SU CUMPLIMIENTO

1. PRELIMINAR

En lo que a la interpretación de la voluntad del testador se refiere, la sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de febrero de 1950, discutido el sentido de una cláusula testamentaria de fideicomiso condicional, concluye que «para

Rouco, intestado, y de doña María Andrea González Rouco, quien falleció soltera y sin descendientes y bajo testamento en el que dispuso, entre otras cosas, lo siguiente: “Lega a su hermana Lidia González Rouco... y a la misma y a sus otras dos hermanas Alicia y Elena González Rouco, en la proporción de un sexto cada una de las dos primeras y cuatro sextos la última y con prohibición de enajenar, la casa de la calle...”; “Institute herederas a sus tres citadas hermanas...”. En la escritura comparecen los llamados y, entre otras cosas establecen lo siguiente: “Los herederos consideran que la prohibición de enajenar contenida en la cláusula segunda antes transcrita cae dentro de la sanción establecida en el artículo 785, punto 2.º del Código Civil, por ser perpetua y no tener beneficiarios determinados, siendo por tanto inaplicable la remisión que hace dicho artículo al 781 del mismo Código, y en vista de esto, consideran que dicha cláusula no surte efecto y se debe tener por no puesta”».

(15) Dice el artículo 82: «En las inscripciones de herencia o legado con sustitución fideicomisaria que se practiquen a favor de los fiduciarios, se hará constar la cláusula de sustitución. Cuando los bienes pasen al fideicomisario se practicará la inscripción a favor de éste en virtud del mismo título sucesorio y de los que acrediten que la transmisión ha tenido lugar. En las sustituciones hereditarias de cualquier clase, cuando no estuvieren designados nominativamente los sustitutos, podrán determinarse por acta de notoriedad tramitada conforme al Reglamento Notarial, siempre que de las cláusulas de sustitución o de la Ley no resulte la necesidad de otro medio de prueba. El acta de notoriedad también será título suficiente para hacer constar la extinción de la sustitución, o la ineficacia del llamamiento sustitutorio, por cumplimiento o no cumplimiento de condición, siempre que los hechos que los produzcan sean susceptibles de acreditarse por medio de ella. El adquirente de bienes sujetos a sustitución fideicomisaria podrá obtener, en su caso, a través del expediente de liberación de gravámenes regulado en los artículos 209 y 210 de la Ley, la cancelación del gravamen fideicomisario si han transcurrido treinta años desde la muerte del fiduciario que le transmitió los bienes sin que conste actuación alguna del fideicomisario o fideicomisarios».

(16) RODRÍGUEZ OTERO, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, 2007.

llegar por medio interpretativo a inquirir cuál fue la verdadera voluntad inspiradora de la cláusula referida, bien se ha de atender al valor de las palabras y frases en ella empleadas, mas no aceptándolas de restrictiva manera en su literal y vulgar sentido, sino con la mayor libertad que requiere la finalidad, que preside los negocios jurídicos de esta índole, *de averiguar el pensamiento y propósito que guiaron al causante de usarlas, a través de las circunstancias de tiempo y lugar, disposiciones y costumbres, por él tenidas en cuenta al hacerlo*, porque si en los contratos tiene decisivo influjo el gramatical sentido de sus cláusulas, cuando lo en ellos concertado no se presta a dudas, ya que en los mismos coincide la voluntad de los contratantes, las disposiciones unilaterales *mortis causa*, y lo mismo los contratos sucesorios, de cuya naturaleza participan, en cuanto contienen una ordenación *post mortem*, los capítulos matrimoniales en Cataluña, son interpretables en sus palabras con la amplitud que previene la norma contenida en la Ley 12, título 17, libro 50 del Digesto, como necesaria para que a través de cuantas circunstancias concurren en cada caso concreto se manifieste y prevalezca la voluntad interna del testador».

2. HIJOS E HIJAS ADOPTIVOS: IGUALDAD Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN

2.1. *La sentencia del Tribunal Supremo, de 6 febrero de 1997*

Dictada sobre revocación de donaciones por superveniencia de hijos, declara incluidos en la expresión «hijos», a los adoptados con efectos semiplenos o simples, estando constitucionalmente vedada la interpretación que la restrinja a solo algunos hijos.

Dice dicha resolución que «esta revocabilidad de la donación tiene como fundamento el interés familiar de la familia del donante. Es una explicación con la que, con muy diversos matices y notas subjetivas, está conforme la doctrina. Pero lo que es preciso advertir es el concepto de familia: antes de la Constitución vigente, el concepto de familia era muy restringido y alcanzaba a muy poco más de la familia legítima; desde la vigencia de la Constitución y tras la consecuente reforma del Código Civil por Ley 11/1981, de 13 de mayo, el concepto de familia incluye a todos los hijos, sin discriminación por razón de su filiación. En relación con la revocación de la donación por superveniencia de hijos, la sentencia de esta Sala de 22 de junio de 1989, estimó que no era inconstitucional, ya que se había alegado que iba contra el artículo 33.3 de la Constitución. En cuanto al efecto de la misma, no hay duda que, tal como resalta la misma sentencia de 22 de junio de 1989, no tiene lugar *ipso jure*, en razón a que entendiéndose que no hay voluntad, así manifestado mediante el ejercicio de la correspondiente acción. Lo cual tiene importancia, ya que si se reclama la revocación, se debe aplicar la norma vigente, el artículo 644 en su redacción actual y que, en relación con los artículos 14 y 39 de la Constitución y el artículo 108 del Código Civil no permiten restringir la expresión hijos del primer párrafo o del número primero a sólo algunos hijos. Por otra parte, la Disposición Transitoria 2.ª de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que modificó el Código Civil en materia de adopción, dispone que las adopciones simples o menos plenas, subsistirán con los efectos que les reconozca la legislación anterior... pero *una cosa es la eficacia de la adopción simple, que se mantiene incólume, y otra, su inclusión en el concepto de hijo, sin discriminación, que debe mantenerse a ultranza desde la Constitución y desde la reforma del Código*

Civil de 13 de mayo de 1981, a todos los efectos que se refieran a hijo o hijos en abstracto, como es el caso de revocación de donaciones del artículo 644 del Código Civil» (17).

2.2. *La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 29 de septiembre de 2000*

Por su parte, excluye a una hija adoptiva, pero no por razón de su filiación sino por interpretación estricta de la condición impuesta por el testador, referida a hijos «carnales».

Son sus términos: «María Virtudes nace el 7 de enero de 1939 y es reconocida como hija natural y legitimada por subsiguiente matrimonio del señor Germán y Amanda en fecha 5 de julio de 1951. Como se dijo anteriormente, las propias demandadas han reconocido que dicha persona no fue engendrada por Germán. Reconocida esa circunstancia hemos de llegar a la convicción de que dicha persona no cumple la condición a la que se sujetaba la sustitución fideicomisaria. Estamos de acuerdo con la parte apelada en que *la interpretación de la condición debe hacerse atendida la época histórica en la que se impuso, los cambios sociológicos habidos y nunca en forma restrictiva*. En consecuencia cuando exige que al fallecimiento del fiduciario deje hijos habidos de “legítimo, canónico y carnal matrimonio” es porque el matrimonio canónico era el único existente al tiempo de otorgar el testamento. Así las cosas cumplirían la condición impuesta los hijos, habidos en matrimonio civil, incluso hijos extramatrimoniales legitimados por ulterior matrimonio. Ahora bien, *de lo que no cabe duda es que cuando el testador aludía “carnal matrimonio”, lo que pretendía es que el sucesor fideicomisario fuera de su propia “carne y sangre”, en consecuencia excluía a los hijos adoptivos por más afecto y estimación que le pudiera tener el fiduciario adoptante*. Reconocido por las demandadas que María Virtudes, aún teniendo legalmente la consideración de hija y como tal era considerada por Germán y de esa índole filial era el afecto que sentía por ella, no reúne la condición de hija carnal, no puede ser tenida como heredera fideicomisaria. Condición que no puede ser tildada de inconstitucional al diferenciar entre hijos carnales o por adopción, pues que en definitiva: *la prohibición de diferenciar se circunscribe únicamente a la legítima, no así a la parte de libre disposición que el testador puede dejar a un tercero ajeno al círculo familiar*» (18).

(17) Ponente: O'CALLAGHAN.

(18) También sienta la resolución que «en el caso de autos nos hallamos ante lo que la doctrina ha identificado como sustitución fideicomisaria, sometida a la condición de *si sine liberis decesseerit*, institución con sumo arraigo en Catalunya, especialmente en el ámbito agrícola con la finalidad de ligar al tronco familiar el Mas, o explotación agrícola, vinculándola al mayorazgo. Institución que si bien se ha mantenido en el transcurso de los siglos se ha limitado, a fin de impedir una prohibición absoluta de disponer, estableciendo una limitación al número de sustituciones fideicomisarias posibles —art. 204 del *Codi de Successions*— teniendo eficacia dichos llamamientos de fideicomisarios a favor de personas que no pasen de la segunda generación, entendiéndose como primera la de los hijos propios del fiduciario. Es indudable que tratándose la demandante de la nieta del testador y sobrina del primer fiduciario, así como hermana del segundo fiduciario nos hallamos dentro del límite generacional permisible».

2.3. *La sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de junio de 2002*

Coincide con la sentencia del Tribunal Constitucional que ahora se verá, en el sentido de que el momento temporal de la interpretación de la condición será el de su cumplimiento, por lo que no puede ni debe hacerse discriminación contra el hijo adoptivo, purificándose entonces la condición (19).

En este sentido, también coincide en el negocio jurídico de fondo, tratándose de nuevo de una «sustitución fideicomisaria condicional, con doble condición: *si cum liberis decesserit*, si muere con hijos, éstos serán los fideicomisarios; *si sine liberis decesserit*, si muere sin hijos, serán fideicomisarios los sobrinos (a falta de los donantes, los padres); el donatario fiduciario lleva implícita su falta de poder de disposición (...). En este caso, se cumplió la primera condición: el fiduciario falleció con un hijo *cum liberis decesserit*, por lo que éste es el fideicomisario, adquiere los bienes y el fideicomiso se purifica. El problema —como se ha apuntado— es que es hijo adoptivo y los demandantes estiman que se cumple la segunda condición: *sine liberis decesserit* (...). Este problema debe resolverse aplicando, no tanto la interpretación literal del texto de la donación o de la voluntad concorde de las partes en ella intervinientes, sino la *interpretación que debe darse al concepto de hijo, en el año en que debe aplicarse, 1990, en que se cumple la condición y se purifica la sustitución fideicomisaria. En tal momento, la legislación vigente es el Código Civil reformado por imperativo de la Constitución de 1978*. Así, el artículo 14 consagra el principio de igualdad ante la ley, no permitiendo discriminación por razón de nacimiento, lo que reitera el artículo 39 al declarar la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y recoge el segundo párrafo del artículo 108 del Código Civil: la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos... No debe, pues, hacerse discriminación contra un hijo adoptivo y así lo entendió esta Sala que, en sentencia de 6 de febrero de 1997, negó la revocación de donación por supervivencia de hijos, por razón de que el donante ya tenía un hijo, que era adoptivo».

2.4. *Caso Pla y Puncernau contra Andorra. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 13 de julio de 2004*

La sentencia declara que «en este caso, el Tribunal constata que el carácter legítimo y canónico del matrimonio del padre del demandante no se presta a discusión. No queda pues sino la cuestión de declarar si la noción de “hijo” insertada en el testamento por Carolina Pujol, aludía solamente a los hijos biológicos, como sostiene el Tribunal Superior de Justicia. El Tribunal no puede seguir en esta conclusión al Tribunal de apelación andorrano. En efecto, la lectura del testamento no permite deducir que la testadora deseara excluir del beneficio de la herencia a un eventual hijo adoptivo. El Tribunal concibe que podía haberlo hecho; como no lo hizo, la única conclusión posible y lógica es que no deseó hacerlo. La interpretación hecha por el Tribunal Superior de Justicia de la cláusula testamentaria consistente en atribuir a la testadora una supuesta voluntad negativa para llegar a la conclusión de que, puesto que la testadora no había dicho expresamente que no excluía a un hijo adoptivo es que quiso excluirlo, es demasiado forzada y contraria al principio

(19) Ponente: O'CALLAGHAN.

general del derecho según el cual si el enunciado está exento de ambigüedad, no hay necesidad alguna de preguntarse sobre la voluntad de aquel que así se ha expresado (*quum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis qwestio*)».

«El Tribunal recuerda que el Convenio, que tiene un carácter dinámico y supone obligaciones positivas con respecto a los Estados, es un instrumento vivo que hay que interpretar a la luz de las condiciones actuales, y que los Estados miembros del Consejo de Europa conceden hoy en día importancia a la igualdad en materia de derechos de carácter civil, entre hijos nacidos dentro del matrimonio e hijos nacidos fuera del matrimonio (sentencia Mazurek, anteriormente citada, apartado 30). De esta forma, suponiendo incluso que la cláusula testamentaria en cuestión hubiese requerido una *interpretación por parte de los tribunales internos, ésta no podría hacerse exclusivamente a la luz del contexto social en vigor en el momento de la redacción del testamento o del fallecimiento de la testadora, en este caso en 1939 y en 1949*, en la medida en que, concretamente, transcurrió un período de cincuenta y siete años entre la fecha del establecimiento del testamento y el momento de la apertura del mismo. En presencia de un intervalo de tiempo tan largo, en el curso del cual se produjeron profundos cambios tanto en el ámbito social como económico y jurídico, el Juez no puede ignorar estas nuevas realidades. Ello es válido también para el ámbito testamentario en el que cualquier interpretación, suponiendo que fuese necesaria, debe indagar cuál era la voluntad del *de cuius*, así como el efecto útil del testamento, conservando siempre el espíritu de que “no se puede presumir que el testador hubiese deseado lo que no ha dicho”, y sin olvidar conferir a la disposición testamentaria el sentido más conforme con el derecho interno y con el convenio, tal y como es interpretado por la jurisprudencia del Tribunal» (20).

2.5. Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de diciembre de 2005

El fondo del asunto de la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de diciembre de 2005, reside, precisamente, en la interpretación del testamento y de una cláusula en la que del testador: «1.º Don Cosme falleció el 8 de octubre de 1898. En el momento de su fallecimiento tenía tres hijos, Federico, Leonardo y Antonia, puesto que su hija Juana le premurió. Don Cosme había otorgado dos testamentos complementarios el 4 de abril de 1892 y el 22 de febrero de 1894. En el primer testamento *había llamado como herederos a sus cuatro hijos “por partes iguales, entendiéndose que por fallecimiento de cualquiera de ellos sin sucesión, pasará la porción que corresponda al fallecido o fallecidos al o los que sobrevivan”*. En el testamento de 1894 dice en la cláusula segunda: “...quiere el testador que si sus hijos naturales reconocidos como tales, [...] falleciesen sin ninguno dejar sucesión, pasen los bienes que hayan heredado del otorgante a los herederos *abintestato* del mismo, [...]”. 2.º Don Federico, don Leonardo y doña Antonia llevaron a cabo la partición en el cuaderno protocolizado el 18 de noviembre de 1907, consignándose para cada

(20) Téngase en cuenta que el pronunciamiento mereció dos votos particulares, además de una notable relevancia doctrinal, en particular, vid. MEDINA ORTIZ, «Nuevo criterio en la interpretación de disposiciones testamentarias, introducido por el TEDH», en *La Notaría*, 2005, págs. 63 a 88.

heredero la tercera parte de todos los bienes que hubiesen quedado al fallecimiento de su padre y después del pago de los legados efectuados» (21).

Pues bien, interpretado por la sentencia de instancia y la audiencia que donde se dice sucesión deberán también incluirse los hijos e hijas que tengan la filiación adoptiva, se ratifica en casación, asimismo, la declarada nulidad de un singular documento privado. Son sus argumentos: «Sobre el testador estableció una sustitución fideicomisaria condicional en la que *la condición puesta por el testador es la de tener sucesión*, por lo que nos encontramos ante lo que se ha denominado hijos puestos en condición, *que no son herederos del fideicomitente, sino que sirven únicamente para condicionar la delación del fiduciario, de modo que si se incumple la condición y el heredero muere con sucesión, el fiduciario será heredero libre, y en caso contrario, deberá devolver los bienes a los fideicomisarios llamados como tales por el causante*. Y únicamente se puede saber si se ha incumplido o no la condición impuesta a la muerte del fiduciario, como ha ocurrido en este caso. Por tanto, al no ser herederos del causante, no debe examinarse la capacidad de los hijos puestos en condición, sino únicamente si existen o no en el momento previsto por el fideicomitente y resulta evidente que en este caso, la condición de morir sin sucesión se incumplió, porque los dos hermanos Federico y Antonia fallecieron con sucesión. *La referencia a la sucesión, es por tanto genérica y no se limita a los hijos biológicos que pueda tener el fiduciario, en este caso doña Antonia, sino a sus sucesores*, de manera que no se puede discriminar, tal como pretenden los recurrentes, y toda la alegación referida a la aplicación de la Disposición Transitoria 8.^a de la Ley 11/1981 resulta absolutamente artificiosa y contraria a lo realmente querido por el testador.

En su virtud, se remite la resolución a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos vista precedentemente, toda vez que: «esta interpretación está de acuerdo con las sentencias de esta Sala de 6 de febrero de 1997 y 28 de junio de 2002, que consideran que “no debe hacerse discriminación contra un hijo adoptivo”, y la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 14 de julio de 2004, que consideró que la interpretación hecha por los tribunales andorranos de una cláusula testamentaria excluyendo a los hijos adoptivos vulneraba el artículo 14 del Convenio europeo de Derechos humanos, en relación con el

(21) Son también hechos relevantes que: «Don Leonardo falleció soltero y sin descendencia, el 11 de diciembre de 1956, y sus hermanos, don Federico y doña Antonia se adjudicaron los bienes que don Leonardo había recibido de su padre y que estaban afectos a la sustitución fideicomisaria establecida en el testamento de éste último. 4.º Respecto a las vicisitudes de la familia que interesan en este recurso, hay que destacar: a) que doña Antonia adoptó en 1942 a una niña huérfana, nacida en Madrid en 1936, mediante escritura de adopción de 2 de septiembre de 1942; b) que don Federico falleció el 26 de mayo de 1960, dejando dos hijos, don Carlos Ramón y doña Almudena, hoy demandantes, y c) que doña Antonia falleció el 29 de agosto de 1983, instituyendo heredera a su hija adoptiva. 5.º El 29 de abril de 1984, don Carlos Ramón y doña Almudena, de una parte, y doña Margarita [la hija adoptiva de doña Antonia], de otra, otorgaron un documento privado en el que se lee que doña Antonia “falleció sin descendencia de clase alguna” y que por esta razón doña Almudena y don Carlos Ramón eran los únicos descendientes del abuelo don Cosme, por lo que les corresponde el dominio de los bienes de éste dejados a sus hijos con la condición que se ha reseñado, por lo que doña Margarita se comprometía a devolver los bienes que habían pertenecido a doña Antonia hasta su fallecimiento». Documento este que sería declarado nulo por la falsedad en la causa, según se expresa más arriba.

artículo 8 del mismo convenio, porque “un niño que ha sido objeto de una adopción [...] se encuentra en la misma situación jurídica que si fuese hijo biológico de sus padres, y ello a todos los efectos: relaciones y consecuencias vinculadas con su vida familiar y derechos patrimoniales derivados de ello”, de manera que ante estas disposiciones que deben ser interpretadas y aplicadas muchos años después de la muerte del testador “en el curso del cual se produjeron profundos cambios tanto en el ámbito social como económico y jurídico, el Juez no puede ignorar estas nuevas realidades”, de manera que no debe olvidarse “conferir a la disposición testamentaria el sentido más conforme con el derecho interno y con el Convenio”.

2.6. Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2009

En la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de septiembre de 2009, dictada siendo Ponente Xiol Ríos, se recapitulan los anteriores argumentos, con una impecable técnica, de cuyas aportaciones destacaremos que: «D) A partir de la modificación legislativa del régimen de filiación, entre otras consecuencias, la jurisprudencia ha sido constante en la equiparación de *las referencias genéricas a los hijos o descendientes legítimos efectuadas en actos o contratos de disposición gratuita inter vivos o mortis causa o con efectos sucesorios como comprensivas de los hijos adoptivos, con la importante distinción de fundarse en la necesidad de evitar la vulneración de principio de igualdad en la aplicación de la Ley*, cuando la referencia se contiene en un texto legal, o en el hallazgo de la intención presunta del testador o donante, cuando se trata de una disposición testamentaria o de liberalidad: a) La STS de 6 de febrero de 1997 parte de la absoluta equiparación de los hijos adoptivos a los que no tienen esta condición a efectos de la revocación de las donaciones por supervivencia de hijos afirmando que, fundada esta revocabilidad de la donación en el interés de la familia del donante, este concepto antes de la Constitución era muy restringido y alcanzaba a muy poco más de la familia legítima; desde la vigencia de la Constitución y tras la consecuente reforma del Código Civil por Ley 11/1981, de 13 de mayo, el concepto de familia incluye a todos los hijos, sin discriminación por razón de su filiación, incluyendo los adoptivos sin posibilidad de distinción o discriminación (...). E) Pocas dudas pueden, en consecuencia, abrigarse, sobre la interpretación que debe darse al concepto de “hijos o descendientes legítimos” que se emplea en la disposición testamentaria controvertida para evitar las consecuencias de una interpretación discriminatoria por razón de filiación que, a falta de una determinación expresa, no puede considerarse que constituya la verdadera intención de testador y, por ello, adquiere relevancia en relación con el derecho constitucional de igualdad. Al no haberlo entendido así la sentencia de instancia —que mantiene el criterio de atenerse a una interpretación de la expresión utilizada por el testador, con el valor jurídico restrictivo que tenía en el momento en que fue emitida, al margen de las concepciones sociales y de su evolución y, con ello, de la intención presunta del testador— no se atiene a esta interpretación y, por ende, incurre en las infracciones legales que se le reprochan».

III. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD: LA INTERPRETACIÓN TAMBIÉN ESTÁ SOMETIDA AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SI EL ORIGEN DE LA DISCRIMINACIÓN RESIDE EN EL ÓRGANO JUDICIAL

1. LA STC 9/2010, DE 27 DE ABRIL DE 2010, Y EL MOMENTO TEMPORAL DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS DISPOSICIONES

El propósito principal de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, fue la adaptación expresa de las previsiones del Código Civil a la Constitución y, en su virtud, hijos e hijas matrimoniales y no matrimoniales fueron equiparados en derechos. Por su parte, también incluía una controvertida Disposición Adicional octava, cuyo tenor literal decía: «las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta Ley se regirán por la legislación anterior y las abiertas después por la nueva legislación».

Ya hemos señalado, sobre los límites y alcance de dicha Disposición, cuál es el sentido de la constante doctrina jurisprudencial, donde se puede concluir que:

- a) las sucesiones abiertas antes de la entrada en vigor de la Constitución se regirán por el derecho vigente en aquel momento, se ajuste o no al principio de igualdad;
- b) en cuanto a las sucesiones que se abran después de la entrada en vigor de la Constitución y antes de la Ley 11/1981, les será de aplicación las prescripciones constitucionales sobre la igualdad;
- c) por último las que se hayan producido después de la Ley 11/1981 se ventilarán por sus dictados (22).

Ahora bien, si las anteriores afirmaciones son en sí mismas difícilmente contestables, muchos son los matices que han de ser destacados al haberse pronunciado el Tribunal Constitucional en el sentido de ampliar el alcance de estas prescripciones hasta el extremo de imponer la interpretación de la condición en el momento en que esta haya sido materializada.

De modo que corresponde ahora el análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional 9/2010, de 27 de abril de 2010.

En particular, en el asunto en cuestión, las demandantes en amparo son hijas adoptivas y nietas, por tanto, del causante. Éste había establecido un fideicomiso condicional de carácter suspensivo, en tanto en cuanto el fiduciario, heredero universal e hijo único de un primer matrimonio, podría disponer libremente de ciertos bienes cuando tuviese algún hijo que hubiese llegado a la pubertad. Caso de que este primogénito falleciese sin descendencia y por lo que se refiere a aquellos bienes, el causante dispuso la sustitución sucesiva y con idéntica condición suspensiva a los cuatro hijos de un segundo matrimonio.

Las demandantes son las hijas adoptivas del llamado en tercer lugar que, al pretender adjudicarse las dos fincas en cuestión, el Registrador denegó la

(22) Vid., en especial, RIVERO HERNÁNDEZ, «Preterición de hijo extramatrimonial en sucesión abierta después de la Constitución y antes de la entrada en vigor de la Ley 11/1981, de 13 de mayo (Comentario a la STS de 17 de marzo de 1995)», en *Derecho Privado y Constitución*, 6, mayo-agosto de 1995, pág. 227 y sigs., así como la bibliografía citada en MORETÓN SANZ, «Cuestiones litigiosas sobre la preterición intencional y errónea: efectos y consecuencias de la tutela de la legítima cuantitativa sobre la sucesión testamentaria», en *RCDI*, 722, 2010.

inscripción al apreciar que como hijas adoptivas no eran las hijas legítimas que había previsto el causante en el fideicomiso.

El objeto del proceso es, a juicio del propio TC el acto de poder (público) judicial dictado en interpretación de una disposición testamentaria. En buena lógica, no es el objeto del proceso constitucional el acto (privado) de disposición testamentaria, sino que la lesión se imputa al órgano judicial que hizo una interpretación restrictiva de la expresión «hijos legítimos» excluyendo a los adoptados.

Literalmente son hechos determinantes para el recto conocimiento de la causa los siguientes: «El asunto trae causa de un testamento otorgado en 1927 en el que el testador, fallecido en 1945, dispuso una sustitución fideicomisaria condicional *si sine liberis decesserit* a favor de sus cinco hijos. La disposición testamentaria establecía, literalmente, lo siguiente: “Séptima: Y de todos sus bienes restantes, muebles e inmuebles, derechos, créditos y acciones presentes y futuros, instituye heredero universal a su hijo don José Antonio Lloret y Marcer, *quien podrá disponer libremente de los bienes de la herencia cuando tenga algún hijo o hija que haya llegado a la pubertad; y en caso contrario sólo podrá disponer de la cantidad de siete mil pesetas que le servirán de pago de su porción legítima; y para después de su muerte sin hijos, le sustituyen sus hermanos don Arcadio, don Ramón, don Antonio y don Juan Lloret Mitjans, no a todos juntos sino el uno después del otro por el orden indicado y con la misma condición impuesta al primer instituido*; advirtiéndole que si al tener efecto alguna de tales instituciones, hubiese fallecido el sustituto y dejado algún *hijo legítimo* que entonces o después llegue a la edad de testar, quiere que éstos sucedan en lugar de su padre premuerto en el modo que resultan instituidos, y a falta de disposición observarán el mismo modo de suceder que el testador establece aquí para sus hijos”; b) El heredero instituido en primer lugar falleció soltero y sin hijos en 1997. El segundo instituido había premuerto al testador en 1940, también soltero y sin descendencia. *El llamado en tercer lugar (don Ramón) había fallecido en 1995, con anterioridad al primer instituido, pero había dejado dos hijas adoptivas que ya habían alcanzado la edad de testar, por lo que acudieron ante Notario a otorgar escritura en la que, acreditando los hechos que se dejan expuestos, se adjudicaban por mitad dos fincas rústicas que constituían el objeto de la herencia fideicomitida*. Presentada la escritura en el Registro de la Propiedad, el Registrador denegó la práctica del asiento porque, al ser las otorgantes de la escritura de adjudicación de herencia que se pretendía inscribir hijas adoptivas del hijo llamado en tercer lugar, a juicio del Registrador no podrían ser consideradas hijas legítimas, tal y como disponía el testador. Mientras tanto, el instituido en cuarto lugar (don Antonio) había obtenido la inscripción a su favor en el Registro de la Propiedad de las dos fincas que constituían la herencia fideicomitida, a saber, las fincas registrales 395 (antes 13) y 609 del Registro de la Propiedad de Vilafranca del Penedés».

Sigue la sentencia declarando que «la cuestión de fondo que se suscita en este amparo en el marco que representa la doctrina constitucional sobre el principio de igualdad y las prohibiciones de discriminación contempladas en el artículo 14 CE, en relación con el artículo 39.2 CE: a) En primer lugar, es doctrina reiterada que el principio de igualdad no prohíbe cualquier tratamiento desigual, sino, específicamente, aquellas desigualdades que, de un lado, “resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados”, o que, de otro lado, impliquen consecuencias jurídicas que no “sean proporcionadas a la finalidad

perseguida”, y que, por ello, generen “resultados excesivamente gravosos o desmedidos”. ...En resumen, el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida (...); *b) En segundo lugar, a diferencia del derecho general a la igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad sino sólo la razonabilidad del criterio que funda la diferencia de trato y la proporcionalidad de las consecuencias que de ella se derivan*, la prohibición de discriminación por las causas específicas contenidas en el artículo 14 CE implica, por una parte, “un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida *ex Constitutione*, que impon[e] como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que sólo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad”».

De modo que «no ha sido el causante al formular en su día la disposición testamentaria en el ejercicio de su libertad de testar, sino el órgano judicial al interpretar una expresión ambigua y, por tanto, en el ejercicio de la jurisdicción, quien ha creado un tratamiento jurídico discriminatorio a partir de un criterio como el relativo a la filiación adoptiva, que resulta expresamente prohibido por el artículo 14 CE en relación con el artículo 39.2 CE».

2. EL TESTAMENTO, SU INTERPRETACIÓN Y LA BÚSQUEDA DE LA VOLUNTAD DEL MOMENTO DEL OTORGAMIENTO

Cabe cuestionarse si el anterior pronunciamiento constitucional se coherente con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo cuando ha advertido que el sentido de esta tarea hermenéutica deberá buscar la voluntad del testador en el momento de otorgar testamento y no en otro momento temporal diferente.

Expresiva de la anterior afirmación es la sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de mayo de 2010, dictada siendo ponente O'CALLAGHAN, por cuanto declara que «la finalidad de la interpretación del testamento es la averiguación de la voluntad real del testador (así, sentencias de 24 de mayo de 2002, 21 de enero de 2003, y 19 de diciembre de 2006). Lo importante y esencial en el presente caso, es conocer el momento en que se debe saber cuál es esta voluntad real. Y este momento es aquel en que declaró su voluntad, otorgando el testamento. Este es revocable hasta el momento mismo de la muerte: *ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*, pero la revocación es precisa para conocer la voluntad real al tiempo de otorgarlo. El testamento se perfecciona en el momento de su otorgamiento, mediante la emisión de la declaración de voluntad no recepticia. Es un negocio jurídico unilateral y no recepticio, por lo que su interpretación debe referirse al tiempo de su otorgamiento y no al tiempo de su muerte: así lo ha mantenido reiterada jurisprudencia, como las sentencias de 29 de diciembre de 1997, 23 de enero de 2001 y 19 de diciembre de 2006».

Ahora bien, cuestión distinta es la eficacia de la cláusula condicional suspensiva transcrita y objeto de la *litis* de la STC 9/2010, para cuya interpretación se acude no a la normativa vigente en el momento del otorgamiento, sino a la del orden constitucional como orden público al que se acudirá en los

supuestos en que la interpretación judicial sea la que cause la discriminación y no el causante.

IV. RECAPITULACIÓN CRÍTICA SOBRE EL ORDEN PÚBLICO CONSTITUCIONAL Y LAS DISPOSICIONES GRATUITAS. ¿HACIA LA ELIMINACIÓN DE TODA FORMA DE DISCRIMINACIÓN INCLUIDAS LAS PRIVADAS?

De lo dicho se sigue que la evolución jurisprudencial en materia de fideicomisos ha empeñado buena parte de sus esfuerzos en la revisión, depuración y ajuste de ciertas desviaciones del principio de igualdad presentes en la redacción notarial de algunas cláusulas condicionales. En puridad, el tenor literal de la cláusula no era lo suficientemente explícito para que fuese aceptable la interpretación judicial de instancia sobre que el causante hubiese podido, caso de pretenderlo, discriminar ante la distinta filiación adoptiva o biológica de los hijos e hijas de los fiduciarios.

Con todo, téngase presente que sí soportaría un juicio de constitucionalidad una cláusula testamentaria en que el testador deliberadamente excluyese de la liberalidad hereditaria a legitimario por razón de su distinta filiación, caso de que respetase escrupulosamente la intangibilidad de la legítima.

De hecho, y no se trata de una hipótesis sino una práctica inveterada y ratificada en los hechos, el abuelo-causante sí que discriminó a unos hijos frente a otros, si bien por razón de edad y por el orden cronológico de sus matrimonios, evidencia esta que a nadie sorprende, hasta tal extremo que tampoco es contrargumentada por los «perjudicados». Es decir, en su testamento favoreció al primogénito de su primer matrimonio, en detrimento de los restantes hijos habidos del segundo vínculo y a mayor abundamiento el eje fue la edad de sus hijos e hijas, resultando el de «peor» derecho el de menos edad. Por el contrario, el causante en la cláusula cuya interpretación judicial ha sido objeto de amparo, en ningún caso pretendió discriminar por razón de género, al incluirse en su expresión «hijos o hijas» según se ha transcrito *ut supra*.

Lo cierto es que en el caso de autos de la STC 9/2010, de 27 de abril de 2010, cuyo testamento fue redactado en 1927, en todo caso se respetaba la legítima. Distinta es la hipótesis de que si se hubiese excluido de forma expresa a la descendencia adoptiva, dicho fideicomiso pudiera no haber sido reprobado, por más que pueda parecer censurable la discriminación que un abuelo haga de sus futuros nietos, entre los que ostenten la filiación biológica o adoptiva, toda vez que se respetó la intangibilidad de la legítima. En resumidas cuentas, como sostiene el Voto Particular formulado por RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ: «nadie tiene derecho a un acto de liberalidad, por lo que las prohibiciones de discriminación contenidas en el artículo 14 CE no se proyectan sobre los actos de liberalidad *inter vivos* o *mortis causa*».

Con todo, se ratifica la línea jurisprudencial sobre el punto en que habrá de efectuarse la interpretación de la condición incluida en un fideicomiso testamentario, referido al momento en que se cumpla dicha condición. A mayor abundamiento, si la redacción de dicha cláusula es ambigua, la interpretación judicial habrá de ajustarse a los principios constitucionales y, en particular, al de interdicción de discriminación por razón del nacimiento.

En su defecto, la exclusión del llamamiento a la herencia hecha al inferir que la expresión «hijos legítimos» no abarca a los adoptivos, lesiona de forma

directa los derechos de los afectados, de modo tal que el origen del tratamiento discriminatorio es imputable al órgano judicial y no al testamento.

En definitiva, es la interpretación judicial la que ha incurrido en discriminación, por lo que se ha sobrepasado el ámbito de la jurisdicción ordinaria, procediendo la vía constitucional para otorgar el amparo de las hijas adoptivas, ordenándose al Juzgado de instancia que dicte otra resolución respetuosa con los derechos fundamentales. Nadie argumentó nada sobre la discriminación por razón de la edad.

V. BIBLIOGRAFÍA

Además de la citada a nota a pie de página:

- ALBALADEJO GARCÍA: «Las sustituciones fideicomisarias puras, a término y condicionales: sus límites, aceptabilidad o repudiabilidad», en *RDP*, 1979, pág. 519 y sigs.
- «Comentario a la sección tercera, artículos 774 al 789», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ, SALVADOR CODERCH (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs 1915 a 1938.
- ALONSO MARTÍNEZ: «Capítulo cuarto de: El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones forales», recogido en LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, VII, *Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2010, 6.^a ed., pág. 130 y sigs.
- AMAT LLARI: «La facultad de disponer del heredero fiduciario. Comentario a la STSupJC de 1 de abril de 2004», en *Indret*, 15, 2004.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Un buen voto particular», en *Aranzadi Civil*, 4, 2010.
- DÍAZ ALABART: *El fideicomiso de residuo. Su condicionalidad y límites*, Barcelona, 1981.
- «La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente (art. 808 CC, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre)», en *RDP*, 5-6, 2004, 2004.
- DONADO VARA: «Apuntes sobre las novedades legislativas en el Derecho Civil Común español en materia de discapacidad y derechos sucesorios», en *Revista de Derecho de Familia de Costa Rica*, 4, 2009.
- GÓMEZ GALLIGO: «La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado», en *RCDI*, 687, 2005, pág. 11 y sigs.
- HERNÁNDEZ GIL: «Consolidación de la sustitución fideicomisaria condicional en el primer llamado por premoriencia de los ulteriores», en *Obras completas*, 4, Madrid, 1989.
- LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA: *Elementos de Derecho Civil*, V, *Derecho de Sucesiones*, Bosch editor, Barcelona, 1988, reimpresión de 1992.
- LACRUZ BERDEJO: «La cláusula *si sine liberis decesserit* en el Derecho aragonés», en *Estudios de Derecho Privado, Común y Foral*, 1955, págs. 577 a 631.
- LASARTE ÁLVAREZ: *Principios de Derecho Civil*, VII, *Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2010, 6.^a ed.
- MARTÍN MELÉNDEZ: *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados*. Prólogo de GARCÍA RUBIO, Madrid, 2010.
- POUS DE LA FLOR: «La dispensa de colación de los gastos realizados para atender las necesidades de la persona con discapacidad», en *La protección de las personas mayores*, Madrid, 2007, pág. 403 y sigs.

- RIVERO HERNÁNDEZ: «Preterición de hijo extramatrimonial en sucesión abierta después de la Constitución y antes de la entrada en vigor de la Ley 11 /1981, de 13 de mayo (Comentario a la STS de 17 de marzo de 1995)», en *Derecho Privado y Constitución*, 6, mayo-agosto de 1995, pág. 227 y sigs.
- ROCA-SASTRE: *Derecho de Sucesiones*, I, Barcelona, 1995, 2.^a ed.
- «El fideicomiso *si sine liberis decesserit* y el Código Civil», en *RCDI*, 1956.
- SAN SEGUNDO MANUEL: «Sustitución fideicomisaria condicional *si sine liberis decesserit*. Los hijos adoptivos como fideicomisarios. La interpretación de las cláusulas fideicomisarias de los testamentos», en *RCDI*, 695, págs. 1205 a 1209.
- VALLET DE GOYTISOLO: «Fideicomisos a término y condicionales y la cláusula *si sine liberis decesserit* en el Derecho histórico de Castilla», en *ADC*, 1956, pág. 783 y sigs.
- VENTURA-TRAVERSEY Y GONZÁLEZ: «El fideicomiso condicional según el Derecho positivo español y la jurisprudencia», en *RCDI*, 1951.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

STEDH de 13 de julio de 2004.
STC 9/2010 de 27 de abril de 2010.
STS de 27 de septiembre de 1930.
STS de 2 de marzo de 1935.
STS de 14 de diciembre de 1944.
STS de 25 de octubre de 1954.
STS de 6 febrero de 1997.
STS de 29 de diciembre de 1997.
STS de 23 de enero de 2001.
STS de 28 de junio de 2002.
STS de 15 de diciembre de 2005.
STS de 19 de diciembre de 2006.
STS de 29 de septiembre de 2009.
STSupJC de 1 de abril de 2004.
SAP Barcelona, de 29 de septiembre de 2000.
RDGRN de 4 de enero de 1944.
RDGRN de 13 de octubre de 2005.

RESUMEN

SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA
CONDICIONAL.
INTERPRETACIÓN CLÁUSULA
TESTAMENTARIA

Las relaciones entre las sustituciones hereditarias y la doctrina son, cuando menos, encontradas tal y como revela su crónica fluctuante y llena de contrastes. Se ha pasado de la florida

ABSTRACT

CONDITIONAL BENEFICIARY
SUBSTITUTION.
INTERPRETATION OF A
TESTAMENTARY CLAUSE

Relations between the substitution of heirs and doctrine are conflicting, to say the least, as revealed by their fluctuating, contrast-filled story. Dissertation on the substitution of heirs was

literatura jurídica del Derecho intermedio al aparente olvido, fruto de su censurada existencia como institución causante de pobreza y desigualdad, al sustraer del tráfico económico ciertos bienes de las grandes fortunas. En los últimos tiempos y mediante la autorización del gravamen del tercio de legítima estricta con una sustitución fideicomisaria incluida en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, se ha recuperado parte del interés perdido. Con todo y si se ha puesto en duda la relevancia de esta figura —también de la sustitución fideicomisaria en la que heredero o fiduciario sucede en primer lugar a su causante o fideicomitente, y en la que el fideicomisario recibirá, en su caso, el patrimonio tras el fiduciario—, lo cierto es que la sustitución fideicomisaria si sine liberis decesserit, ha tenido y tiene trascendencia en el ámbito sucesorio catalán. Así su práctica se ha evidenciado desde antiguo en archivos notariales y en las controversias judiciales que ha protagonizado. En este trabajo repasaremos la dicción literal de estas disposiciones testamentarias expresas y cómo ha afrontado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, del TC y del TEDH su interpretación, centrada en el cumplimiento de la condición verificada tras la Constitución y el llamamiento a la herencia hechos según la situación jurídica del momento en que haya de ejecutarse la sustitución.

rife in the florid legal literature of intermediate law (between the fall of the Roman Empire and the rise of codification) but fell into apparent oblivion as the substitution of heirs came under censure as an institution that sowed poverty and inequality by removing certain assets belonging to the great fortunes of the land from economic trade. In more-recent times, through Act 41/2003 of 18 November, which authorised the encumbrance of the reserved portion of the deceased's estate with a beneficiary substitution, part of the lost interest has been regained. Altogether, although doubt has been cast on the relevance of this procedure (and the relevance of beneficiary substitution, in which the heir or trustee is the first to succeed the decedent or founder of the trust, and the beneficiary will receive the legacy after the trustee), the fact is that beneficiary substitution si sine liberis decesserit has had and still has significance in Catalan succession law. There are records of its practice since olden times, in notarial archives and in judicial controversies where it has proved to be an important point. This paper reviews the literal wording of express testamentary dispositions concerning substitution of heirs. It also looks at how Supreme Court, Constitutional Court and European Court of Human Rights case law have approached the issue of interpretation, focusing on compliance with the verified condition after the Constitution and the call for heirs performed in accordance with the legal situation at the time when the substitution is to be done.

5. Obligaciones y Contratos

LA DONACIÓN DE BIENES INMUEBLES ENCUBIERTA BAJO LA FORMA DE UNA COMPRAVENTA OTORGADA EN ESCRITURA PÚBLICA: EL PROBLEMA DE LA SIMULACIÓN Y LA FORMA

por

ROSANA PÉREZ GURREA

Abogado

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. LAS DIFERENTES POSICIONES JURISPRUDENCIALES EN TORNO A LA VALIDEZ O NO DE LA DONACIÓN DISIMULADA: 1. SENTENCIA DEL TS DEL PLENO DE LA SALA 1.^a DE 11 DE ENERO DE 2007 (*RJ* 2007/1502). 2. SENTENCIA DEL TS, DE 26 DE FEBRERO DE 2007 (*RJ* 2007/1969).—III. ESPECIAL REFERENCIA A LAS DONACIONES REMUNERATORIAS DISIMULADAS.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS.

I. PLANTEAMIENTO

Entendemos por donación encubierta todos aquellos supuestos en que la donación tiene lugar sin atenerse a todos los requisitos y formalidades que el Código Civil establece para este tipo de negocios, es decir, que se encubre bajo la apariencia de otro negocio jurídico, generalmente un contrato de compraventa.

En el Derecho moderno, las causas que fomentan la existencia de donaciones encubiertas, no son siempre ilícitas, pero es lo más frecuente y suelen ser: Burlar una prohibición general, por ejemplo, acudir a la compraventa para encubrir una donación inoficiosa con el propósito de defraudar a los legítimos o realizar donaciones a personas a las que está prohibido; burlar la presión fiscal sobre transmisiones a título gratuito que muchas veces es más elevada que la que habría que satisfacer por una compraventa de la misma cosa. Ésta es la razón por la que muchas personas, a la hora de formalizar una donación, prefieren presentarla como una compraventa declarando un precio ficticio que en realidad no se paga.

Nos encontramos ante un caso de simulación relativa, en el que hay un negocio aparente, la compraventa y otro oculto o disimulado, la donación. El tema objeto de nuestro análisis se centra en determinar si la escritura pública de compraventa de bienes inmuebles es suficiente o no para entender cumplidos los requisitos de forma que para la donación exige el artículo 633 del Código Civil.

Se trata de un tema que ha sido ampliamente debatido tanto en la doctrina (1) como en la jurisprudencia y el criterio ha distado mucho de ser uná-

(1) Entre los autores que han estudiado esta materia citaremos a ALBADALEJO GARCÍA y DÍAZ ALABART, en «La donación», Madrid, 2006; DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, en «La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia», Madrid, 2000; VALLET DE GOYTISOLO, en «Estudios sobre donaciones», Madrid, 1978, y DE CASTRO Y BRAVO, en «La simulación y el requisito de la donación de cosa inmueble», en *Anuario de Derecho Civil*, 1953, págs. 1001 y sigs.

nime, existiendo dos posturas diametralmente opuestas, basadas en argumentaciones distintas.

La tesis que niega la validez de la donación disimulada se encuentra representada por DE CASTRO, seguido entre otros por ALBADALEJO. Sus argumentos son que falta la causa o *animus donandi*, así como la aceptación expresa del donatario, *ex* artículo 633.2 del Código Civil, la escritura pública *ad utilitatem* de venta no cubre la forma *ad solemnitatem* que requiere la donación de bienes inmuebles. Declarada nula la compraventa simulada contenida en la escritura, la donación se ha hecho a espaldas del Notario y no reúne el requisito de forma pública, por tanto, según esta postura, el acto sería nulo.

Otras posturas, aún partidarias de la tesis negativa y de la nulidad, la suavizan concediendo sólo legitimación activa a los herederos forzosos del donante (para no perjudicar las legítimas), no a los voluntarios.

FUENMAYOR se inclina, en cambio, por la validez de estas donaciones, siempre que no persigan el propósito de perjudicar la legítima de los herederos forzosos, ya que esta causa ilícita determinaría su nulidad. También VALLET DE GYTSOULO es partidario de su validez por razones históricas y de Derecho Comparado y considera que hay que partir del artículo 1276 del Código Civil, que regula la simulación relativa al decir que: «La expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita», por lo tanto, si se demuestra que hay una donación verdadera y lícita debe mantenerse. Entiende que la escritura pública de venta cubre la forma del artículo 633 del Código Civil, ya que la donación no es un contrato, sino un modo de adquirir la propiedad, y lo importante es que la escritura pública recoja el acto traslativo, no la causa ni la aceptación.

Así, de acuerdo con esta teoría, la donación encubierta produce los efectos de toda donación y, por lo tanto: si la causa es ilícita, será nula *ex* artículo 1275 del Código Civil; será revocable por las causas de revocación de toda donación; si perjudica a los legitimarios, se reducirá o anulará; y si perjudica a los acreedores, se aplicarán las reglas generales de las enajenaciones fraudulentas a título gratuito por el juego de los artículos 34 LH, 1296 y 1297 del Código Civil y 643 del Código Civil.

II. LAS DIFERENTES POSICIONES JURISPRUDENCIALES EN TORNO A LA VALIDEZ O NO DE LA DONACIÓN DISIMULADA

Nuestra jurisprudencia no ha seguido un criterio uniforme en esta materia, niegan la validez de las donaciones encubiertas bajo la forma de compraventa, las sentencias de 3 de marzo de 1932, 22 de febrero de 1940, 20 de octubre de 1961, 1 de diciembre de 1964, 14 de mayo de 1966, 1 de octubre de 1991, 6 de abril de 2000 y 16 de julio de 2004. La doctrina contenida en estas sentencias parte de la base de que la escritura pública de compraventa no vale para cumplir el requisito del artículo 633 del Código Civil, ya que no es una escritura pública de donación en la cual deben expresarse tanto la voluntad de donar como la aceptación del donatario. La primera no prueba la existencia de la donación del modo y forma que exige el artículo 633 (sentencia de 3 de marzo de 1932); la escritura pública se otorgó para amparar un contrato nulo, sin que en la misma constase el *animus donandi*, las cargas impuestas al donatario, ni la aceptación de éste (sentencia de 1 de

diciembre de 1964); y que la aceptación del donatario no existe pues dio su consentimiento para un contrato de compraventa (sentencia de 1 de octubre de 1991).

Por su parte, admiten la validez de la donación de inmuebles disimulada, las sentencias de 29 de enero de 1945, 16 de enero de 1956, 15 de enero de 1959, 31 de mayo de 1982, 19 de noviembre de 1992, 21 de enero de 1993, 20 de julio de 1993, 14 de marzo de 1995 y 2 de noviembre de 1999. El argumento fundamental de esta posición es el de que si bajo el negocio simulado existe el disimulado, la forma de aquél será la propia de este último, y si es la exigida por la ley para el tipo de negocio al que pertenece, cumple con el requisito formal correspondiente; el notario cuando autorizó la escritura pública estaba en verdad autorizando un contrato de donación (sentencias de 9 de mayo de 1988 y 30 de septiembre de 1995).

Un tercer criterio jurisprudencial afirma que ha de resolverse ateniéndose a las circunstancias del caso, este criterio está representado por las sentencias de 19 de noviembre de 1987, 23 de septiembre de 1989, 22 de enero de 1991, 30 de diciembre de 1999, 18 de marzo de 2002 y 7 de octubre de 2004.

Como podemos observar, se hacía necesario unificar la doctrina de la jurisprudencia, así el TS lleva a cabo esta unificación a través de la sentencia del Pleno de la Sala 1.^a, de 11 de enero de 2007, que pasamos a analizar.

1. SENTENCIA DEL TS DEL PLENO DE LA SALA 1.^a, DE 11 DE ENERO DE 2007 (*RJ* 2007/1502)

El Fundamento Jurídico preliminar describe la base del problema que podemos sintetizar de la siguiente manera: el actor emprende acción frente a los presuntos donantes (padres) de varios inmuebles, aparentemente vendidos con fecha de 14 de abril de 1989 a su hija, también encausada. Los motivos de la demanda son el de nulidad por simulación absoluta y otro subsidiario, para el supuesto de que se aceptara la licitud del contrato de rescisión por fraude de acreedores. Un hermano de la donataria causó, breves fechas antes de la liberalidad, lesiones al demandante, con pérdida de la visión y deformidad en un ojo. Tales hechos motivarían diversas diligencias penales y consecuentes pleitos civiles a instancias de los representantes legales de la víctima y que desembocaron en el reconocimiento de la responsabilidad civil de los padres. La pretensión deducida entiende que la transmisión que se hace apenas dos meses después del accidente constituye una maniobra elusoria de la responsabilidad en que incurren los presuntos vendedores y sería una excusa para impedir el deber de los progenitores por actos de su hijo. En síntesis, resulta el prototipo de transferencia fraudulenta, cuya gravedad la víctima consideró que era suficiente como para emprender acciones penales por presunto delito de alzamiento de bienes, que fueron sobreseídas.

El Juez de Primera instancia desestimó la demanda entendiendo que, si bien la compraventa fue simulada, encubría una liberalidad remuneratoria válida, por el sacrificio que afronta la beneficiaria entregando su sueldo para el sostenimiento de la familia. En cuanto a la rescisoria ejercitada subsidiariamente, no prospera por haber transcurrido el plazo cuatrienal a partir de que se dispusieran de las fincas en favor de aquélla, fijando como *dies a quo* la fecha del otorgamiento de la escritura pública.

La sentencia de apelación para rechazar la existencia de fraude, alega «que en realidad ha existido una donación remuneratoria con una causa válida y lícita. La circunstancia de que la misma tuviera lugar a los dos meses de que el hijo y hermano de los demandados alcanzara con un perdigón el ojo del hijo del actor no es suficiente para poder presumir que el señor XXX intentaba perjudicar al hoy autor, pues debe tenerse en cuenta que la familia de ambos hijos era muy amiga y que el disparo se produjo cuando ambos menores llevaban una escopeta y habían salido a jugar después de haber comido juntos. Tal circunstancia bien pudo llevar al convencimiento al señor XXX de que su amigo nunca le iba a reclamar cantidad alguna por el accidente, ello es así por cuanto no consta que el actor le hiciera reclamación alguna, aunque fuera verbal, antes de la celebración del contrato, pues incluso dejó transcurrir veinte meses para interponer la demanda, por otro lado tampoco era clara la responsabilidad del señor XXX, cuando tanto la Audiencia como el TS apreciaron la existencia de concurrencia de culpas en el señor XXX y en el actor por la falta de vigilancia de ambos menores al no adoptar las medidas para que no pudieran llevarse cada uno una escopeta».

Por el contrario, el Fundamento Jurídico 3.º de la sentencia dice: «En la época de la supuesta transmisión, la adquirente contaba apenas con dieciocho años de edad, trabajando a media jornada en una fábrica de pieles. En el supuesto hipotético que ésta hubiese aportado todo o parte de su salario para sufragar gastos domésticos o familiares, tal cantidad es insignificante en relación a los tres bienes inmuebles transmitidos». Ello conlleva un completo giro en la estima que apareja el voto particular, cuando asegura que la invalidez del acto no proviene de su ausencia de forma debida, sino del fraude ínsito a la maniobra, de modo que «constituye una clara manifestación de simulación absoluta, pues la escritura pública denominada de compraventa de 14 de abril de 1989 respondió únicamente al propósito de poner los bienes inmuebles de los padres (incluida la vivienda familiar) a nombre de una hija mayor de edad, con el fin de sustraer el patrimonio familiar a la posible responsabilidad civil derivada del hecho ocurrido el 19 de abril de 1989, en el que intervino un hijo del matrimonio menor de edad, el cual, al accionar una escopeta de perdigones perteneciente a su padre, impactó en un ojo de un amigo también menor con el que se hallaba jugando, a consecuencia de cuyo accidente el herido perdió la visión del ojo afectado».

Con esta sentencia el TS vuelve a su primitiva posición y considera que la nulidad de la escritura pública de compraventa impide que se considere válida la donación de inmuebles encubierta. Aunque se probase que hubo *animus donandi* del donante y aceptación por el donatario del desplazamiento patrimonial, lo evidente es que esos dos consentimientos no constan en la escritura pública, sino en los autos del pleito seguido sobre la simulación. El artículo 633 del Código Civil cuando hace forma sustancial de la donación de inmuebles la escritura pública no se refiere a cualquier escritura, sino a una específica en la que deben expresarse aquellos consentimientos, y ello es totalmente diferente de que se extraigan de los restos de una nulidad de la escritura de compraventa como resultado de una valoración de la prueba efectuada por el órgano judicial. En consecuencia, una escritura pública de compraventa totalmente simulada no cumple los requisitos del artículo 633, pues el negocio disimulado de donación que se descubre no reúne para su validez y eficacia aquéllos.

Comparto totalmente la doctrina sentada en esta sentencia, que puede ser tachada de excesivamente literalista o formalista, pero que es la que mejor se ajusta al espíritu de la ley, ya que la escritura pública que preceptivamente exige el artículo 633 del Código Civil tiene que ser una escritura de donación en la que debe expresarse el *animus donandi* del donante y la aceptación del donatario y, la escritura pública de compraventa es totalmente simulada ya que no cumple estos requisitos.

Esta sentencia recibió el voto particular interpuesto por don Jesús Eugenio CORBAL FERNÁNDEZ y suscrito por otros tres magistrados. Su desarrollo resulta ilustrativo, ya que no supone sostener un criterio de solución distinto del fallo: «debemos estimar y estimamos que es nula por simulación absoluta la escritura pública de compraventa» y, por lo tanto, la conclusión del voto particular solicita estimarse la demanda declarando nulo por simulación absoluta el contrato otorgado en escritura pública».

La discrepancia se basa en que, a su entender, debían haberse aceptado los motivos del recurso de casación primero: es patente la absoluta falta de motivación de la resolución recurrida acerca de la simulación absoluta postulada en la demanda, pues limita su contenido a la validez de la donación remuneratoria, y segundo por infracción de los artículos 1261.3, 1274, 1275 y 1276 del Código Civil por expresión de causa falsa y no existir otra causa verdadera y lícita, ya que la donación «respondió únicamente al propósito de poner los bienes inmuebles de los padres (incluida la vivienda familiar) a nombre de una hija mayor de edad con el fin de sustraer el patrimonio familiar a la posible responsabilidad civil derivada del hecho ocurrido el 19 de febrero de 1989 en el que intervino un hijo del matrimonio menor de edad, el cual al accionar una escopeta de perdigones perteneciente a su padre, impactó en el ojo de un amigo también menor con el que se hallaba jugando, a consecuencia de cuyo accidente el herido perdió la visión del ojo afectado».

La perspectiva del voto particular es coherente con la praxis mantenida hasta el momento por algunas sentencias en las que se condiciona el criterio jurídico a las circunstancias concretas. En el fondo de la decisión late un enfoque acerca del valor de las normas, su exégesis y la jurisprudencia. En efecto, «la principal razón a que obedece este voto particular no es tanto la discrepancia en relación con un tema técnico y polémico, respecto del que caben posturas disímiles, y que responden a distintas formas de afrontar una interpretación de la norma legal —literalista o flexible—, sino la inoportunidad del cambio jurisprudencial». Y sigue diciendo: «Entiendo que, en el caso, el cambio es inoportuno porque no hay ninguna razón nueva, ya que el posible perjuicio para derechos legitimarios, aparte de ser tanto más factible con el contrato de compraventa, tiene adecuada respuesta en la nulidad del negocio disimulado (sentencias de 1 de abril de 2000, 28 de febrero y 23 de octubre de 2002 y 23 de septiembre de 2005), y el argumento interpretativo literalista fue el que determinó durante años la contradicción jurisprudencial y parecía superado (un solo voto particular en el año 1995) y, sobre todo, porque el cambio va a producir una importante afectación social ya que puede dar lugar a la inestabilidad de situaciones jurídicas creadas al amparo de nuestra jurisprudencia, que es tanto más perturbador en lo que atañe a las donaciones remuneratorias. Es éste el aspecto que más me preocupa porque la norma jurisprudencial, a diferencia de una modificación legal, no es para tal doctrina, irretroactiva. Y ahí radica la trascendencia del cambio que se efectúa, porque el criterio mayoritario plasmado en la sentencia de que discrepo constituye *per se* jurisprudencia».

Como indica la sentencia de 11 de enero de 2007, el Código exige una forma específica para la donación de inmuebles, con carácter de requisito inexcusable de validez, que a menudo el TS extiende a la inexistencia (2).

El Código no acepta de manera indiscriminada la eficacia de los actos disimulados, ya que constituyen un sistema discutible para obtener unos efectos que vía directa hubieran podido conseguirse (3).

En definitiva, siguiendo antigua doctrina, considero que el artículo 633 del Código Civil debe ser entendido en el sentido de que las donaciones de bienes inmuebles no tienen validez, ni por lo tanto, despliegan virtualidad traslativa alguna del dominio de los bienes a que se refieren si no aparecen instrumentadas en escritura pública, exigencia de solemne y esencial formalidad que rige cualquiera que sea la clase de donación siempre que se refiera a bienes raíces, así lo ha establecido entre otras la sentencia de 1 de diciembre de 1964 cuando expresa que «el contrato de donación, sea puro y simple u oneroso o modal, no se rige por el principio de libertad de forma que consagra como regla general, el artículo 1278 del Código Civil, sino que tiene sus normas propias contenidas en el artículo 633 del Código Civil, que categóricamente ordena que para que sea válida la donación de cosa inmueble ha de hacerse en escritura pública, expresándose en ella individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario».

En definitiva, me parece muy gráfica la frase de ALBADALEJO: «de verdad, nunca la jurisprudencia ha querido significar que una escritura de venta sirva de forma a una donación; por lo que si ésta se hace encubiertamente, simulando vender por mucho que la simulada venta se otorgue en escritura pública, la donación encubierta como regla no vale» (4).

(2) Siguen también esta doctrina, las sentencias de 3 de abril de 1936, 20 de febrero de 1944, 13 de marzo de 1952, 24 de marzo y 29 de noviembre de 1956, 17 de febrero, 14 de mayo, 25 de junio y 1 de diciembre de 1966, 2 de enero de 1978, 27 de septiembre de 1989, 1 de octubre de 1990, 7 de mayo y 25 de octubre de 1993, 27 de julio y 10 de noviembre de 1994, 3 de marzo, 24 de octubre y 23 de diciembre de 1995, 5 de noviembre de 1996, 19 de junio de 1999 y 24 de mayo de 2000.

(3) La disciplina jurídica que conforma el sentido y alcance de la posible validez otorgada por el Derecho español a las donaciones ocultas en contratos onerosos, trae causa de un principio elemental cuya formulación reitera la jurisprudencia desde hace tiempo: «Según declara la sentencia de 3 de marzo de 1932, si bien al amparo del artículo 1276 del Código Civil pueden ser admitidos los negocios disimulados, o sea, los actos válidos y tácitos encubiertos por contratos aparentes, pero privados de la causa específica a la que va unida su existencia, es necesario para que aquellos produzcan plenos efectos, que se justifique no sólo la concurrencia de los indispensables elementos personales de capacidad y consentimiento, así como la existencia del objeto en que han de apoyarse las relaciones obligatorias o reales ciertamente concertadas, sino también la causa verdadera y lícita en que se funde el acto que las partes han querido ocultar y el cumplimiento de las formalidades que la ley exige para quienes actuaran paladinamente». En suma, «lo incontestable es, en todo caso, que para la efectividad de esas donaciones encubiertas es preciso que en ellas concurren las condiciones y los requisitos, tanto formales como sustantivos, imprescindibles para su validez jurídica, entre los cuales debe constar destacadamente el *animus donandi* o aquellas circunstancias de las que puede deducirse: sentencias de 24 de abril de 1961, 13 de mayo de 1965, 4 de diciembre de 1975, 24 de febrero de 1986 y 23 de febrero de 1991».

(4) ALBADALEJO GARCÍA, M., *Estudio de la jurisprudencia sobre la validez o no de la escritura de venta simulada para cubrir la forma de la donación disimulada*, Madrid, 1988.

2. SENTENCIA DEL TS DE 26 DE FEBRERO DE 2007 (RJ 2007/1769)

Esta sentencia se pronuncia en términos semejantes a la anterior, entendiendo, desde mi punto de vista con muy buen criterio, que la escritura pública de compraventa no satisface los requisitos formales de la donación de inmuebles. Con la finalidad de intentar clarificar la cuestión ante la jurisprudencia contradictoria existente, ya la sentencia de 11 de enero de 2007 (RJ 2007/1502) se inclina por negar validez a la donación disimulada por defecto de forma, incluso cuando se trate de una posible donación remuneratoria como posteriormente vamos a analizar.

El Fundamento de Derecho primero de la sentencia de 26 de febrero de 2007 reconoce que la Sala ha mantenido criterios dispares respecto de la cuestión que estamos analizando y señala tres líneas de decisión diversas:

1. En primer lugar, la que acoge como fundamento del fallo, consistente en entender que la escritura pública de compraventa no sirve de cobertura formal a la donación disimulada en los términos que exige el artículo 633 del Código Civil, ya que este precepto exige que la voluntad de donar y de aceptar la donación consten en escritura pública, pero no en cualquier escritura pública sino necesariamente en escritura pública de donación, ya que sólo con esta se cumple el requisito de forma legalmente establecido.

2. En segundo lugar, se admite que al otorgar la escritura de compraventa, lo que realmente estaba autorizando el Notario era la donación, de manera que si aplicamos la doctrina de la simulación relativa, se estimarían cumplidos los requisitos del negocio oculto y realmente querido por las partes.

3. Finalmente, la sentencia hace referencia a otra tendencia jurisprudencial, que partiendo de la imposibilidad de dar respuesta al problema en el terreno dogmático, resuelve la cuestión en atención a las circunstancias del caso concreto.

Considero que sólo la primera de estas interpretaciones se ajusta a derecho, la escritura de venta que encubre una donación de inmuebles no sirve para cumplir las exigencias de forma del artículo 633 del Código Civil, ya que esa escritura no refleja la causa liberal y por tanto no expresa la voluntad de donar y la de aceptar la donación. Los indicios que podamos encontrar de concurrencia de voluntad de donar y de aceptar la donación fuera de la escritura no son suficientes para acreditarlas, ya que el legislador sólo contempla una vía para ello que es la mencionada escritura de donación. La sentencia que estamos analizando también señala que «el criterio favorable a la validez de la donación disimulada propicia por sí mismo el fraude a los acreedores y legitimarios del donante» ya que se les está imponiendo la carga de litigar para que se descubra la simulación, con la finalidad de que se revele el negocio disimulado y, una vez conseguido, poder combatirlo si perjudica a sus derechos mediante el ejercicio de una acción rescisoria o bien para que sean respetados mediante el ejercicio de una acción de reducción de donaciones por inoficiosidad.

Posteriormente esta línea jurisprudencial ha sido refrendada en sentencias posteriores como la STS de 27 de mayo de 2009 (RJ 2009/3045), la cual establece que conforme a la sentencia del pleno de esta Sala, de 11 de enero de 2007, una escritura de compraventa totalmente simulada no cumple los requisitos del artículo 633, ya que el negocio disimulado de donación que se descubra no reúne para su validez y eficacia aquéllos. En cualquier caso, como

asegura la sentencia de 18 de marzo de 2008, el TS se ha inclinado en su doctrina más reciente por sostener la invalidez de la donación de inmuebles encubierta bajo la forma de compraventa por faltar el requisito *ad solemnitatem* de constar la donación, y no cualquier otro negocio en escritura pública y figurar también en ella la aceptación del donatario.

III. ESPECIAL REFERENCIA A LAS DONACIONES REMUNERATORIAS DISIMULADAS

Ya hemos visto el valor esencial que ostenta la forma de la donación y en consonancia con él los criterios jurisprudenciales que entienden que la escritura de venta que encubre una donación de inmuebles no es suficiente para cumplir con las exigencias de forma del artículo 633 del Código Civil, precisamente porque esa escritura no es una escritura de donación en la que conste tanto el *animus donandi* y la aceptación del donatario como los demás requisitos exigidos por los artículos 632 y 633 del Código Civil. En definitiva como señala Federico DE CASTRO: «no puede hacerse indirectamente lo que está prohibido hacer directamente», y eso ocurre en el caso de donar inmuebles sin la pertinente escritura de donación.

El TS en algunas sentencias (5) se aparta del criterio formalista que hemos expuesto en supuestos en que la donación disimulada tiene carácter remuneratorio, por entender que las exigencias de forma de la donación deben ser más flexibles cuando no se esté ante una donación pura y simple, bastando entonces la escritura de compraventa para dar validez a la remuneración disimulada.

Todas estas sentencias vienen a decir que la donación pura y simple requiere siempre escritura pública de donación para que se entiendan cumplidos los requisitos formales necesarios para la existencia del negocio, sin que valga a estos efectos la escritura de compraventa que encubre la donación disimulada, por el contrario, cuando no estemos ante donaciones puras y simples, sino ante una donación remuneratoria, es suficiente la escritura de compraventa, ya que en este caso las formalidades exigidas por el artículo 633 del Código Civil no se exigen con todo su rigor sino de una manera más flexible.

Para analizar esta materia tenemos que partir del artículo 619 del Código Civil que dice: «Es también donación la que se hace a una persona por sus méritos o por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles».

En suma, la donación remuneratoria precisa: 1.º Que se trate de una donación y no de un contrato oneroso; 2.º Que no sea donación pura y simple sino una donación con motivo causalizado; 3.º Que se haga con la intención de remunerar un servicio lícito prestado por una persona a otra; 4.º Que el servicio que se remunera no constituya una deuda jurídicamente exigible para el donante; 5.º No ser dichos servicios remunerables por el uso.

Para la determinación de sus efectos hay que acudir al artículo 622 del Código Civil, que dice: «Las donaciones con causa onerosa se registrarán por las

(5) Siguen esta línea las sentencias de 7 de marzo de 1980, 31 de mayo de 1982, 17 de diciembre de 1984, 9 de mayo de 1988, 22 de enero de 1991, 8 de febrero de 1991, 21 de enero de 1993, 28 de mayo de 1996, 2 de abril de 2001 y 1 de febrero de 2002, entre otras.

reglas de los contratos, y las remuneratorias por las disposiciones del presente título en la parte que excedan del valor del gravamen impuesto». La redacción de este precepto merece un juicio desfavorable ya que parece confundir la donación remuneratoria con la onerosa.

En su interpretación se han seguido en la doctrina dos principales tendencias:

1. Una de ellas estima que ha de prescindirse del artículo 622 del Código Civil por contradictorio, y que eliminado este precepto, resulta que la donación remuneratoria que es también donación ex artículo 619 del Código Civil ha de regirse por el título de la donación y, solo en lo que en éste no se halle determinado por las disposiciones generales de los contratos y obligaciones.

Como señalan DÍEZ PICAZO y GULLÓN: «El artículo 622 del Código Civil es un precepto inaplicable para la donación remuneratoria, salvo que se recurra a la sustitución de «gravamen impuesto» por «servicios prestados», que es arbitraria por no poder fundamentarse en ninguna base legal» (6).

2. Otra dirección entiende que la donación remuneratoria debería regirse por un régimen mixto, es decir, que se regirá por las reglas de los contratos onerosos hasta donde alcance el valor del servicio y por las reglas de la donación en cuanto al exceso.

Me parece interesante y comparto la argumentación de ALBADALEJO y DÍAZ ALABART (7), al considerar esta tesis admisible si se procediera a valorar el servicio remunerado que en esta parte se regiría por las reglas de los contratos y en la parte que valga de más se tendría un acto puramente liberal que se regiría por las reglas de las donaciones puras, lo cual significaría que la norma debe entenderse no por su tenor literal «en la parte que excedan del valor del gravamen impuesto», sino «en la parte que excedan del valor del servicio remunerado». En contra de esta interpretación cabe señalar que la diferenciación de una parte onerosa y otra gratuita es anómala al concepto y naturaleza

(6) En un sentido semejante, Miriam ANDERSON en su comentario a la STS de 26 de febrero de 2007 (*RJ* 2007/1769) señala que el artículo 622 del Código Civil es absolutamente inaplicable a la donación remuneratoria, «puesto que no cabe confundir una donación remuneratoria con una donación modal... Por tanto, el artículo 622 del Código Civil, pese a su literalidad, no se refiere a las remuneratorias. Por ello estimo preferible la tesis que parte de entender que al otorgar una donación remuneratoria generalmente no se establece relación de proporcionalidad o correspondencia alguna entre el valor de los servicios prestados y el del objeto donado. La donación remuneratoria aparece como la manifestación material de un agradecimiento, que no se puede fragmentar y que no legitima para entender que se quiso donar puramente por un hipotético «exceso». Lo que la caracteriza es, por tanto, la incorporación a la causa gratuita del negocio de un motivo causalizado, que en ningún caso comporta la entrada de la onerosidad, ni en todo ni en parte, sino que imprime a la donación ciertas características de régimen jurídico propias, como pueden ser señaladamente, la irrevocabilidad por ingratitud y las consecuencias de la inexistencia o del error sobre los servicios que se querían remunerar... En cualquier caso, desde esta segunda perspectiva, la donación remuneratoria se aproxima mucho más a las donaciones puras y simples que a las onerosas, y ello explica que se rija íntegramente por las reglas de la donación en cuanto a capacidad, saneamiento, reducción, colación y por supuesto, forma».

(7) ALBADALEJO GARCÍA y DÍAZ ALABART, *La donación*, Colegio de Registradores, Madrid, 2006, pág. 411 y sigs.

de la donación remuneratoria y ello conlleva la dificultad práctica de determinar el valor del servicio remunerado, a lo que podemos añadir la dificultad de compatibilizar dos regímenes jurídicos en una misma figura.

Si aplicamos el requisito de forma a las donaciones remuneratorias, en base al juego de los artículos 622 y 633 del Código Civil, tenemos dos opciones: entender que la forma escrituraria de donación es esencial a toda clase de donaciones de inmuebles, o bien entender que estos requisitos de forma sólo son esenciales para la donación simple, en cuyo caso si entendemos que la donación remuneratoria se considera encuadrada en los negocios de naturaleza onerosa, sería admisible la teoría de flexibilización de la forma o, incluso la tesis partidaria de aplicar a estas donaciones el principio general de libertad de forma característico de los contratos.

Para un sector de la doctrina, la remisión a las «disposiciones del presente título en la parte que exceda del valor del gravamen impuesto» *ex* artículo 622 del Código Civil, conlleva la necesaria aplicación como requisito de validez de lo dispuesto en dicho título. Sin embargo, parte de la doctrina y la jurisprudencia han sido más permisivas en la exigencia del requisito de forma en las donaciones remuneratorias, admitiendo en base al artículo 622 del Código Civil y por remisión a las reglas de los contratos, la conversión en donación de negocios simulados, que ha llevado a algunos autores a hablar de una cierta «desolemnización» de la donación remuneratoria (8).

Esta línea la encontramos recogida en la sentencia de 31 de mayo de 1982: «en los casos de donación remuneratoria, encubierta bajo la forma de contrato de compraventa documentado en escritura pública ni la invalidez del negocio simulado ni la ausencia de literal expresión de voluntad de donar y aceptar la donación, deben ser obstáculo para la eficacia del contrato disimulado, la donación, si en éste realmente concurren además de los requisitos generales de todo contrato, los que corresponden a su naturaleza especial, es decir, la individualización de los bienes donados y la aceptación conocida por el donante del acto de liberalidad llevado a cabo por éste y hecha por los fingidos compradores y reales donatarios según la resultancia inequívoca de aquella escritura pública a cuyo otorgamiento concurrieron, con ánimo de hacer y recibir donación, todos los interesados en ella, que así prestaron su aquiescencia al verdadero negocio dispositivo».

La crítica doctrinal a esta postura se ha efectuado desde una doble perspectiva:

A) En la doctrina jurisprudencial anterior hasta la sentencia de 7 de marzo de 1980, no se había aplicado realmente la tesis de que la donación remuneratoria salvaba la donación disimulada de la nulidad que le afectaría tratándose de una donación normal. Ello no es óbice para que este mismo sector doctrinal considere aceptable que respecto del defecto de forma, la nulidad de la donación remuneratoria encubierta debe salvarse, y sólo declararse su nulidad si es una donación normal, para ello se apoya en los siguientes argumentos:

- a) A la donación normal debe aplicarse rigurosamente la ley, y a la remuneratoria no.

(8) POVEDA BERNAL, M. I., *Relajación formal de la donación*, ed. Dykinson, Madrid, 2004, pág. 132.

- b) Como corolario de lo anterior, en la donación normal no vale la escritura pública de compraventa simulada, pero en la remuneratoria sí
- c) La donación normal de inmuebles necesita escritura pública, la remuneratoria no, ya que se le aplica lo dispuesto en el artículo 622 del Código Civil conforme al cual, estas donaciones se rigen por las reglas de los contratos onerosos en la parte en que el valor de lo donado y el servicio remunerado sean equiparables y por las reglas de la donación normal en la parte que el valor de lo donado supere al del servicio recibido.

B) En segundo lugar, a pesar de la posición favorable a la validez de estos negocios, insinuada en la sentencia de 30 de marzo de 1980 y explicitada en la sentencia de 31 de mayo de 1982, aunque contradicha en las sentencias de 11 de enero, 26 de febrero de 2007 y 27 de mayo de 2009, la doctrina alude a los siguientes argumentos contrarios:

No parece admisible, al menos a priori, establecer que a la donación normal debe aplicársele rigurosamente la ley, y a la donación remuneratoria, no, lo que conllevaría la nulidad de la donación pura de inmuebles que no respete el requisito de la escritura pública de donación y la validez de las donaciones remuneratorias en el mismo caso.

El artículo 633 del Código Civil considero que no puede ni debe ser interpretado en el sentido de establecer un régimen jurídico diferente para las donaciones remuneratorias, ya que exige la escritura pública para la donación sin establecer distinciones de ningún tipo.

Según la STS de 21 de enero de 1993, en «los casos de donación remuneratoria encubierta bajo la forma de contrato de compraventa documentado en escritura pública, la ausencia de la literal expresión de la voluntad de aceptar la donación no debe ser obstáculo para la eficacia del contrato disimulado, que es la donación, si ésta reúne como ocurre en el caso planteado además de los requisitos generales de todo contrato, los que corresponden a su naturaleza especial». En la STS de 31 de diciembre de 1993, se discute sobre si hubo precio para defender la tesis de la compraventa, diciendo la sentencia: «que es inexcusable requisito de aquel el de ser verdadero o real, lo que descarta el llamado precio irrisorio que acusando con su ruindad, una desproporción tal que hace bascular la situación contractual contemplada hacia la donación en su modalidad de remuneratoria, según conclusión del juzgador de instancia cuya prudente interpretación, en tanto no aparece eficazmente combatida ha de ser mantenida en este trámite». La STS de 28 de mayo de 1996 admite la validez de la donación encubierta si es de naturaleza remuneratoria. Por su parte, la STS de 2 de abril de 2001 niega en el supuesto litigioso el carácter remuneratorio de la liberalidad pero admite que respecto de las donaciones remuneratorias disimuladas se suaviza el rigor de los requisitos establecidos en el artículo 633 del Código Civil.

Esta solución ha sido calificada, en palabras de POVEDA BERNAL (9), como surrealista, ya que «no se puede entender como la forma que constituye un acto, puede tener lugar a través de la que expresa un acto diferente, lo que indudablemente es contrario al propio concepto de forma con independencia

(9) POVEDA BERNAL, M. I., *Relajación formal de la donación*, ed. Dykinson, Madrid, 2004, pág. 137.

de que la forma aparente nunca pueda cumplir los requisitos que exige el artículo 633 del Código Civil. Pero a partir de ahí, la jurisprudencia, que empieza por reconocer un régimen especial en materia de forma para las donaciones remuneratorias, se va deslizando poco a poco hasta encontrarse de ello en el reconocimiento de un «formalismo de sustitución» lo que resulta inadmisibles, pues se acaba de sustituir lo que dice el Código Civil por una particular «aequitas cerebrina» a la que son muy dados los tribunales. Pero a pesar de todo, el argumento se seguirá desarrollando con total neutralidad, alejándose cada vez más del razonamiento originario en el que se plantea el privilegio de forma de la donación remuneratoria» (10).

Siguiendo la línea de la autora mencionada, considero que no es sostenible la tendencia jurisprudencial conforme a la cual se mantiene la donación oculta por ser remuneratoria y no necesitar forma y no la donación puramente liberal encubierta bajo escritura pública de compraventa (11).

La opinión doctrinal mejor fundada es la que afirma que la escritura ha de ser de donación no vale la de compraventa simulada. Por ello POVEDA BERNAL (12) señala que: «la pretensión jurisprudencial de configurar un régimen especial en cuanto a la forma para las donaciones remuneratorias es muy poco convincente, acabando por derivar hacia algo que no tiene nada que ver en una inexplicable huida del formalismo que impone el artículo 633 del Código Civil al considerar que la forma exigida por este precepto para la donación de inmuebles, puede llegar a cumplirse a través de la forma del contrato oneroso, generalmente compraventa, que encubre la donación disimulada. Bastaría con invocar el más elemental sentido común para darse cuenta de que esto no es posible, puesto que contradice la más natural idea de forma, al par que instala en la vida jurídica, con toda naturalidad, a la mentira y a la hipocresía» (13).

Estas posiciones doctrinales han encontrado reflejo en la jurisprudencia, así la STS de 26 de febrero de 2007 (RJ 2007/1769), después de dejar claro como hemos analizado antes, que la escritura pública de compraventa no es suficiente para cumplir los requisitos formales preceptivamente exigidos por el artículo 633 del Código Civil para la donación de inmuebles, añade que esta tesis no puede ser sustituida por la de la validez cuando la donación de califica como remuneratoria. El artículo 633 del Código Civil no hace ninguna excepción de lo que preceptúa para ninguna donación, además de que la remuneratoria no tiene ningún régimen especial, es el móvil remuneratorio el que guía el *animus donandi* del donante nada más; móvil indiferente jurídicamente para el derecho, que no causa del negocio jurídico. La tesis contraria sólo podría basarse en

(10) Vid. DE LOS MOZOS, J. L., *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, Madrid, 2000, págs. 209 y 210.

(11) La crítica a esta posición jurisprudencial ha sido efectuada por DÍAZ ALABART, S., «La nulidad de las donaciones de inmuebles simuladas bajo la forma de compraventa de las mismas en escritura pública y su validez por no necesitar forma si son remuneratorias y el valor de lo remunerado absorbe el del inmueble donado», en *Revista de Derecho Privado*, 1980, pág. 1112 y sigs.

(12) Vid. POVEDA BERNAL, *op. cit.*, pág. 159.

(13) Crítica duramente la posición jurisprudencial permisiva, DE LOS MOZOS señalando que «lo que pasa es que así como la jurisprudencia, y en general, se mira con desconfianza a la donación simple, esta desconfianza se torna simpatía cuando se trata de donaciones remuneratorias. Verdadero Caballero de Troya de la perversión de la exigencia de forma en las donaciones y de la consiguiente admisión de las donaciones encubiertas mediante escritura de compraventa», *op. cit.*, pág. 206.

el principio de libertad de forma que impera en la perfección de los contratos. Pero el artículo 622 del Código Civil sólo ordena que las remuneratorias se sometan a las normas de la donación en lo que «excedan del valor del gravamen impuesto», es decir, aquella normativa de los contratos regiría hasta la concurrencia del gravamen. El precepto es absolutamente inaplicable a la donación remuneratoria, en cuanto que por definición (art. 619) no se impone ningún gravamen al donante, sino que se remuneran servicios ya prestados que no constituyan deudas exigibles. Ciertamente que la doctrina científica ha discutido sobre el alcance de las incomprensibles palabras del legislador respecto a las remuneratorias, pero las diferentes posiciones que se propugnan no pasan de ser consideraciones doctrinales en modo alguno unánimes. En el terreno de la aplicación del derecho, no es posible la conjugación de los artículos 619 y 622, en otras palabras, no cabe confundir una donación remuneratoria con una donación modal, es en ésta en la que efectivamente puede imponerse un gravamen al donatario, pero no en la remuneratoria. El mismo criterio se sigue en la STS de 27 de mayo de 2009 (RJ 2009/3045).

En definitiva, considero que este criterio es totalmente acertado, ya que el artículo 619 del Código Civil califica de donación a las remuneratorias, por lo que no parece defendible que la misma deba regirse por las reglas de los contratos, sobre todo si tenemos en cuenta que los artículos 622 y 633 no establecen ninguna salvedad. La eventual distinción de dos tramos ex artículo 622 del Código Civil (la parte de valor del servicio que se remunera y la parte que excede de este valor) no puede excluir la aplicación de las reglas de la donación, salvo que el valor del servicio remunerado coincida con el valor total de lo donado, lo que no es fácil que suceda.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M.: «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», Tomo VIII, vol. 2, artículos 618 a 656, Madrid, 1986.
- «Validez de la escritura pública de venta simulada para cubrir la forma escriturada de la donación de inmuebles (Comentario a la sentencia de 2 de noviembre de 1999)», en *Revista de Derecho Privado*, III-2000, págs. 221 y sigs.
- «Estudio de la jurisprudencia sobre validez de la escritura de venta simulada para cubrir la forma de la donación disimulada», en *Actualidad Civil*, 1998, págs. 318 y sigs.
- *La donación*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 2006.
- ANDERSON, M.: *Las donaciones onerosas*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 2005.
- «Comentario a la STS de 26 de febrero de 2007», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 76, 2008, págs. 65 a 84.
- CALZADILLA MEDINA, M. A.: «Comentario a la STS de 7 de octubre de 2004», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 68, 2005, págs. 813 a 830.
- CÁRCABA FERNÁNDEZ, M.: *La simulación en los negocios jurídicos*, Barcelona, 1986.
- DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J. L.: *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, Madrid, 2000.
- DÍAZ ALABART, S.: «La nulidad de las donaciones de inmuebles simuladas bajo la forma de compraventa de las mismas en escritura pública, y su validez

- por no necesitar forma si son remuneratorias y el valor de lo remunerado absorbe el del inmueble donado», en *Revista de Derecho Privado*, 1980, pág. 1101 y sigs.
- «Comentario a la sentencia de 31 de marzo de 2001», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 57, 2001, pág. 825 y sigs.
- DURÁN RIVACOBA, R.: *Donación de inmuebles. Forma y simulación*, ed. Aranzadi, 2.^a ed., 2003.
- «Comentario a la STS de 24 de octubre de 1995», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 49, enero-marzo de 1996.
- «La forma en la donación de inmuebles: unificación de doctrina por el TS (STS del Pleno de la Sala 1.^a de 11 de enero de 2007)», en *Revista de Derecho Privado*, año 91, mes 7-8 (2007), págs. 79 a 93.
- FUGARDO ESTIVILL, J. M.: «Compraventa simulada de bienes inmuebles versus donación encubierta (sentencias del Tribunal Supremo, de 11 de enero y 26 de febrero de 2007)», en *La Notaría*, núm. 51-52 (2008), págs. 23 a 129.
- GOMÁ SALCEDO, J. E.: *Instituciones de Derecho Civil, Común y Foral*, Tomo II, ed. Bosch, 2005.
- MARÍN NARROS, H. D.: «La simulación y las donaciones encubiertas de inmuebles bajo la forma de compraventas. Determinación de sus supuestos y sus efectos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 717, págs. 125 a 148.
- PÉREZ VEGA, A.: «Algunas reflexiones acerca de la validez de las donaciones encubiertas bajo el ropaje de compraventas, a propósito de la sentencia dictada por la Sala 1.^a del TS de 2 de abril de 2001 (RJ 2001/6643)», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*, núm. 6 (2002), págs. 901 a 918.
- POVEDA BERNAL, M. I.: *Relajación formal de la donación*, ed. Dykinson, Madrid, 2004.

V. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS

STS de 3 de marzo de 1932.
STS de 3 de abril de 1936.
STS de 22 de febrero de 1940.
STS de 20 de febrero de 1944.
STS de 29 de enero de 1945.
STS de 13 de marzo de 1952.
STS de 16 de enero de 1956.
STS de 24 de marzo de 1956.
STS de 29 de noviembre de 1956.
STS de 15 de enero de 1959.
STS de 24 de abril de 1961.
STS de 20 de octubre de 1961.
STS de 1 de diciembre de 1964.
STS de 13 de mayo de 1965.
STS de 17 de febrero de 1966.
STS de 14 de mayo de 1966.
STS de 25 de junio de 1966.
STS de 1 de diciembre de 1966.
STS de 4 de diciembre de 1975.
STS de 2 de enero de 1978.

STS de 31 de mayo de 1982.
STS de 24 de febrero de 1986.
STS de 19 de noviembre de 1987.
STS de 9 de mayo de 1988.
STS de 27 de septiembre de 1989.
STS de 23 de noviembre de 1989.
STS de 1 de octubre de 1990.
STS de 22 de enero de 1991.
STS de 23 de febrero de 1991.
STS de 1 de octubre de 1991.
STS de 19 de noviembre de 1992.
STS de 21 de enero de 1993.
STS de 7 de mayo de 1993.
STS de 20 de julio de 1993.
STS de 25 de octubre de 1993.
STS de 27 de julio de 1994.
STS de 10 de noviembre de 1994.
STS de 3 de marzo de 1995.
STS de 14 de marzo de 1995.
STS de 30 de septiembre de 1995.
STS de 24 de octubre de 1995.
STS de 23 de diciembre de 1995.
STS de 5 de noviembre de 1996.
STS de 19 de junio de 1999.
STS de 2 de noviembre de 1999.
STS de 30 de diciembre de 1999.
STS de 1 de abril de 2000.
STS de 6 de abril de 2000.
STS de 24 de mayo de 2000.
STS de 28 de febrero de 2002.
STS de 18 de marzo de 2002.
STS de 23 de octubre de 2002.
STS de 16 de julio de 2004.
STS de 7 de octubre de 2004.
STS de 23 de septiembre de 2005.
STS de 11 de enero de 2007.
STS de 26 de febrero de 2007.
STS de 5 de mayo de 2008.
STS de 18 de marzo de 2008.
STS de 27 de mayo de 2009.

RESUMEN

DONACIÓN ENCUBIERTA SIMULACIÓN Y FORMA

En este trabajo pretendemos analizar si la escritura pública de compra-venta de bienes inmuebles es suficiente para entender cumplidos los requisitos

ABSTRACT

CONCEALED GIFTS SIMULATION AND FORM

This paper looks at whether a deed of sale of immovable property suffices to meet the requirements of form set for gifts in article 633 of the Civil Code.

de forma que para la donación exige el artículo 633 del Código Civil. Nos encontramos ante un caso de simulación relativa, en el que hay un negocio aparente, la compraventa y otro oculto o disimulado, la donación. Se trata de un tema ampliamente debatido tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, sin que el criterio haya sido unánime. Se analizan las posiciones jurisprudenciales sentadas en las SSTs de 11 de enero y de 26 de febrero de 2007, las cuales consideran, a mi entender acertadamente, que la escritura pública de compraventa no satisface los requisitos formales de la donación de inmuebles, ya que el artículo 633 del Código Civil exige que la voluntad de donar y la aceptación de la donación consten en escritura pública, pero no en cualquier escritura, sino necesariamente en escritura pública de donación. Finalmente se analiza el caso de las donaciones remuneratorias disimuladas, respecto de las cuales señala el TS en las sentencias que hemos visto que también se aplica la tesis de la nulidad de la donación disimulada por falta de forma.

The example is a case of relative simulation, in which there is an apparent transaction (the sale) plus a concealed or disguised transaction (the gift). The topic is one that has been widely debated in doctrine and jurisprudence alike, yet there is no unanimous conclusion. The paper examines the positions established in case law through the Spanish Supreme Court's rulings of 11 January and 26 February 2007. These rulings consider (rightly, in the author's opinion) that such a deed of sale fails to satisfy the requirements of form for a gift of real property, because article 633 of the Civil Code requires that the desire to give and the acceptance of the gift must be recorded in a notarial deed, but not merely in any notary deed: The document must necessarily be a notarial deed of gift. Lastly, the paper looks at the case of disguised remunerative gifts. The Supreme Court rulings examined in the paper show that the thesis on the nullity of disguised gifts due to defects of form is also applied to disguised remunerative gifts.

1.6. Responsabilidad Civil

INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS MORALES POR RUPTURA DE LA RELACION PATERNO-FILIAL CUANDO LOS PROGENITORES SON PRIVADOS INDEBIDAMENTE DE LA COMPAÑÍA Y RELACIÓN DE SUS HIJOS POR LA ADMINISTRACIÓN

por

LOURDES TEJEDOR MUÑOZ

Profesora Titular de Derecho Civil de la UNED

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DE DAÑO MORAL EN LA JURISPRUDENCIA.—III. RESPONSABILIDAD POR LA PRIVACIÓN INDEBIDA DE LA COMPAÑÍA Y GUARDA DE HIJOS. RESPONSABILIDAD CIVIL PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN: 1. BREVE REFERENCIA AL MARCO JURÍDICO. 2. CARÁCTER Y REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. 3. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE 30

DE ABRIL DE 2010, DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA, SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. 4. REFERENCIA A LAS RESOLUCIONES CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS. 5. REFERENCIA A LAS RESOLUCIONES CIVILES.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La reciente publicación de la sentencia de 30 de abril de 2010, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de la Sala de lo Contencioso Administrativo, nos sirve para hacer una serie de reflexiones sobre un tema que desgraciadamente se produce con cierta frecuencia y que ya habíamos analizado en alguna ocasión. Las reclamaciones indemnizatorias por parte de los padres, frente a la Administración, por los daños morales sufridos por la pérdida definitiva de la relación parental con los hijos dados en adopción, como consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración Autonómica.

Efectivamente, en el mismo entorno, el derecho de familia, si hace poco analizábamos, un novedoso supuesto de responsabilidad extracontractual, que daba lugar a un daño moral sufrido por uno de los progenitores al ser privado por el otro del derecho a relacionarse con su hijo, y lo hacíamos tomando como punto de partida la sentencia del Tribunal Supremo, 30 de junio de 2009, en el orden civil (1) (jurisdicción competente cuando el daño se produce entre particulares), ahora cuando es la Administración la que con su funcionamiento anormal como consecuencia de una actuación administrativa irregular, en las medidas de acogimiento y adopción de un hijo biológico, causa un daño, tomaremos como punto de partida la importante sentencia de lo contencioso-administrativo —que es la jurisdicción competente cuando el daño es causado a un particular (2) por la Administración—.

En ambos casos, puede observarse que se produce la ruptura del vínculo parental, de los padres y los hijos, pero por caminos diferentes, resultando com-

(1) RUIZ JIMÉNEZ, J. y TEJEDOR MUÑOZ, L., «Indemnización de daños morales sufridos por uno de los progenitores al ser privado el otro de relacionarse con su hijo», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 708, 210, págs. 805 a 813.

(2) Dejando al margen, claro está, que la responsabilidad civil provenga de una conducta penal, hemos de advertir que la responsabilidad civil de la Administración está sometida siempre a competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, tras la entrada en vigor de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común —modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero—, idea reforzada en el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 (LOPJ), modificada por las Leyes Orgánicas 6/1998, de 13 de julio, y 19/2003.

No siempre ha sido así, pues antes la competencia se repartía entre la jurisdicción civil y la contencioso-administrativa, según que el hecho causante de la responsabilidad se hubiera ocasionado en una relación de la Administración sujeta al derecho público o al derecho privado, por la cuál resulta decisivo tener en cuenta el tiempo en que se dictó la sentencia para saber cual es el órgano jurisdiccional competente. Puede verse sobre este tema, MORETÓN SANZ, F.; TEJEDOR MUÑOZ, L., y RUIZ JIMÉNEZ, J., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de mayo de 2000. La Responsabilidad Civil de los Centros Docentes», en el *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, BFD*, núm. 16, segunda época, 2000, págs. 241 a 256, y LASARTE ÁLVAREZ, LÓPEZ PELÁEZ y MORETÓN SANZ, *La responsabilidad civil en el ámbito de los centros docentes*, coordinado por LASARTE ÁLVAREZ y LÓPEZ PELÁEZ, Dykinson, Madrid, 2007.

petentes consecuentemente órdenes jurisdiccionales diferentes. Ambos convergen y nos sitúan en la misma problemática de la responsabilidad civil extracontractual, y tienen en común que dan lugar a la indemnización del daño moral, eso si presentan notables diferencias, según el daño provenga de un particular o de la Administración. Como es bien sabido, la llamada responsabilidad patrimonial de la Administración está sujeta a un régimen específico, y distinto del propio de la responsabilidad extracontractual del Derecho común (3), y a una jurisdicción diferente, ya que la responsabilidad patrimonial de la Administración se ventila ante la jurisdicción contencioso-administrativa, por lo que al hilo de todo ello, compararemos el tratamiento indemnizatorio que tiene la privación indebida de compañía de los hijos, como consecuencia de una declaración de desamparo (cuando el funcionamiento anormal de la Administración, bien por los órganos administrativos o judiciales, impide la reinserción del menor en su familia de origen, siendo por ello privados de derecho de permanecer con su núcleo familiar originario), según que la cuestión se haya ventilado en la jurisdicción contencioso-administrativa o en la jurisdicción civil.

Partiendo de que la Administración tiene un papel primordial en el ejercicio de su función de protección a los menores, no es este el momento de analizar (4) la institución del desamparo, ni las diversas medidas de protección que deben adoptarse respecto de los menores que se hallen en situación de desamparo, ni de cómo se debe ponderar el interés del menor con el resto de los intereses en juego, y de cómo estos principios pueden entrar en contradicción.

El problema que pretendemos abordar es la responsabilidad derivada de declarar a unos menores en situación de desamparo (5), bien porque se ha

(3) Efectivamente, si el supuesto contemplado en la sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de junio de 2009, nos situaba en el régimen general de la responsabilidad por culpa o negligencia del artículo 1902 del Código Civil, que responde a principios subjetivos, la sentencia de 30 de abril de 2010, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, nos sitúa en el supuesto de responsabilidad patrimonial de la administración, que responde a principios objetivos, artículos 139 a 144 de la LRJAE.

(4) TEJEDOR MUÑOZ, L., «La guarda, acogimiento y desamparo de menores», en *Protección jurídica del menor*, obra coordinada por PONS DE LA FLOR y TEJEDOR MUÑOZ, 2.ª ed., Colex, 2009, págs. 125 a 167, e «Indemnización por daño moral a una madre a la que se le priva de la posibilidad de recuperar la tutela efectiva de sus hijos», en *RCDI*, núm. 697, septiembre-octubre de 2006, págs. 2103 a 2115.

(5) Recientemente se ha fijado la doctrina jurisprudencial en materia de impugnación de la declaración de desamparo de menores y su posible reinserción en la familia biológica, mediante la sentencia de 31 de julio de 2009 (*RJ* 4581), en este sentido, en su Fundamento sexto declara que: «Para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico». Esta interesante sentencia requiere un tratamiento individualizado.

producido de forma improcedente, o bien porque siendo procedente la declaración en su origen se hayan producido posteriormente cambios sustanciales que supongan una evolución positiva de los padres que les permita desempeñar adecuadamente sus funciones, y que pese a ello y haber una sentencia judicial que ordene la reinserción del menor en la familia de origen, se haga imposible la ejecución de la misma por considerarse que se ha prolongado excesivamente la situación de separación, y que es mejor para los menores permanecer en la familia de acogida o adopción que volver a la de origen, produciéndose una imposibilidad de recuperar afectiva y materialmente a los hijos.

Es decir, todos estos casos tienen en común, que tras la adopción de medidas de protección tomadas por la Administración, los padres biológicos se han opuesto a las mismas, y se ha producido una privación indebida de la compañía de los hijos, que ha originado un daño como consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración Pública, dando lugar a la responsabilidad civil de la Administración Pública o de la Administración de Justicia, o de ambas a la vez, y, además, estas situaciones afectan exclusivamente a familias desfavorecidas socialmente, que viven en un umbral de pobreza, e incluso en un entorno marginal, poco favorable, donde frecuentemente asoma la drogadicción, enfermedad, etc...

En consecuencia, analizaremos el daño moral, la responsabilidad patrimonial del Estado, y su diferente tratamiento en la vía contencioso-administrativa y en la vía civil.

II. APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DE DAÑO MORAL EN LA JURISPRUDENCIA

Los daños morales (6) se definen por el profesor LASARTE (7) como «aquellos que afectan a los bienes o derechos inmateriales de las personas —como la libertad, la salud, el honor, etc.—, extraños a la noción de patrimonio y que no repercuten de modo inmediato, sobre este». Como añade el citado profesor, «la doctrina y la jurisprudencia tienden a admitir, desde hace ya largo tiempo, que todo daño, material o moral, siempre que sea real y demostrado, da lugar a la reparación» desde que la primera, y famosa, sentencia del Tribunal Supremo declaró la susceptibilidad de reparación del daño moral el 6 de diciembre de 1912. En este sentido, puede citarse, la sentencia de 25 de junio de 1984 (RJ 1986/1145).

No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, dictada sobre el daño moral, ha reconocido que el daño moral constituye una noción dificultosa (sentencia de 22 de mayo de 1995 [RJ 1995/4089]), relativa

(6) Ya nos habíamos preocupado, hace unos años, del tratamiento del daño moral con ocasión del transporte aéreo, y lo hacíamos tomando como punto de partida el análisis de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo, de 31 de mayo de 2000, y repasando cómo se había ido perfilando el concepto en los diversos pronunciamientos que los tribunales han dictado como consecuencia, en aquella ocasión, de las demoras producidas en el transporte aéreo. TEJEDOR MUÑOZ, L., «Daños morales en el transporte aéreo. Sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de mayo de 2000», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 692, noviembre-diciembre de 2005 págs. 2101 a 2110.

(7) LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principio de Derecho Civil*, Tomo II, *Derecho de Obligaciones*, 14.^a ed., 2010, pág. 300 y sigs.

e imprecisa (sentencias de 14 de diciembre de 1996 [RJ 1996/8970] y 5 de octubre de 1998 [RJ 1998/8367]).

Quedando fuera de toda duda la indemnización del daño moral, en el campo de la culpa extracontractual, se amplió su ámbito al contractual (sentencias de 9 de mayo de 1984 [RJ 1984/2403], 27 de julio de 1994 [RJ 1994/6787], 22 de noviembre de 1997 [RJ 1997/8097], 14 de mayo y 12 de julio de 1999 [RJ 1999/3106 y 4770], entre otras). Adoptándose una orientación cada vez más amplia, con clara superación de los criterios restrictivos que limitaban su aplicación a la concepción clásica del *pretium doloris* y los ataques a los derechos de la personalidad (sentencia de 19 de octubre de 1998). En este sentido, es necesario destacar cómo se acogen por la Sala Primera del Tribunal Supremo, varios supuestos en que es apreciable el criterio aperturista (con fundamento en el principio de indemnidad), ora en el campo de las relaciones de vecindad o abuso del derecho (sentencia de 27 de julio de 1994), ora con causa generatriz en el incumplimiento contractual (sentencia de 12 de julio de 1999, 18 de noviembre de 1998 [RJ 1998/8412], 22 de noviembre de 1997, 20 de mayo y 21 de octubre de 1996 [RJ 1996/3793 y 7235]), lo que, sin embargo, no permite pensar en una generalización de la posibilidad indemnizatoria.

Precisamente, como muestra de este criterio aperturista y de la admisión de nuevos supuestos en el marco de la responsabilidad contractual, señala VICENTE DOMINGO (8) la citada sentencia de 31 de mayo de 2000, en la que se aplicaba la doctrina del daño moral por un retraso de ocho horas en un vuelo. También se ha incluido, por el Tribunal Supremo, dentro del concepto de daño moral, la pérdida de oportunidad (9).

Dentro de los diversos aspectos que pueden integrar el daño moral, destaca el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, que la situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico (sentencias de 22 de mayo de 1995 [RJ 1995/4086], 19 de octubre de 1996 [RJ 1996/7508], y 24 de septiembre de 1999 [RJ 1999/7272], 14 de julio de 2006 [RJ 2006/6380], 5 de junio de 2008 [RJ 2008/3556]).

La sentencia de 25 de junio de 1984 (RJ 1984/1145), considera que el daño moral es el impacto o sufrimiento físico o espiritual producido por agresión directa al acervo extrapatrimonial o de la personalidad, y su reparación no va dirigida a cubrir una pérdida material, sino a producir en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento causado (sentencia de 31 de mayo de 1983 [RJ 1983/2956]).

En efecto, la reciente Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, se ha referido a diversas situaciones, entre las que cabe citar el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual (sentencia de 25 de junio de 1984 [RJ 1986/1145]), sentencia de 23 de julio de 1990 (RJ 1990/6164), impotencia, zozobra, ansiedad, angustia; sentencia de 6 de junio de 1990 (RJ 1990/5780), la zozo-

(8) VICENTE DOMINGO, E., «El daño», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coordinado por REGLERO CAMPOS, F., 2.ª ed., 2003, Aranzadi, pág. 245.

(9) Por ejemplo, sobre este tema en un caso de la responsabilidad civil profesional del abogado, puede verse la interesante sentencia de 14 de mayo de 1999, por incumplimiento de la obligación de información y asesoramiento a sus clientes: «Responsabilidad civil profesional. Responsabilidad civil de los abogados demandados. Daño moral inferido por negligencia profesional. Indemnización mancomunada en atención a sus respectivas conductas. Sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de diciembre de 2003», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 681, enero-febrero de 2004, págs. 373 a 380.

bra, como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre (sentencia de 22 de mayo de 1995 [RJ 1995/4089]), el trastorno de ansiedad, impacto emocional, incertidumbre consecuente (sentencia de 27 de enero de 1998 [RJ 1998/551]), representa el impacto, quebranto o sufrimiento psíquico que ciertas conductas, actividades, o incluso, resultados pueden producir en la persona afectada y cuya reparación va dirigida a proporcionar, en la medida de lo posible, una compensación a la aflicción causada... (sentencia de 2 de julio de 1999 [RJ 1999/4770]) y de 31 de mayo de 2000 (RJ 2000/5089). La sentencia de 22 de febrero de 2001 (RJ 2001/2242), mantiene que el daño moral se sustantiviza para referirlo a dolor inferido, sufrimiento, tristeza, desazón o inquietud que afecta a la persona que la padece.

Según la doctrina mayoritaria (10), solo el daño patrimonial puede ser propiamente resarcido, mientras los daños morales, no patrimoniales, no son resarcibles, sino solo, en algún modo compensables. En este sentido, como precisa la sentencia de 14 de julio de 2006, «los daños morales en sí mismos carecen de valor económico, no por eso dejan de ser indemnizables, conforme a conocida y reiterada jurisprudencia civil, en cuanto actúan como compensadores en lo posible de los padecimientos psíquicos irrogados a quien se puede considerar víctima, y aunque el dinero no actúe como equivalente, que es el caso de resarcimiento de daños materiales, en el ámbito del daño moral la indemnización, al menos, palia el padecimiento en cuanto contribuye a equilibrar el patrimonio, permitiendo algunas satisfacciones para neutralizar los padecimientos sufridos y la afeción y ofensa que se implantó».

Una de las cuestiones más espinosas cuando nos acercamos a los daños morales es precisamente cómo se cuantifican. Efectivamente, en cuanto a la cuantía de los daños indemnizables, el problema es como dice el profesor LASARTE (11) que: «una vez probados y acreditados, hay que estar al prudencial criterio del juzgador, pues no hay previsión normativa que sea capaz de englobar la riqueza de supuestos de hechos».

El propio Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, ha puesto de manifiesto que la cuantificación económica de los daños morales, siempre difícil, debe fijarse equitativamente atendiendo a las circunstancias de cada caso y a la gravedad de la lesión, así la sentencia de 5 de junio de 2008 (RJ 2008/3556) señala que: «corresponde a los Tribunales fijarlos equitativamente (sentencias de 19 de diciembre de 1949 [RJ 1949/1463], 25 de julio de 1984 [RJ 1984/1145], 3 de junio de 1991 [RJ 1991/4407], 27 de julio de 1994 [RJ 1994/6787], 3 de noviembre de 1995 [RJ 1995/8353] y 21 de octubre de 1996 [RJ 1996/7235]), atendiendo a las circunstancias de cada caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida (sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de septiembre de 1999 [RJ 1999/7272])».

En el mismo sentido, se pronuncia la Sala de lo Contenciosos-Administrativo del Tribunal Supremo, en los casos de responsabilidad patrimonial de la Administración cuando se producen daños morales, así a título de ejemplo, en la sentencia de 23 de septiembre de 1992 (RJ 1992/7007), tras reconocer la ne-

(10) Sobre la función compensatoria de la responsabilidad civil, por todos, puede verse, PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario al artículo 1902 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil* (dirigido por PAZ-ARES, Díez-PICAZO, BERCOVITZ y SALVADOR CORDECH), T. II, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1971 y sigs.

(11) LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principio de Derecho Civil*, Tomo II, *Derecho de Obligaciones*, 14.^a ed., 2010, pág. 301.

cesidad de indemnizar por los daños morales declaró (12): «Cuestión distinta es la cuantía de la indemnización solicitada por la apelante. Puesto que, efectivamente, es muy difícil evaluar las consecuencias del daño moral infligido, la Sala no puede atenerse a un criterio automático para fijar la indemnización en casos como el presente. No obstante, habida cuenta de que los daños son exclusivamente de carácter moral se entiende que una indemnización de cuantía moderada es suficiente para el resarcimiento que conduzca a restablecer la justicia material quebrantada por el defectuoso funcionamiento del servicio».

III. RESPONSABILIDAD POR LA PRIVACIÓN INDEBIDA DE LA COMPAÑÍA Y GUARDA DE HIJOS. RESPONSABILIDAD CIVIL PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

1. BREVE REFERENCIA AL MARCO JURÍDICO

La responsabilidad patrimonial está reconocida constitucionalmente, de un lado en el artículo 9.3 de la Constitución, que impone la responsabilidad de los poderes públicos, y de otro, en el artículo 106.2 del citado texto, que señala que «los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».

Como nos recuerda la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 30 de abril de 2010 (13), «dicho precepto constitucional tiene su desarrollo legislativo en el Título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (14) y concretamente, dispone el artículo 139 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre. «1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. 2. En todo caso, el daño alegado por los particulares habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas».

Por su parte, el artículo 141.1 prevé que «sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley».

Por último, es necesario señalar que la Administración de Justicia tiene un régimen de responsabilidad propio conforme señala el artículo 121 CE al preceptuar qué: «los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley». Este precepto constitucional fue desarrollado (15) por la Ley Orgánica del Poder

(12) Sentencia de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a (RJ 1992/7007).

(13) RJ 2010/299140.

(14) Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprobó el Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

(15) El artículo 139.4 LRJPAC dispone que: «la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la Ley

Judicial (LOPJ), de 1 de julio de 1985. Norma que recoge, de un lado, la responsabilidad civil directa del Estado por daños derivados de la Administración de Justicia comprendiendo los supuestos de error judicial (16) y funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (17) (arts. 292 a 297), y, de otro, la responsabilidad civil personal de los Jueces y Magistrados (arts. 411 a 413).

2. CARÁCTER Y REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La jurisprudencia sostiene que la responsabilidad civil de la Administración Pública, tiene los siguientes caracteres (18): a) *Es un sistema unitario y general*

Orgánica del Poder Judicial», realizando por tanto una remisión a la regulación establecida en dicha Ley.

(16) En cuanto a la reclamación de indemnización por causa de error, debe recalcarse que previamente a la reclamación, ante el Ministerio de Justicia, es necesario, que el error haya sido declarado por una decisión judicial que expresamente lo reconozca.

Esta decisión podrá resultar directamente de una sentencia dictada en virtud de recurso de revisión, o bien con arreglo a un procedimiento especial que establece la ley. De acuerdo con este procedimiento, debe señalarse por un lado, que la pretensión de declaración del error se deducirá ante la Sala del Tribunal Supremo correspondiente al mismo orden jurisdiccional que el órgano a quien se imputa el error, y si éste se atribuyese a una sala o sección del Tribunal Supremo, la competencia corresponderá a la Sala que se establece en el artículo 61 LOPJ, que es la misma que conoce de los recursos de revisión contra las sentencias dictadas en única instancia por la sala de lo contencioso-administrativo de dicho tribunal [art. 293.1.b) LOPJ], y por otro, que un supuesto de error judicial es el de responsabilidad por prisión preventiva indebida, conforme se establece por el artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, «tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios».

(17) Nótese que en estos supuestos el deber de soportar el daño sólo se excluye cuando se ha producido un supuesto de anormalidad en su funcionamiento.

Como afirma BUSTOS LAGOS, J. M., «engloba aquellos supuestos en los que la responsabilidad nace de una inadecuada o irregular tramitación de un procedimiento judicial debidas a la negligencia del juzgador, a las dilaciones intencionadas atribuibles a cualesquiera órganos de la Administración de Justicia o al mal funcionamiento de los servicios auxiliares, siempre que se trate de actos directamente relacionados con el ejercicio de la potestad jurisdiccional», «La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coordinado por REGLERO CAMPOS, 2.ª ed., Aranzadi, pág. 1621.

Al igual que en la responsabilidad administrativa general, también aquí se exige que el daño alegado sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas. La mera revocación o anulación de las resoluciones judiciales no presupone, por sí sola, derecho a indemnización. El daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas. El interesado dirigirá su reclamación directamente al Ministerio de Justicia en el plazo de un año y se tramitará con arreglo a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado, procediendo recurso contencioso-administrativo en caso de denegación.

En esta categoría se engloban los supuestos de retrasos administrativos o judiciales que excedan del margen ordinario.

(18) Destacamos por su claridad, la sentencia de 4 de enero de 1991 de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo (RJ 1991/500), cuando señala, al referirse a la responsabilidad directa y objetiva de la Administración, que: «La copiosa jurisprudencia sobre la materia

aplicable a todas las Administraciones Públicas (art. 144 LPC) y que abarca todo tipo de daños que los administrados sufran en sus bienes a consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos (19). *b)* Es una responsabilidad directa y única de la Administración frente al perjudicado sin necesidad de que se identifique al agente del daño, no se dirige por tanto a sus funcionarios o autoridades (art. 145.1 y 2. LPC), y *c)* Es de naturaleza objetiva, se genera por la relación de causalidad entre la actuación del agente y el daño producido, independientemente de todo elemento de intencionalidad o falta de diligencia del agente, es decir sin necesidad de que concurra culpa o negligencia (art. 139.1 LPC).

A modo de recordatorio, conviene precisar que la responsabilidad de la Administración exige los siguientes requisitos, según la interpretación jurisprudencial (20):

ha estructurado una compacta doctrina de la que pueden significarse como pilares fundamentales, sintéticamente expuestos los siguientes: *a)* la legislación ha estatuido una cobertura patrimonial de toda clase de daños que los administrados sufran en sus bienes a consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, fórmula que abarca la total actividad administrativa; *b)* servicio público viene a ser sinónimo de actividad administrativa y para su calificación hay que atender, más que a una tipificación especial de alguna de las formas en que suele presentarse, al conjunto que abarca todo el tráfico ordinario de la Administración; *c)* de ahí que siempre que se produzca un daño en el patrimonio de un particular, sin que éste venga obligado a soportarlo en virtud de disposición legal o vínculo jurídico, hay que entender que se origina la obligación de resarcir por parte de la Administración, si se cumplen los requisitos exigibles para ello; ya que al operar el daño o el perjuicio como meros hechos jurídicos, es totalmente irrelevante para la imputación de los mismos a la Administración, que ésta haya obrado en el estricto ejercicio de una potestad administrativa, o en forma de mera actividad material o en omisión de una obligación legal».

(19) Conforme a una muy consolidada interpretación, servicio público, es una noción amplia, sinónima de acción u omisión administrativa.

(20) Concretamente, en relación a los requisitos exigibles, la sentencia del Tribunal Supremo de la Sala 3.^a, de 4 de enero de 1991, señala los siguientes: «Primero.—La efectiva realidad de un daño material, individualizado y económicamente valuable. Segundo.—Que sea consecuencia del funcionamiento, normal o anormal de los servicios públicos, en una relación directa y exclusiva e inmediata de causa a efecto, cualquiera que sea su origen (reglamento, acto administrativo legal o ilegal, simple actuación material o mera omisión). Tercero.—Que no se haya producido por fuerza mayor y que no haya caducado el derecho a reclamar por el transcurso de tiempo que fija la Ley. Sentencias de 15 y 18 de diciembre de 1986 (*RJ* 1986/8109 y *RJ* 1986/8115); 19 de enero de 1987 (*RJ* 1987/426); 15 de julio de 1988 (*RJ* 1988/5896) y 13 de marzo de 1989 (*RJ* 1989/19)».

Puede verse, también en el mismo sentido, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de marzo de 1998, de la Sala 3.^a (*RJ* 1998/2656): *a)* El primero de los elementos es la lesión patrimonial equivalente a daño o perjuicio en la doble modalidad de lucro cesante o daño emergente. *b)* En segundo lugar, la lesión se define como daño ilegítimo. *c)* El vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración, implica una actuación del poder público en uso de potestades públicas. *d)* Finalmente, la lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, pues el perjuicio tiene naturaleza exclusiva con posibilidad de ser cifrado en dinero y compensado de manera individualizarse, debiéndose dar el necesario nexo causal entre la acción producida y el resultado dañoso ocasionado. Además, la responsabilidad patrimonial de la administración ahora contemplada en la normativa anteriormente citada es objetiva, según ha declarado también reiterada jurisprudencia. En consecuencia, baste la concurrencia de los anteriores elementos para que, con independencia de la normalidad o anormalidad en el funcionamiento del servicio, surja el deber de responder por los daños causados. También, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, de 13 de abril de

- a) Efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.
- b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.
- c) Que el daño sea antijurídico, no ya porque la conducta de su autor sea contrario al derecho (antijuridicidad subjetiva) sino, más simplemente, porque el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo (antijuridicidad objetiva).
- d) Ausencia de fuerza mayor (21).
- e) Que no haya prescrito el derecho reclamar (22).

Llegado a este punto, conviene resaltar que cuando los interesados no están de acuerdo con las resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela por ministerio de ley, se pueden oponer (23), sin necesidad de reclamación previa en vía administrativa (24). La oposición a la resolución administrativa por la que se declare el desamparo de un menor deberá formularse en el plazo de tres meses desde su notificación, y en el plazo de dos meses la oposición a las restantes resoluciones administrativas que se dicten en materia de protección de menores (25).

Quien pretenda oponerse a una resolución administrativa (26) en materia de protección de menores habrá de presentar un escrito inicial, en el que su-

2005, que señala como tales «:1.º Realidad de un resultado dañoso, incluyéndose en el daño el núcleo cesante; 2.º La antijuridicidad del daño o lesión, viniendo dada la calificación de este concepto tanto por ser contraria a derecho la conducta del autor, como, principalmente, porque la persona que la sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, cuestión necesitada de ser precisada en cada caso concreto; 3.º Imputabilidad de la actividad dañosa a la Administración, merced a la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece; 4.º El nexo causal directo y exclusivo entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, debiendo el daño ser consecuencia exclusiva del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa».

(21) No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de las técnicas existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos, artículo 141.1 LRJAE.

(22) El derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo, artículo 14.e) 5 LRJAE. Por tanto, el plazo para ejercer la acción de responsabilidad patrimonial es idéntico que el establecido por el artículo 1968 del Código Civil.

(23) Un estudio de las distintas causas de oposición al acogimiento, a través de distintas sentencias de las Audiencias, puede verse en DÍEZ GARCÍA, H., «Desamparo de menores y acogimiento», en *Aranzadi*, vol. III, 19, págs. 2239-2270.

(24) Artículo 172.6 del Código Civil y artículos 779 y 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Con mayor extensión, vid. TEJEDOR MUÑOZ, L., «La guarda, acogimiento...», *op. cit.*, pág. 158.

(25) Conforme establece el artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, modificado por la Disposición Final 2.ª-4. de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.

(26) Señala DÍEZ GARCÍA, que en la mayoría de las ocasiones que se formula oposición se solicita, al tiempo, el cese de las medidas que hubieran podido acordarse. Para

cintamente expresará su pretensión y la resolución a la que se opone. Se hará mediante el juicio verbal.

Durante el plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declare el desamparo, los padres que continúen ostentando la patria potestad pero la tengan suspendida... están legitimados para solicitar que cese la suspensión y quede revocada la declaración de desamparo del menor, si por el cambio de circunstancias que la motivaron entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad (art. 172.7 del CC).

Teniendo en cuenta todo lo anterior, es el momento de analizar la sentencia de 30 de abril de 2010, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo (27).

3. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 2010, DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA, SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Se trata de una decisión judicial que ha tenido gran repercusión social y que constituye un claro exponente de la temática que examinamos. En ella se condena a la Administración Autonómica de Cataluña a indemnizar a los recurrentes, por los daños sufridos en su propia persona, por el funcionamiento anormal de la Administración en el acuerdo de medidas de acogimiento y adopción del que era su hijo biológico.

El caso es ciertamente complejo, y los hechos con trascendencia en el debate que resultan acreditados a raíz del análisis del expediente administrativo, se encuentran en Fundamento quinto de la sentencia (28), es, por tanto, necesario para situarnos en el tema, referirnos a los mismos:

«...mediante parto domiciliario, nace un varón el 27-9-2000, que requiere posterior traslado del neonato desde el Hospital de Vilanova hasta el Hospital de la Casa de Maternidad por síndrome de abstinencia neonatal. Consta que la madre no va a visitarlo hasta diez días después. El padre se encuentra entonces en prisión preventiva. Se contacta con la abuela materna, quien tiene entonces la guarda de hecho de otro hijo de la madre, Guillermo —nacido en 1996—, manifiesta que no puede hacerse cargo del nuevo bebe así como la adicción de su hija desde los trece años a diferentes sustancias estupefacientes. La abuela paterna, que vive en Sevilla, tampoco puede hacerse cargo. El día 20-10-00 solicitan la intervención de la DGAIA, por cuanto la madre no acude a dos visitas reclamadas. Se dicta resolución administrativa de desamparo en fecha de 23-10-00 y se dispone la asunción de las funciones tutelares sobre el menor, así como su retención en el Hospital Casa de Maternidad de Barcelona. Se constata que ambos padecen una importante adicción a sustancias estupefacientes de larga duración.

ello, los padres (u otros parientes del menor) suelen alegar el cambio de circunstancias que dieron lugar a la intervención de la entidad pública y que propiciaron tanto la declaración de desamparo con la consiguiente asunción de la tutela automática como el acogimiento (provisional o no) que hubiera podido constituirse. En consecuencia, lo habitual es que en estos procedimientos se reexamine de nuevo la situación del menor y de su familia; lo que puede convertirse en una especie de revisión de las causas que, en su día, dieron lugar a la declaración de desamparo...». «Desamparo de menores...», *ob. cit.*, pág. 20.

(27) *JUR* 2010/29940.

(28) Por la gran extensión de este fundamento vamos a fragmentarlo.

...Se inicia la actuación para el ingreso del menor en un centro de acogimiento, que se produce en fecha de 7-11-00. Consta, asimismo, la oposición de los padres en fecha 8-11-00, momento en el que expresan querer recuperarlo y que aunque la situación es delicada esperan que en uno o dos meses cambie completamente y que desean visitarlo. Consta Resolución de la DGAIA de fecha 15-1-2001 por la que se acuerda disponer el ingreso del menor en el Centro de acogimiento (29)...

Tras varias entrevistas con los padres (30)... Por parte del Centro de acogimiento se formula el 9-5-2001 valoración relativa a considerar procedente el no retorno del menor con sus padres biológicos, y que ningún miembro de la familia extensa puede hacerse cargo con lo que propone la adopción de una medida de protección de acogimiento por una familia preadoptiva, así como el establecimiento de un régimen de visitas mensual con los padres biológicos (31)...

(29) Fundamento quinto sigue: «...Según el Centro las visitas semanales de los padres han sido irregulares: durante el mes de noviembre acudieron a tres visitas. El mes de diciembre realizaron una visita. El mes de enero realizaron dos visitas. Desde el 16 de enero al 13 de marzo no realizaron ninguna visita. Durante el mes de abril se realizó la última visita del niño. Sin embargo de la sentencia de 20-1-2004 dictada por la Sección 18.^a de la AP de Barcelona se desprende como hecho probado que hubo más visitas, puesto que se realizaron todas las de carácter bimensual que se fijaron...».

(30) Fundamento quinto sigue: «...En fecha de 13-3-2001 se realiza por el Centro de acogimiento una entrevista con los padres, donde expresan su deseo de recuperar a Javier, que poseen una vivienda, así como ingresos económicos. En fecha de 20-3-2001 en una nueva entrevista manifiestan, a diferencia de la anterior, no tener ingreso alguno, ni soporte familiar, que acuden al CASS de Vilanova dos veces por semana para controles analíticos y de orina y tratamiento con metadona. Por el Centro de Acogimiento se argumenta en el informe o síntesis evaluativa que no se puede seguir un plan de trabajo con los padres por la dificultad de contactar con ellos y su falta de conexión con la realidad y su situación desorganizada en su entorno. Se trata de conclusiones, no de hechos, ni se exponen los datos objetivos en los que descansan...».

(31) Fundamento quinto sigue: «...En fecha de 25-4-2001 se notifica a los actores que la DGAIA acuerda que las visitas pasan a ser de semanales a mensuales y que la siguiente será el día 9-5-2001 a razón de una hora al mes, informándoles que propondrán un acogimiento preadoptivo.

En fecha de 29-6-2001 se acuerda que por el ICAA, Institut d'Acolliment i Adopcions, que se promueva judicialmente la constitución de un acogimiento preadoptivo del menor con la familia idónea, y habilitar al ICAA para la constitución de un acogimiento simple en familia. Esta Resolución se notifica a los padres en fecha de 26-9-2001.

En fecha de 7-8-2001 consta una llamada telefónica del padre, señor Fernando, manifestando que desde mediados de junio de 2001, ambos padres están ingresados de manera voluntaria en dos Centros de Rehabilitación distintos, él en Alicante y ella en Murcia, y que ha superado con éxito la primera fase del tratamiento de desintoxicación. Solicitan visitas.

En fecha de 13-8-2001, vuelve a llamar el padre, señor Fernando, solicitando visita al centro, que se acuerda para el 24-8-2001. Acuden ambos desde Alicante y Murcia. En ella se les informa que posiblemente las visitas se suspenderán durante tres meses debido al acogimiento simple que se producirá de forma inmediata. Se inicia el acogimiento el 30-8-2001.

La decisión de suspensión de visitas se notifica a los padres en fecha de 10-10-2001 formalmente en fecha de 10-10-2001, en el centro REMAR en el que están ingresados.

Tras el Plan de acoplamiento establecido por Resolución del ICAA de 6-9-2001, se acuerda el acogimiento simple en tanto no se resuelva judicialmente el acogimiento preadoptivo. Tal Resolución no consta notificada a los actores ni como destinatarios.

Por parte del Centro de desintoxicación REMAR se realiza informe en fecha de 5-9-2001 y es recibido por DGAM en fecha de 18-9-2001, indicando oficialmente el ingreso de

La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública catalana se fundamenta en el funcionamiento anormal del Departamento de Bienestar Social y Familia (hoy conocido como Departamento de Acción Social y Ciudadanía), a partir de la Resolución de la DGAM de fecha 29 de junio de 2001 y 31 de agosto de 2001, y de la Resolución del ICAA de fecha 6 de septiembre de 2001, que acuerda el acogimiento preadoptivo del menor, y de la Resolución del «Institut Català d'Acolliment i d'Adopcions» (en adelante ICCA), de fecha 6 de septiembre de 2001, que acuerda el acogimiento simple en tanto no se resuelva judicialmente el acogimiento preadoptivo.

Recogemos por su importancia, parte del fundamento:

Tercero... «los actores accionaron en la vía civil la oposición de las medidas de protección adoptadas..., en atención ...a obtener una declaración judicial que las declarara improcedentes y retornara al menor a su situación anterior de tal manera que pudieran acreditar su idoneidad como padres para el ejercicio de la tutela con el contenido de derechos y deberes. Tal oposición siguió los trámites pertinentes establecidos legalmente, siendo que fue vista en primera instancia por el Juzgado de Primera Instancia, número 45 de los de Barcelona... [sentencia de fecha 10-12-2002 (32), confirma no haber lugar a la revocación de las Resoluciones anteriores].

...se interpuso recurso de apelación (33) con el objetivo de revocación de la sentencia de instancia y de conseguir acreditar la improcedencia de las me-

los padres en los diversos centros de desintoxicación, y, que la evolución es buena pero el proceso es lento.

Se traslada el caso a la EAIA «Alt Penedés-El Garraf», que no había tenido antes conocimiento alguno ni de la situación de los padres ni del menor Javier.

En fecha de 13-11-2001 los señores [...] solicitan la reanudación de las visitas y el 20-11-2001 el EAIA del Alt Penedés-El Garraf realiza un informe propuesta sobre la solicitud de visitas, pero no conocía ni el caso hasta el mes de julio. El EAIA no dispone de elementos de juicio ante tal situación, reconociendo la actitud de los padres biológicos respecto a su deseo de recuperar a su hijo. Proponen reanudar el régimen de visitas.

El 12-2-2001, tras múltiples informes de REMAR relativos a la situación de los padres y a la evolución positiva del tratamiento, se vuelven a conceder visitas con carácter bimensual a razón de una hora cada dos meses, coincidiendo temporalmente con la presentación de demanda de oposición a las medidas de 29-6-2001 y de 6-9-2001. Se concertan dos visitas para el día 21-5-2002 y 23-7-2002, mediante Resolución de fecha 21-3-2002, contra la que los actores se oponen solicitando una periodicidad mayor —quincenal—.

Se contienen dos Informes de la «Associació Parlament», entidad colaboradora del Departamento de Bienestar Social en los que se manifiesta la dificultad de entender el menor las visitas, así como la situación de descontrol que le genera. Proponen continuar con el acogimiento preadoptivo».

(32) En el Fundamento quinto se aclara: «...Por entender que existe falta de vinculación y relación afectiva “totalmente consumada”, si bien reconoce el importante esfuerzo que están realizando los padres biológicos por recuperar el control de su vida. Considera que todavía están en una situación de fragilidad, que no alcanza un grado de seguridad suficiente. Se concluye que la medida de protección más adecuada es la de acogimiento preadoptivo del menor en familia ajena. Confirma la Resolución del ICAA, relativa al acogimiento simple con finalidad preadoptiva...».

(33) En el Fundamento quinto se añade: «...en base a considerar que si bien es cierto que existió causa de desamparo, que sin duda fue también consentida, no se realizó nada sobre el núcleo parental, cronología sobre sus adicciones, alcance de las mismas, naturaleza simple o politoxicomanía, y que la situación actualmente es “irreversible” por la convalidación que realiza el propio transcurso del tiempo, pero “se actuó con excesiva celeridad, sin datos objetivos de valoración, o con datos insuficientes, y con el prejuicio

didadas adoptadas y la recuperación del menor. Y tras esta sentencia de la AP de Barcelona, Sección 18.^a, de 20-1-2004, formularon preparación de recurso de casación, y posterior interposición, como consta en autos. La Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Catalunya dictó Auto en fecha de 17-1-2005, notificado en fecha de 21-1-2005 por el que se inadmitía el recurso de casación preparado contra la sentencia de la APB de 20-1-2004.

Por ello, en este momento, las medidas de acogimiento preadoptivo en familia ajena así como *la de* acogimiento simple en tanto no se resuelva judicialmente el preadoptivo, quedaron firmes y, por tanto, la situación del menor, aunque todavía no roto el vínculo familiar paterno-filial con los padres biológicos, por cuanto ello se produce por sentencia del Juzgado PI, número 45 de 10-9-2007, de constitución de la adopción del menor, era ya irreversible, puesto que solo dependía de que el acogimiento preadoptivo no hubiera resultado exitoso en la relación de los padres acogedores y el menor acogido, sin que ya pueda tener relevancia una hipotética y acreditada curación o desintoxicación así como la consistencia de un entorno familiar estable».

Veamos si se dan los requisitos necesarios antes estudiados, para que exista responsabilidad patrimonial de la Administración, una vez que el desamparo es inamovible:

- a) Existe un daño causado por la actuación deficiente, que queda perfectamente constatado por el Tribunal y cifrado en: «la pérdida de la posibilidad de establecer respecto de los padres un vínculo afectivo real con su hijo biológico, a partir de la acreditación de la existencia de una posibilidad de evolución positiva de los padres a partir del ingreso en un Centro de deshabitación el 10-6-2001 —él—, y el 15-6-2001 —ella—, tras un largo periodo de dependencia y adicción a las drogas por ambos».
- b) Existe nexo causal, produciéndose una relación directa, relevante y eficiente en la producción del resultado dañoso, cual es la destrucción de la vinculación con los padres biológicos, para el establecimiento de un nuevo vínculo fuerte, directo y sin posibilidad de retorno, sin planteamiento que ante la nueva situación, observada y manifestada por los padres, la Administración protectora elude, califica indiciariamente de incierta y la plasma como manifiestamente negativa, por cuanto, aunque la evolución recuperatoria es evidente, no hay probabilidad de superación. Ciertamente, es como decir, no vale la pena luchar por mantener el vínculo biológico, siquiera manteniéndolo vivo, esperando la señal indicativa de que existe posibilidad.

Precisamente el nexo causal resulta ser la verdadera cuestión objeto de debate, razonando el Tribunal lo siguiente:

Sexto: ...«En el presente caso, la parte actora sostiene un mal funcionamiento de la Administración demandada, por cuanto actuó erróneamente, con falta de diligencia a la hora de en primer lugar, ser la causante de la falta de vínculo afectivo con el menor, que después fue la que por sí misma propició la irreversibilidad de la situación, cuando ya eran evidentes los signos de rehabilitación de los padres del menor. Y, en segundo lugar, actuación conjunta, control e información con respecto a la situación de los padres, siendo que la DGAM ya

más absoluto de que se trataba de dos progenitores drogadictos de muy larga duración... y sin posibilidad razonable de rehabilitación”».

conocía previamente la suspensión de las visitas con el menor y su salida del centro de acogida para pasar al acogimiento simple con finalidad preadoptiva, que los padres llevaban dos meses en rehabilitación, y que habían superado la primera fase con éxito. Por tanto, se imputa una falta de atención al otro parámetro de evaluación a la hora de adoptar una medida tan drástica como es la suspensión del régimen de visitas cuando ya el anterior era de carácter mensual y a razón de una hora al mes.

...es ciertamente relevante tener en cuenta que no se está analizando la procedencia de la situación declarada el 23-11-2000 de desamparo del menor, la misma no es discutida por los padres y, sigue siendo el punto recurrente de la Generalidad de Cataluña cuando no es la actuación analizada, desde el punto de vista de exigencia de relación de causalidad con la causación del daño.

...Las actuaciones de las que los actores pretenden hacer nacer la declaración de la existencia de responsabilidad patrimonial vienen a situarse temporalmente en aquel momento en que la Administración tiene conocimiento de la voluntad no solo verbal, que ya era manifiesta, y por tanto relevante, de querer mantener el vínculo con su hijo, sino efectiva y directa, como es por ejemplo: ingreso en un Centro de desintoxicación, cada uno por separado, atendiendo a una efectiva voluntad de superar el problema de adicción que tenían y recuperar a su hijo. Ello era más que suficiente para la iniciación, desde aquel mismo momento, de un plan de trabajo, previa información, control y diagnóstico de la verdadera situación del entorno familiar. La Administración no actúa, califica la situación como extremadamente frágil, incierta y sin posibilidad alguna de recuperación, siendo que se cierra frontalmente esa posibilidad, y se centran y enmarcan en el procedimiento de acogimiento en familia ajena, no olvidemos con finalidad preadoptiva, es decir, con la clara voluntad del establecimiento de un nuevo vínculo a modo del paterno-filial, borrando todo resquicio con el anterior...

...La cuestión a debatir, ...no es la situación de desamparo, ...sino la existencia de un funcionamiento anormal de la Administración Pública en base a la efectividad de una ruptura del vínculo con todas sus consecuencias, tanto para el menor como para sus progenitores y hermanos, que provocó la Administración con la adopción no justificada del acogimiento simple en familia, y la suspensión injustificada de las visitas cuando ya eran mensuales, conociendo, ya en agosto de 2001, que desde junio de 2001 ambos progenitores se encontraban en Murcia y Alicante, sin ingresos económicos y sin posibilidades de apoyos familiares para sostener las mismas dentro del primer periodo o fase de desintoxicación voluntaria y que la evolución era buena, es decir, por causas absolutamente ajenas a su voluntad. ¿Qué hizo la Administración con esa primera comunicación de evolución positiva de recuperación de los padres en agosto de 2001? Pues cerrar la posibilidad con la suspensión del ya mínimo régimen de visitas, ya franqueando cualquier posibilidad de que el contacto en ese momento pudiera ser beneficioso para ambos, hijo y padres biológicos en atención a una motivación mutua. Y dadas las circunstancias, ¿qué debía haber hecho? ¿Le era exigible otra actuación? (34)...

(34) En este punto, también es claramente indicativa, por reveladora, las conclusiones de la sentencia de la AP de Barcelona, de 20-1-2004, al señalar que: «Tal actuación, o tal intento, siquiera, hubiera sido especialmente beneficioso para todos: el menor hubiera crecido, después de un breve paso por un centro, en una familia de acogida temporal con la que, de guardar después algún recuerdo —lo que es más que difícil se conserve más atrás de los dos años— pudiera mantener algún tipo de lazo o relación, los padres habrían podido afrontar con mayor tranquilidad su proceso curativo —sin desdeñar que el trauma inferido haya sido acicate a la vez— a la par que hubieran mantenido un contacto real, una identidad como padres, y el reencuentro, también progresivo, hubiera sido muy poco traumático; retorno que en realidad no excluiría, al ser firme el desamparo, necesi-

La conclusión es *que* la Administración ignoró el proceso de desintoxicación y reestructuración de la familia [...], que debiera haber sido analizada, con una sospecha razonada de irrecuperabilidad, puede ser que sí, pero en ningún caso, frustrada de antemano. Ese acogimiento simple con finalidad preadoptiva acordado por Resolución de 29-6-2001 y suspensión de visitas, determinan esa finalidad clara y directa, preconcebida para establecer un vínculo parental sustitutivo, que borrara uno anterior, sin seguir por tanto, los trámites, no formales, que sí se siguieron, sino de fondo, de concepción de la institución cuando exista una evidencia cierta de irrecuperabilidad de ese entorno por una razonable conclusión para ello. En definitiva, ajustando su actividad al caso concreto y a su obligación de dirigir su actuación en beneficio del menor, lo cual implica sopesar todas las posibilidades y, admitir unas y descartar otras con objetividad.

...no cabe imputar a los padres, la ruptura del vínculo, cuando si bien es cierto que en los primeros siete meses se encuentran incapacitados para el ejercicio de la tutela, más tarde se encuentran impedidos por un internamiento para deshabitación, en Murcia y Alicante, y ...carecen de una estructura social, familiar y económica que pueda facilitar el cumplimiento pautado y rígido de las mismas. ...Falta la justificación objetiva de la Administración de intentar actuar, como alternativa difícil pero posible, en el ámbito familiar, de conservarlo, recuperarlo, y dotarlo de autonomía para el cumplimiento del objetivo. Simplemente, como mantiene la AP Barcelona, no había voluntad de actuar en ese ámbito biológico, era difícil, sí, pero cabía la oportunidad».

- c) Existe antijuridicidad, ya que es clara la responsabilidad patrimonial de la Administración demandada por el funcionamiento negligente de la Administración protectora a la hora de valorar, controlar y determinar, sin datos objetivos razonables, la imposibilidad de creación de un entorno familiar estable. Estas razones determinan suficientemente la antijuridicidad del daño.
- d) Por último, se considera que la acción de oposición al acogimiento se ejercitó en el plazo establecido por los artículos 142.5 LJRPAC y 4.2 del Real Decreto 429/1993 (35). El Tribunal entiende que la doctrina

riamente, la tutela pública, sino que tendría el alcance de una atención en propia familia; con lo que la Administración conservaría el seguimiento y el control de la situación; sin perjuicio de nadie; y por ello esa actuación administrativa podría hoy ser objeto de todo pláceme en la medida que habría sabido usar todo su potencial en la debida medida».

(35) En este sentido, se afirma en el Fundamento tercero: «La jurisprudencia del Tribunal Supremo viene reiterando que el día inicial no será aquel en que se produce el daño, sino también aquel en que termina de manifestarse el efecto lesivo, o se alcanza la curación o la determinación de las secuelas físicas, con lo que el perjudicado adquiere cabal y perfecto conocimiento de la trascendencia y del mal que padece (sentencias de 5 de junio de 1991, 10 de mayo de 1993 y 30 de abril de 1996). Asimismo, el Tribunal Supremo ha establecido el distingo entre daños continuados y daños permanentes, como pone de manifiesto la sentencia de 22 de junio de 1995, denominando daños permanentes a los que el acto generador de los mismos se agota en un momento concreto, aun cuando sea inalterable y permanentes en el tiempo el resultado, lesivo, en tanto que los segundos son aquellos que en base a una unidad de acto se producen día a día de manera prolongada en el tiempo y sin solución de continuidad. ...en el supuesto de daños continuados, al producirse éstos día a día en el tiempo, produciéndose un agravamiento paulatino sin solución de continuidad, como consecuencia de un único hecho inicial, con lo que el resultado lesivo no puede ser evaluado de manera definitiva hasta que no cesa el hecho causante de los mismos, lo que ha llevado a la jurisprudencia a señalar que el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial no empieza a computarse hasta que no cesan los efectos lesivos, por contraposición a lo que ocurre en los

de los daños continuados es aplicable y determina que el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial no empieza a computarse hasta que no cesan los efectos lesivos.

Una vez reconocida la existencia de Responsabilidad Patrimonial de la Administración, queda por abordar una de las cuestiones más interesantes, el problema relativo a la cuantificación de los daños morales, precisamente ante la dificultad de determinar el sufrimiento de los padres, se valora positivamente acudir para estimarlos al Baremo de Circulación (36), ya que, según razona la sentencia, éste permite indemnizar por igual sin tener que valorar concretamente cuánto ha sufrido cada uno. No es la primera vez que los tribunales

daños permanentes, en que el plazo comienza a computarse en el momento en que se produce la conducta dañosa».

(36) En concreto el Fundamento séptimo dice así: «los actores se ajustan al baremo de circulación en su actualización de 2006, entendiendo que pudiera ofrecer unos indicios de lo que puede suponer la pérdida de un hijo asimilándolo a otros supuestos vistos por el Tribunal Supremo en caso de indebida privación de libertad. Como recoge el Tribunal Supremo en la reciente sentencia de 9-3-2010, recurso 2413/2008: Tales baremos, que tienen una función orientativa y no vinculante, al ser su ámbito propio la valoración de daños personales en el seguro de responsabilidad, sirven de referencia por la seguridad y objetividad jurídica que implica, un sistema objetivo de resarcimiento, razón por la que se suele invocar en el ámbito de la Seguridad Social; por ello, el importe de la indemnización ha de fijarse estimativamente por el Tribunal teniendo en cuenta las cantidades reconocidas en casos análogos y en su caso, las que pudieran resultar aplicables, en su ámbito, como consecuencia de los criterios legales, de la tasación mencionada». ...con relación al presente caso, no existen asuntos análogos o similares que pudieran determinar el establecimiento de algún criterio a la hora de cuantificar la pérdida que pueda suponer la ruptura de la relación parental, por lo que únicamente queda la aplicación del Baremo de Circulación a título orientativo, siendo que es procedente considerar que la aplicación del baremo que realiza la actora con respecto a la pérdida del hijo y al daño moral que causa se encuentra cumplidamente resarcido, en virtud del principio de indemnidad y reparación integral, en la cantidad de 980.000 euros. Esta Sala considera que no debe hacerse pronunciamiento alguno en relación a los hermanos biológicos de..., por cuanto ni ha habido convivencia, ni relación alguna, ni por tanto, puede integrar un concepto diferenciado de indemnización a parte de la determinada a los padres. Como medida compensatoria se acuerda procedente el abono de los correspondientes intereses legales desde la fecha de interposición de la reclamación administrativa de 20-1-2006 en que se formuló solicitud de resarcimiento a la Administración, hasta la fecha de notificación de la presente sentencia...».

La argumentación no es nueva, en diversas ocasiones para valoración de los daños morales, la Sala 3.^a del Tribunal Supremo ha utilizado para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración, entre los criterios de cuantificación de la indemnización, la aplicación por analogía del anexo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro de la Circulación de Vehículos a Motor. Vid., por ejemplo, la sentencia de 23 de abril de 2004 de la Sala 3.^a (RJ 1994/3913).

Por otra parte, recordemos que el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, establece que anualmente, con efectos de primero de enero de cada año, deberán actualizarse las cuantías, actualmente rige la Resolución de 31 de enero de 2010, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2010 el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación (BOE 5-2-2010).

utilizan como criterio de valoración los baremos a la hora de cuantificar el daño moral, sistema que permite fijar una cantidad total para el conjunto de los que integran una categoría (en este caso, los padres).

Expresamente afirma la sentencia que no se pronuncia sobre la posible indemnización de los hermanos, ya que no ha habido convivencia ni relación alguna, por lo que por lo tanto no puede integrar un concepto diferenciado de indemnización aparte de la determinada a los padres. Realmente, creemos que al decir esto, si bien no está individualizando los daños, de algún modo los está valorando y está considerando que no tienen entidad para apreciarlos. Nos preguntamos si en este tipo de supuestos, los daños no pueden afectar también al resto de los hijos, en cuyo caso deberían valorarse de forma individualizada, ¿el hecho de impedir que crezcan juntos unos hermanos no significa dejar de prestar la necesaria atención a las otras personas más necesitada de especial protección de la familia: a los hermanos menores de edad que se quedan en la familia de origen ¿es que ellos no sufren también un menoscabo en sus relaciones familiares al romperse su lazo de unión?

4. REFERENCIA A LAS RESOLUCIONES CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS QUE RECONOCEN INDEMNIZACIÓN POR PRIVACIÓN INDEBIDA DE LA COMPAÑÍA DE LOS HIJOS ANTE LA IMPOSIBILIDAD DE EJECUTAR LAS SENTENCIAS QUE DECLARAN EL RETORNO DE LOS MENORES A SU FAMILIA BIOLÓGICA

Es interesante a estos efectos referirnos a un supuesto en el que, declarándose improcedente el acogimiento familiar, el padre ve frustrado su derecho a recuperar a su hijo, porque el largo tiempo transcurrido hace que se considere imposible el retorno a su familia de origen, al considerarse mas conveniente para el interés del menor permanecer en la familia adoptiva, esta privación indebida de la compañía de los hijos da lugar a una indemnización (37). El

(37) Destacamos aquí algunos supuestos donde se ha declarado improcedente el desamparo, decretado por la Administración, y en los aunque posteriormente se consiguió la reinserción de los menores de nuevo en las de familias biológicas, han producido una lesión en los derechos de los menores y sus familias que deben ser indemnizados.

Es interesante traer a colación, la sentencia Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), de 7 de noviembre de 2007. En ella se declara improcedentemente el desamparo de los cinco hijos menores de una pareja con escasos recursos, tras la irrupción de la policía en el hogar familiar llevándose a los niños sin ningún tipo de procedimiento y sin oír a los padres en el expediente, y ordenando su ingreso en centros asistenciales. El Auto de 9 de noviembre del mismo año, dictado por un Juzgado de Familia de Sevilla, anuló la declaración de desamparo y ordenó la inmediata entrega de los menores a sus padres. Produciéndose un daño indemnizable por el funcionamiento anormal de la Administración, por lo que solicitan una indemnización. Precisamente, en el Fundamento quinto, se resalta que: «El problema consiste en cuantificar este daño en una cantidad dineraria justa para indemnizarlo. Y el daño moral es sumamente difícil de traducir a dinero, pues es imposible penetrar en el fondo de los sentimientos, necesariamente dolorosos, de quienes lo sufrieron. De ahí que los jueces hacemos uso del poder moderador que nos corresponde, para cuantificar la indemnización a la luz del alcance y entidad del resultado lesivo, conforme a los criterios de la sana crítica, y en función de las circunstancias todas que rodean a cada caso concreto. Y teniendo esto en cuenta, el Tribunal considera que la pretensión indemnizatoria de la demanda es desorbitada, y de modo unánime llega a la conclusión de que los miembros de la familia deben ser indemnizados, de manera conjunta y

caso que contempla la sentencia de 7 de febrero de 2008 (*JUR* 2008/245529), comenzó cuando los padres se encontraban separados y la madre tenía la guarda y custodia de los hijos menores. Con motivo de una intervención policial, los menores fueron declarados en el desamparo (procedente) por Resolución de 14 de abril de 1997. No se estableció ningún régimen de visitas para el padre, ya que a pesar de que fue requerido no se hizo cargo de los niños, debido a que no mantenía relaciones con la madre, creyendo entonces conveniente que fuesen ingresados en un Centro de Protección para evitar discordias. El padre reacciona y solicita la custodia de los menores, recuperando la guarda y custodia de los hijos (38) (sin que se valore el «ineficaz» modo de

unitaria, en la cantidad de 24.000 euros, que deben ser invertidos para atender a las lamentablemente amplias necesidades de los afectados».

En esta línea, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), de 30 de abril de 2009 (*RJ* 2009/256523), trata de un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Junta de Andalucía, como consecuencia de haber declarado indebidamente a unas menores en situación de desamparo en el año 2000, siendo separadas de su madre, de su abuela y entre sí, hasta que la Audiencia Provincial de Sevilla por Auto de 19 de enero de 2005, revocó dicha declaración. Una de las menores ...fue restituida a su madre el 18 de diciembre de 2005, y la otra menor, ...el 7 de abril de 2006. El 20 de febrero de 2007, la Audiencia Provincial dicta auto declarando definitivamente reintegrada la guarda y custodia de las dos menores. En cuanto a la cuantía de la indemnización solicitada... afirma... en el Fundamento cuarto la citada sentencia que: «...Puesto que, efectivamente, es muy difícil evaluar las consecuencias del daño moral infligido, la Sala no puede atenerse a un criterio automático para fijar la indemnización en casos como el presente. No obstante, habida cuenta de que los daños son exclusivamente de carácter moral se entiende que una indemnización de cuantía moderada es suficiente para el resarcimiento que conduzca a restablecer la justicia material quebrantada por el defectuoso funcionamiento del servicio. ...Para fijar la indemnización, la Sala pondera la duración de la separación y las circunstancias en que se produce, y, teniendo también en cuenta el grado de parentesco, considera razonable indemnizar a la madre y a cada una de las menores con 40.000 euros, y a la abuela con 20.000, por todos los conceptos, incluidos intereses, y en el momento presente, que supone la plenitud reparatoria...».

El Auto de 4 de marzo de 2010, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (*JR* 2010/1237736) ha admitido a trámite el recurso interpuesto por la madre y las hijas contra la sentencia de 30 de abril de 2009, y la inadmisión del recurso interpuesto por la abuela, respecto de quien se declara firme dicha sentencia.

(38) Tal y como señala el Fundamento quinto: «la Administración ha sido la causante de los daños sufridos por el reclamante, toda vez que la Administración ha impedido radicalmente con su actuación que el actor haya podido recuperar a sus hijos: En efecto, según se dice en este informe, “cuando ya había obtenido el actor la guarda y custodia de sus hijos, por resolución judicial (providencia de 9 de febrero de 1998), notificada a la Administración el 1 de junio de 1998 (no el 22 de junio como erróneamente señala la propuesta de resolución), ésta dicta resolución por la que se declara el acogimiento provisional preadoptivo (22 de junio de 1998), sin atender a la petición del padre de los menores, privando a éste de sus hijos, sin promover además el acogimiento judicial, que tuvo que ser instado finalmente por el Ministerio Fiscal, y lo hizo habiendo promovido previamente el acogimiento familiar con una celeridad que en el régimen de adopciones resulta francamente llamativo (se constituye el 18 de abril de 1998)”. También se hace hincapié en dicho informe que “no se trata sólo de que la Administración se negase a la entrega de los hijos a su padre, sino que también se negó a reconocer un régimen de visitas al reclamante”, concluyendo en que, como comparte la Sala, ha sido la descrita actuación de la Administración, “esta falta de colaboración y esta obstrucción permanente”, la que ha provocado el daño en el actor que ha de ser resarcido, atendien-

oponerse que evidenciaba el interés del padre por recuperar de algún modo legal a sus hijos, sin que se le pueda exigir un puntual conocimiento de los mecanismos procesales correctos para alcanzar dicha finalidad). Pese a ello, el 22 de junio de 1998, se constituye un acogimiento familiar preadoptivo de los niños (improcedente) (39). Esta situación causa al reclamante daños morales. Se fija el derecho del padre a ser indemnizado por la Administración de la Junta de Andalucía (Consejería de Asuntos Sociales), en la suma de 60.000 euros en concepto de responsabilidad patrimonial derivada del acogimiento de sus hijos menores por familia sustituida.

5. REFERENCIA A LAS RESOLUCIONES CIVILES QUE RECONOCEN INDEMNIZACIÓN (SUSTITUTORIA) POR PRIVACIÓN INDEBIDA DE LA COMPAÑÍA DE LOS HIJOS, ANTE LA IMPOSIBILIDAD DE EJECUTAR UNA SENTENCIA FIRME QUE DECLARA EL RETORNO DE LOS MENORES A SU FAMILIA BIOLÓGICA

En este contexto debemos incluir el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sala de lo Civil, Sección 6.^a, de 30 de diciembre de 2005 (AC 2006/70) (40) que tuvimos ocasión de comentar y a cuyo estudio nos remitimos. Esta significativa e interesante sentencia, tiene como eje la compensación del daño que se produce a una madre, que teniendo derecho a que sus hijos vuelvan con ella, tal y como declara una sentencia firme, ve frustrado su derecho al no producirse el retorno, por haber transcurrido un largo período de tiempo desde que los menores se separaron de su familia de origen.

Los hechos arrancan de una declaración de desamparo improcedente que tuvo lugar con ocasión de una actuación policial en una vivienda de Sevilla,

do, para llegar a tal conclusión, a los pronunciamientos judiciales que transcribe bien ilustrativos en sus expresiones de “la actitud prepotente de la Administración que preordena, dirige y encauza la vida de los menores hacia una alternativa familiar al margen de cualquier tipo de control y supervisión judicial, tal y como exige e impone el artículo 173 del Código Civil”.

(39) El Auto de 5 de febrero de 2001 del Juzgado de Primera Instancia, número 7, confirmado por el Auto de 24 de junio de 2000, de la Audiencia Provincial de Sevilla, estima la oposición planteada por el padre y declaraba no haber lugar a la constitución del acogimiento preadoptivo de los menores. Permite que el padre pueda optar... por alguna de las soluciones... siguientes: «A) Exigir la restitución de los niños, recuperando la patria potestad y la guarda y custodia que ya le reconoció el Juzgado de Familia número 6. Ahora bien, dicha restitución se habrá de hacer depender del resultado de lo que en ejecución de esta resolución pueda resultar acreditado, a través de un informe psicológico..., en orden a determinar si esa posibilidad podría ocasionar a los niños un daño psicológico irreparable, teniendo en cuenta que hace ya casi seis años que no tienen contacto con su padre (a quien ni siquiera recuerdan, tal y como se puso de manifiesto en la diligencia de exploración) y se encuentran estrechamente vinculados afectivamente a su familia acogedora. B) Tomar conciencia de la imposibilidad de recuperar afectiva y materialmente a los niños en atención al tiempo transcurrido y las circunstancias actuales de ambos, ...en cuyo supuesto el señor... estaría perfectamente legitimado ante la jurisdicción competente para exigir a la Administración la responsabilidad...».

(40) TEJEDOR MUÑOZ, L., «Indemnización por daño moral a una madre a la que se le priva de la posibilidad de recuperar la tutela efectiva de sus hijos», en *RCDI*, núm. 697, septiembre-octubre de 2006, págs. 2103 a 2015. En la misma se relatan todas las circunstancias que rodean al caso, se habla de las diferencias entre riesgo y desamparo. Se analiza las instituciones de desamparo y acogimiento, sus tipos, para referirnos por último a los daños indemnizables.

donde se constata el estado étlico en que se encontraba una mujer que tenía dos hijos menores de cuatro y cinco años. A partir de tal situación, se declara a los menores en situación de desamparo y se acuerda el acogimiento familiar preadoptivo provisional, con suspensión del régimen de visitas y comunicaciones de los niños con sus familiares. La madre biológica en período de rehabilitación se opone a la declaración de desamparo, y la Consejería por su parte, promueve el acogimiento preadoptivo el 1 de octubre de 1997. La madre biológica recurre en apelación y la sentencia de 12 de junio de 2000, declara que no existía desamparo y ordena la devolución inmediata de los menores con su madre. La sentencia de la Audiencia no se ejecuta y la vuelta con la madre no se produce, ya que el Juzgado de Primera Instancia, número 7 de Sevilla, a quien corresponde la ejecución de la misma, no la lleva a cabo permaneciendo los niños bajo acogimiento preadoptivo, por considerar que va en contra del interés de los menores.

Retrotraídas las actuaciones, la Audiencia Provincial de Sevilla dicta el 26 de diciembre de 2002, una nueva sentencia en la se declara que la situación legal de desamparo nunca ha existido. Se deniega el acogimiento preadoptivo. Se acuerda que los menores vuelvan a convivir bajo la guarda y custodia de la madre y se señala la imposibilidad de ejecutar lo declarado, por lo que ante la imposibilidad de ejecución del reingreso de los menores con su madre se ordena al Juzgado de Primera Instancia, número 7 de Sevilla, la incoación de «incidente» para la determinación de indemnización sustitutoria que le corresponde a la madre biológica.

La sentencia de 28 de marzo de 2005, del Juzgado de 1.^a Instancia de Sevilla, fija la indemnización de 72.670 euros que tiene que abonar la Junta de Andalucía. Manteniéndose el hijo menor bajo la guarda y custodia del matrimonio constituido por los acogedores y señalando que no cabe fijar ningún régimen de relación y contacto entre el menor con su madre y hermana biológica.

La sentencia de 30 de diciembre de 2005, de la Audiencia Provincial de Sevilla considera que la cuantía de la indemnización debe ascender a 1.400.000 euros, que devengará el interés legal, señalando de forma contundente que la resolución del Juez *a quo* tenía que haber tenido la forma de Auto y no de sentencia. Durante este complicado entramado judicial, la hija vuelve a convivir por su propia voluntad con la madre. La madre solicitó la aclaración y rectificación de dicho Auto y la AP de Sevilla dictó el Auto de 14 de marzo de 2006, que elevó la cuantía indemnizatoria a 1.703.600 euros (41).

(41) Se toman en consideración como conceptos indemnizatorios:

A) El padecimiento por la madre demandante de dos graves enfermedades derivadas del sufrimiento consecuente con la privación de sus hijos durante diez años. Uno de naturaleza psíquica, caracterizado por un cuadro depresivo reactivo, que tuvo manifestaciones tan graves como el intento de suicidio, y otro de naturaleza física, hallándose en tratamiento oncológico por afectación de un pulmón.

B) La pérdida de los hijos. En el que se tiene en cuenta: Por una parte, el tiempo que ha estado apartada la madre de los mismos, que se puede hacer equivalente a una privación de libertad indebida a los solos efectos indemnizatorios, claro está. Por otra, el específico sufrimiento como consecuencia de la razonable expectativa que tenía de recuperación de los mismos como consecuencia de las sucesivas resoluciones a su favor. Finalmente, la definitiva pérdida de toda esperanza y expectativa cuando recae la última resolución en la que se acuerda la inejecutividad.

Fijación del *quantum* indemnizatorio por daño moral.

Resulta llamativo que para cuantificar tal perjuicio, se utiliza el referente de las indemnizaciones otorgadas por el Tribunal Supremo en los supuestos de personas inde-

La sentencia del Tribunal Constitucional, de 21 de enero de 2008 (*RTC* 2008/11) desestima el recurso de amparo (42) interpuesto por la Junta de Andalucía por vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva, al considerar ajustada a derecho la condena en procedimiento de ejecución de sentencia civil al pago de 1.703.600 euros en concepto de indemnización sustitutoria por la imposibilidad de reintegrar a la madre biológica sus dos hijos menores, al declararse inexistente la declaración de desamparo.

bidamente privadas de libertad. Criterio que utiliza una fórmula que es progresivamente creciente, es decir, que estima que el sufrimiento va en aumento, no de forma igualitaria, según transcurre el tiempo, de tal manera que un segundo período de idéntica duración que el anterior no se indemniza en el mismo porcentaje por ser progresivo. Es un criterio utilizado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo. Se busca la aplicación de criterios uniformes de valoración para calcular la indemnización.

Utilizando los siguientes factores de corrección:

Número de hijos: al tener dos hijos, considera que las cifras resultantes de aplicar este criterio han de multiplicarse por dos.

Tiempo transcurrido: Debe tenerse en cuenta que los hechos datan de 1996, y que por tanto las cuantías han de ser actualizadas, y que la privación ha durado casi diez años, y que, finalmente, el hecho no es del todo equiparable, pues parece mucho más grave la privación de unos hijos que la que pueda sufrir uno mismo, y si los hijos lo son en edades como la de autos, desde cuatro y cinco años el perjuicio moral por sufrimiento es mayor.

La pérdida de esperanza: al considerar que constituye un elemento específico de sufrimiento la expectativa de recuperación que le conferirían las resoluciones judiciales favorables a sus pretensiones y que, finalmente, se ven truncadas de manera definitiva por la declaración de inejecutividad, concepto que entiende la Sala que resulta razonable indemnizar incrementando la suma anterior en un treinta por ciento.

El sufrimiento: asimilable a la muerte física que representa el fin de aquella expectativa, la pérdida definitiva de los hijos, en tanto que es aquí donde hemos de hacer cierto trato diferenciador en atención a la singularidad de la situación producida con respecto a la hija menor, porque para ésta no puede predicarse una situación equivalente a la muerte física, dado que voluntariamente ha vuelto a convivir con su madre, lo que impide que dicho supuesto se considere idéntico al de su hermano que continúa bajo acogimiento, teniendo en cuenta que respecto a la menor la relación con la madre nunca podrá ser idéntica después de haber perdido toda la niñez e infancia, y segundo porque el estado de salud con que ha retornado hace presagiar todo un calvario en el desarrollo y tratamiento de la personalidad de dicha menor, lo que justifica su consideración a la hora de integrar los anteriores conceptos indemnizatorios.

En cuanto a la enfermedad de la madre, su situación puede ser conceptuada como de secuelas a consecuencia de un daño o lesión sufrido de manera ilegítima, y se establece cierto parangón con las secuelas producidas en accidente de circulación, y tomando como referente el baremo indemnizatorio de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, pero en su máximo exponente en atención a la particularidad del caso, dado que los padecimientos son irreversibles e incurables. Sumados los conceptos referidos en las cuantías señaladas, la indemnización alcanzada devengará el interés legal.

(42) La sentencia contiene un voto particular del magistrado Pascual SALA SÁNCHEZ, quien considera que la indemnización sustitutoria sólo debía abarcar el cálculo de la indemnización que había de corresponderle a la madre por imposibilidad de ejecutar el derecho a convivir de nuevo con sus hijos y que para la determinación de la indemnización sustitutoria se tenía que haber interpuesto demanda contencioso-administrativa contra la Administración en reclamación de responsabilidad patrimonial por daños y perjuicios.

IV. CONCLUSIONES

La indemnización de los daños morales, sufridos por la pérdida definitiva de la relación parental con los hijos dados en acogimiento o adopción, como consecuencia del funcionamiento anormal de la administración nos sitúa en el interesante campo de la responsabilidad civil extracontractual, en el marco del derecho de familia.

La importancia de los intereses en juego de orden personal y familiar, de los menores, de los padres biológicos, y de los restantes implicados en este tipo de situaciones, dan lugar a un conflicto difícil de resolver, incluso en algunas ocasiones ninguno de los intereses en juego queda plenamente satisfecho cuando las decisiones sobre los menores se prolongan demasiado en el tiempo. Puede afirmarse que existe un derecho del menor a vivir, desarrollarse y educarse en su propia familia natural y biológica, siempre que no vaya en contra de su interés. Y que en caso de que haya varios hermanos que tengan que ser protegidos, su guarda se confíe a la misma familia.

Por tanto, la conjunción de estos principios debe buscarse en cada caso concreto. Lo que no siempre es fácil.

Partiendo tanto de la normativa vigente como de las interpretaciones doctrinales, hemos analizado y comparado de la jurisprudencia civil y contencioso-administrativa sobre el daño moral y especialmente su cuantificación y hemos observado que no hay un criterio uniforme para indemnizar el daño moral, a veces se hace a tanto alzado, sin dar los criterios de valoración de los daños, y sin atender a criterios automáticos y que a veces se recurre a los supuestos de valoración por prisión indebida o a la aplicación de baremos de circulación que proporcionan una fórmula más objetiva de cuantificación, produciéndose vaivenes en las decisiones, y una contaminación de los criterios que para valorar el daño moral proporciona la vía contencioso-administrativa en la vía civil.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BUSTOS LAGOS J. M.: «Tratado de Responsabilidad civil», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coord.: REGLERO CAMPOS, 2006, págs. 250 a 331.
- DÍEZ GARCÍA, H.: «Desamparo de menores y acogimiento», en *Aranzadi*, vol. III, 19, págs. 2239-2270.
- LASARTE ÁLVAREZ, LÓPEZ PELÁEZ y MORETÓN SANZ: *La responsabilidad civil en el ámbito de los centros docentes*, coordinado por LASARTE ÁLVAREZ y LÓPEZ PELÁEZ, Dykinson, Madrid, 2007.
- LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principio de Derecho Civil*, Tomo II, *Derecho de Obligaciones*, 14.^a ed., 2010.
- PANTALEÓN PRIETO, F.: «Comentario al artículo 1902 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil* (dirigido por PAZ-ARES, DÍEZ-PICAZO, BERCOVITZ y SALVADOR CORDECH), T. II, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1971 a 2003.
- MORETÓN SANZ, F.; TEJEDOR MUÑOZ, L., y RUIZ JIMÉNEZ, J.: «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de mayo de 2000. La Responsabilidad Civil de los Centros Docentes», en el *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, BFD*, núm. 16, segunda época, 2000, págs. 241 a 256.

- REGLERO CAMPOS, L. F.: «La prescripción de la acción de reclamación de daños», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coord.: REGLERO CAMPOS, 2006, págs. 722 a 838.
- RUÍZ JIMÉNEZ, J. y TEJEDOR MUÑOZ, L.: «Indemnización de daños morales sufridos por uno de los progenitores al ser privado el otro de relacionarse con su hijo», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 708, 210, págs. 805 a 813.
- TEJEDOR MUÑOZ, L.: «La guarda, acogimiento y desamparo de menores», en *Protección jurídica del menor*, obra coordinada por POU DE LA FLOR y TEJEDOR MUÑOZ, 2.^a ed., Colex, 2009, págs. 125 a 167.
- «Responsabilidad civil profesional. Responsabilidad civil de los abogados demandados. Daño moral inferido por negligencia profesional. Indemnización mancomunada en atención a sus respectivas conductas. Sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de diciembre de 2003», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 681, enero-febrero de 2004, págs. 373 a 380.
 - «Daños morales en el transporte aéreo. Sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de mayo de 2000», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 692, noviembre-diciembre de 2005, págs. 2101 a 2110.
 - «Indemnización por daño moral a una madre a la que se le priva de la posibilidad de recuperar la tutela efectiva de sus hijos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 697, septiembre-octubre de 2006, págs. 2103 a 2015.
- VICENTE DOMINGO, E., «El daño», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coordinado por REGLERO CAMPOS, F., 2.^a ed., 2003, Aranzadi, págs. 220 a 296.

RESUMEN

DAÑO MORAL. RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN. DAÑO CONTINUADO

La ruptura irreversible de la relación parental, como consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración, procedente de una declaración de desamparo de menores, que hace imposible la devolución de la guarda y custodia a los padres decretada judicialmente, da lugar a un daño efectivo, un daño moral. Se analiza, en el presente comentario, la jurisprudencia más reciente sobre el tema, comparando las orientaciones proporcionadas por los Tribunales de lo Civil y de lo Contencioso-Administrativo. Se hace especial referencia a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

ABSTRACT

PAIN AND SUFFERING. ADMINISTRATION LIABILITY. STATUTE OF LIMITATIONS. DAMAGE OVER TIME

Irreversible severance of the parental relationship as a consequence of an administration malfunction rooted in a declaration of parental abandonment (which makes a judicially decreed return of guardianship and custody to the parents impossible) gives rise to actual damages for pain and suffering. This commentary looks at the most-recent case law on the topic, comparing the stances taken by civil courts and administrative courts. Special reference is made to the administration's financial liability.

1.7. Concursal Civil

¿ES COMPETENTE EL JUEZ DEL CONCURSO PARA EL CONOCIMIENTO DE LAS EJECUCIONES HIPOTECARIAS SOBRE BIENES NO AFECTOS A LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL?

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS

Profesora Ayudante Doctora

Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL PROBLEMA.—II. ARGUMENTOS QUE ESGRIME LA JURISPRUDENCIA PARA DEFENDER LA COMPETENCIA DE LOS JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA. CONTRARRÉPLICA DESDE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA.—III. CONCLUSIONES.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL PROBLEMA (1)

Se trata ésta de una cuestión que se plantea en caso de intersección de un procedimiento de ejecución hipotecaria con un procedimiento concursal y que es enormemente debatida en la doctrina y en la jurisprudencia.

Dados los artículos 8.3.º y 57.1 LC no se duda de que la competencia objetiva para conocer de las ejecuciones hipotecarias sobre bienes afectos a la actividad empresarial (art. 56 LC) corresponde al Juez del Concurso. En este sentido, la Resolución de la DGRN, de 6 de junio de 2009 (*JUR* 2009/337093) (2). La polémica se plantea en torno a la competencia para conocer de las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos a la actividad empresarial.

En la doctrina sostienen que el juez del concurso sólo es competente para conocer de las ejecuciones sobre bienes afectos, GÓMEZ GÁLLIGO, RIBELLES, DE

(1) El presente trabajo de investigación se desarrolla en el marco del Proyecto de Investigación dirigido por la Profesora Titular de la UCM, doctora Matilde CUENA CASAS, MATRIMONIO Y CONCURSO DE ACREEDORES. SEJ 2007-60719.

(2) En el caso que resuelve, la DGRN entiende que, como consta anotado preventivamente en la finca objeto de ejecución hipotecaria, no solo la declaración de concurso del deudor hipotecario, sino también la afección de los bienes hipotecados a su actividad empresarial, en virtud de mandamiento dictado por el Juzgado de lo Mercantil, el Registrador, cuya función calificadora debe realizarse por lo que resulte de los documentos presentados para su inscripción y de los asientos del Registro (art. 18 LH), está vinculado por la proclamación registral de la afección, declaración que implica necesariamente la suspensión de las actividades ejecutivas iniciadas con anterioridad a la fecha de la declaración del concurso, y que determina la imposibilidad de la continuación de la ejecución hipotecaria al margen del juez del concurso, por lo que el Registrador obró correctamente, cuando ante la presentación en el Registro del mandamiento dictado por el Juez de Primera Instancia que conocía del procedimiento de ejecución hipotecaria, y que ordenaba al Registrador expedir certificación de dominio y cargas, no expidió la susodicha certificación.

ÁNGEL YAGÜEZ Y HERNANDO MENDÍVIL y HERBOSA MARTÍNEZ (3). SALINAS ADELANTADO opina, con dudas, que en cuanto al inicio de nuevas ejecuciones sobre bienes no afectos tras la declaración de concurso, es competente el Juez del Concurso, dado el artículo 8.3 LC (lo mismo sostiene ZUBIRI DE SALINAS, para quien el art. 8.3 LC que choca con el art. 684.1.1.º LEC, es preferente por ser norma especial y posterior) (4). En cambio, continúa SALINAS ADELANTADO, en el caso de ejecuciones en marcha, dado el artículo 55.1.2.º LC, da la impresión de que el juez competente seguirá siendo el que inició los trámites, lo cual, dice, es coherente con la regla de la *perpetuatio jurisdictionis* del artículo 411 LEC (5). Comparte la posición de este autor CURIEL LORENTE (6).

En cambio, sostienen que el Juez del Concurso ha de conocer también de las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos, SÁNCHEZ RUS, H. y SÁNCHEZ RUS, A. (7), DOMÍNGUEZ DE CALATAYUD (8), CARRASCO PERERA (9) y BLANQUER ÜBEROS (10).

En cuanto a la jurisprudencia, según el auto del Juzgado de lo Mercantil de Salamanca, número 4, auto de 25 de mayo de 2010 (AC 2010/1240), la inmensa mayoría de la doctrina de los *Juzgados de lo Mercantil*, entiende que el conocimiento de la ejecución hipotecaria sobre bienes no afectos a la actividad empresarial corresponde a los Jueces de Primera Instancia. Pueden citarse en esta línea (11), el voto particular del magistrado SANCHEZ GARGALLO, I., en el auto de 28 de junio de 2007 de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.ª (AC 2007/1581), AJM, número 1 de Alicante, de 23 de febrero de

(3) RIBELLES, J. M., «Comentario al artículo 57 LC», en *Derecho Concursal Práctico. Comentarios a la nueva Ley Concursal*. FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A. (dir.). Editorial Iurgium, Madrid, 2004, pág. 305. GÓMEZ GÁLLIGO, J., «Comentario al artículo 56 LC», en *Comentarios a la legislación concursal*. SÁNCHEZ CALERO, J., y GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (dir.), Vol. I, Lex Nova, Valladolid, 2004, págs. 1058 y 1059. GÓMEZ GÁLLIGO entiende que las ejecuciones a que hace referencia el artículo 56.2 *in fine*, serían conocidas por el Juez de Primera Instancia ante el que se hubiesen entablado. Lo mismo sostiene la Resolución de la DGRN, de 6 de junio de 2009 (JUR 2009/337093).

(4) ZUBIRI DE SALINAS, M., «Hipoteca y concurso», en *Las claves de la Ley Concursal*. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.; QUINTANA CARLO, I., y BONET NAVARRO, A. (dir.), 2005, págs. 296 a 301.

(5) SALINAS ADELANTADO, C., «Las garantías reales en la Ley Concursal: una reforma parcialmente reorientada», en *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*. Vol. 4, 2005, págs. 3881 a 3883.

(6) CURIEL LORENTE, F., «Aspectos registrales de la nueva Ley Concursal», en *Antología de textos de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. GÓMEZ GÁLLIGO, J. (coord.), Tomo II, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009, pág. 4862.

(7) SÁNCHEZ RUS, H., y SÁNCHEZ RUS, A., «Comentario al artículo 56 y 57 LC», en *Comentario de la Ley Concursal*. ROJO, A. y BELTRÁN, E. (coord.), Tomo I. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, págs. 1036 a 1083.

(8) DOMÍNGUEZ DE CALATAYUD, V., «Aspectos generales y registrales de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio», en *Antología de textos de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. GÓMEZ GÁLLIGO, J. (coord.), Tomo II, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009, pág. 4892.

(9) CARRASCO PERERA, A., *Los derechos de garantía en la LC*, Thomson-Civitas, 2.ª ed., Pamplona, 2008, págs. 85 y 139.

(10) BLANQUER ÜBEROS, R., *Las garantías reales en el concurso*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, págs. 91 y 92.

(11) Sin hacer distinción de si lo que defienden es la competencia de los Jueces de 1.ª Instancia en todo caso, o solo para el caso de que la ejecución hipotecaria sobre el bien no afecto se haya entablado antes de la declaración de concurso.

2006; AJM, número 1 de Asturias, de 13 de marzo de 2006; AJM, número 2 de Barcelona, de 24 de mayo de 2006 (AC 2006/1217), y 26 de septiembre de 2006 (AC 2007/383); AJM, número 1 de Alicante, de 29 de septiembre de 2006 (PROV 2007/38872); AJM, número 1 de Alicante, de 3 de julio de 2007; AJM, número 8 de Madrid, de 15 de enero de 2010. A esta jurisprudencia podemos añadir el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1.^a), de 28 de junio de 2010 (JUR 2010/276414) y el Auto de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares (Sección 5.^a) de 19 de abril de 2010 (JUR 2010/233283). También se dice que en el primer encuentro de Jueces de la especialidad mercantil, celebrado por el CGPJ en Valencia, el 9 y 10 de diciembre de 2004, capítulo de conclusiones, casi mayoritariamente se consideró que las ejecuciones sobre bienes no afectos a la actividad empresarial ya iniciadas al declararse el concurso continuarían ante el Juez Civil, surgiendo la duda respecto de las nuevas ejecuciones que se inicien tras la declaración de concurso, no alcanzándose conciliación en este punto.

Sin embargo, en la Jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales, se advierte una tendencia a considerar que corresponde a los Juzgados de lo Mercantil el conocimiento de las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos a la actividad empresarial. Así pueden citarse el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.^a), de 28 de junio de 2007 (AC 2007/1581); el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5.^a), de 21 de noviembre de 2008 (JUR 2009/60566), el Auto de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 1.^a), de 12 de mayo de 2009 (AC/2009/1170) [que sostiene la competencia de los Jueces Mercantiles solo para el caso de que la ejecución hipotecaria sobre bienes no afectos se haya iniciado tras la declaración de concurso], y el Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1.^a), de 29 de julio de 2010 (JUR 2010/327974).

II. ARGUMENTOS QUE ESGRIME LA JURISPRUDENCIA PARA DEFENDER LA COMPETENCIA DE LOS JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA. CONTRARRÉPLICA DESDE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA

Expuesto el estado de la cuestión, iremos desggranando los argumentos principales que la jurisprudencia da en defensa de la competencia de los Jueces de 1.^a Instancia, procediendo a su refutación, pues nosotros, salvo opinión mejor fundada en derecho, consideramos que es a los Jueces Mercantiles a los que corresponde el conocimiento de las ejecuciones hipotecarias sobre bienes afectos y no afectos a la actividad empresarial.

El auto del Juzgado de lo Mercantil de Salamanca, número 4, auto de 25 de mayo de 2010, manifiesta que por auto del mismo Juzgado, de 12 de mayo de 2010, a la luz de lo expuesto por la inmensa mayoría de la doctrina de los Juzgados de lo Mercantil, *decidió cambiar el criterio que hasta entonces tenía de aceptar la competencia de todas las ejecuciones hipotecarias seguidas contra bienes del deudor concursado, criterio nuevo que ahora va a mantener. Entiende así el Juzgado que hasta que no se declare por el Juzgado de lo Mercantil, a instancia de la administración concursal, o de otro legitimado que el bien es afecto a la actividad empresarial, no rige la excepción del artículo 8.3 de la LC a la competencia objetiva de los Juzgados de 1.^a Instancia. Para apreciar si el bien es o no afecto, la solución no puede ser obviar las reglas generales de competencia objetiva del Juzgado de 1.^a Instancia, y sin ni siquiera plantearse*

la afectación del bien, remitir sin más todas las ejecuciones hipotecarias contra el concursado al Juzgado de lo Mercantil. Decidido por el Juez del Concurso que el bien es afecto, debe remitir dicha resolución al Juzgado de 1.ª Instancia que esté conociendo de la ejecución hipotecaria a fin de que entonces, y sólo entonces, se acuerde la suspensión de la misma y en su caso, la remisión al Juez del Concurso para su conocimiento en los casos en que proceda. La previsión genérica del artículo 8.3.º de la LC ha de ponerse en conexión con el artículo 55.4 y 57.1 LC, según los cuales la apertura del concurso no implica la paralización de las ejecuciones hipotecarias ni impide su inicio, como ejecución separada al concurso, como excepción frente al resto de ejecuciones civiles. Y la única salvedad a ello se encuentra en las ejecuciones hipotecarias que tengan por exclusivo objeto la realización de bienes afectos o necesarios a la actividad empresarial o profesional del deudor. Este es el único supuesto donde existe competencia objetiva del Juez del concurso para servir ante él separadamente el proceso de ejecución hipotecaria.

Nos parece que el Auto reseñado estaría indicando, que aunque el Juez Civil conociese de la existencia del concurso, no podría inhibirse del conocimiento de la ejecución hipotecaria *a priori*, amparándose en el artículo 8.3.º LC, sino que debería esperar a suspender el procedimiento de ejecución a que constase en el mismo la afectación de los bienes. Sin embargo esta interpretación choca claramente con el artículo 568 LEC.

El artículo 568 LEC, tras la reforma verificada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial señala con meridiana claridad:

«1. No se dictará auto autorizando y despachando la ejecución cuando conste al Tribunal que el demandado se halla en situación de concurso.

2. El Secretario judicial decretará la suspensión de la ejecución en el estado en que se halle en cuanto le sea notificado que el ejecutado se encuentra en situación de concurso. El inicio de la ejecución y la continuación del procedimiento ya iniciado que se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados y pignorados estarán sujetos a cuanto establece la Ley Concursal.

3. Si existieren varios demandados, y sólo alguno o algunos de ellos se encontraran en el supuesto a que se refieren los dos apartados anteriores, la ejecución no se suspenderá respecto de los demás».

Si la demanda ejecutiva hipotecaria se presentó antes de la declaración de concurso y antes de que el Tribunal dicte auto autorizando el despacho de la ejecución, conoce de la situación concursal, debe abstenerse de dictar dicho auto. Y si lo dictó antes de conocer la situación concursal, en el instante en que ésta conste en el procedimiento el Secretario judicial decretará la suspensión de la ejecución en el estado en que se halle, sin esperar a que el Juez Concursal remita al Juez de Instancia su decisión sobre el carácter afecto del bien que se ejecuta. En el fondo el artículo 568 parte de que la competencia para el conocimiento de las ejecuciones hipotecarias contra bienes del concursado corresponde al Juez del Concurso, quedando delimitada su competencia en el ámbito temporal como dice SÁNCHEZ RUS por el auto de declaración de concurso (art. 21) y por resolución firme que acredite la conclusión del mismo (art. 176 LC).

Otros argumentos que baraja la jurisprudencia en defensa de la competencia de los Juzgados de 1.ª Instancia son los expuestos por el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1.ª), de 28 de junio de 2010 (*JUR* 2010/276414).

Doña Gema y don Elías, prestatarios de Caixa Galicia, habían constituido una garantía hipotecaria a favor de la entidad bancaria sobre una finca de la cual la nuda propiedad pertenecía a doña Gema. Doña Gema fue declarada en situación de concurso voluntario mediante Auto de 20 de febrero de 2009. Caixa Galicia, el 7 de octubre de 2009 (por lo tanto con posterioridad a la declaración de concurso) presentó demanda de ejecución de hipoteca inmobiliaria ante el Juzgado de Primera Instancia, declarándose éste incompetente al entender en aplicación de los artículos 86 ter.1.3.º LOPJ y 8 LC, que quien resultaba competente era el Juzgado que conocía del concurso de doña Gema.

La Audiencia, ante la Apelación planteada por Caixa Galicia, razona del siguiente modo:

Hay que determinar si la ejecución de la hipoteca inmobiliaria frente a un activo del concurso aparece configurada como un procedimiento que se ha de seguir en todo caso ante el Juez del Concurso, o por el contrario se trata de un procedimiento que podrá seguirse como una ejecución separada dependiendo de que la naturaleza del bien sobre el que recae la garantía real hipotecaria se califique como bien afecto o no afecto. Presupuesto de lo anterior es la cuestión atinente a la calificación de la naturaleza del bien. En los casos del artículo 56.1 LC cobra todo su sentido la *vis attractiva* del concurso que encuentra su lógico fundamento en la necesidad de amparar en su seno a todas aquellas cuestiones que conciernan al destino de los bienes afectos y solo respecto de ellos, pues su suerte es la que está en condiciones de comprometer la continuación de la actividad del deudor y con ello el éxito de una solución convenida al concurso, y en ese preciso sentido se expresa la redacción literal del artículo 57.1 LC. «El ámbito de esta norma que viene a residenciar en el Juez del Concurso la competencia objetiva para el conocimiento de las ejecuciones sobre garantías reales debe entenderse limitado únicamente a los bienes afectos, conclusión que se puede alcanzar por la sola rúbrica del precepto «inicio o reanudación de ejecuciones de garantías reales» y por su propia redacción cuando habla del ejercicio de las acciones previstas en el artículo anterior, es decir, de las que habían quedado paralizadas o suspendidas por tratarse de bienes afectos. Si por el contrario el bien sujeto a la garantía real se tratara de un bien no afecto a aquella actividad, la repetida *vis attractiva* deberá necesariamente decaer al haber desaparecido el presupuesto sobre el que se sustenta. *Ninguna ventaja se sigue para el concurso de que tales ejecuciones se ventilen dentro del proceso, pues, como ya se ha dicho, la realización forzosa de la garantía constituida sobre un bien no afecto, precisamente por tal circunstancia, no incide en la solución que aquél pueda alcanzar, razón por la que procede acudir a las normas extraconcursales a la hora de determinar la competencia para el conocimiento de las ejecuciones sobre los repetidos bienes que gozarán por tanto de la ejecución separada a todos los efectos.* Entiende esta Sala que no cabe argüir en contra de la anterior decisión la regla general proclamada por el artículo 8 LC cuando en su apartado 3.º —en términos coincidentes con lo dispuesto en el art. 86 ter.1.3.º LOPJ— atribuye al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente para conocer de «toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado». Primeramente por cuanto la norma competencial contenida en el artículo 57 solo tiene razón de ser si es considerada como regla especial frente a la general arriba transcrita, siendo así que en caso contrario, esto es, si se entendiera que comprende las ejecuciones de garantías reales sobre cualquier clase de bienes, devendría en un precepto superfluo por redundante. *Pero es que además el propio diseño de las*

ejecuciones en la Ley Concursal está admitiendo la existencia de ejecuciones separadas que escapan a la jurisdicción del Juez del Concurso, como son las ejecuciones que puedan continuar la Administración Pública y los Tribunales de la jurisdicción laboral en los supuestos contemplados por el artículo 55-1 LC, para cuyas actuaciones ejecutivas no operará el cierre registral que para las restantes se produce con la práctica de la correspondiente anotación preventiva del concurso (art. 24-4 LC). Finalmente la solución aquí expuesta puede verse reforzada si acudimos a los antecedentes parlamentarios en la tramitación de las normas concordantes (art. 3-1 Civil), visto que el apartado 5.º del artículo 55 LC que originalmente disponía que la ejecución de bienes no afectos se habría de sustanciar hasta que tenga lugar la realización de los bienes, fue suprimido en aras a posibilitar el íntegro desenvolvimiento de la ejecución separada comprensivo incluso de la realización de los bienes y el reparto del precio obtenido por ello».

A estos argumentos cabe responder del siguiente modo:

La *vis attractiva* del procedimiento concursal no sólo se sustenta en la necesidad de amparar en el seno del concurso las cuestiones que conciernan al destino de los bienes afectos. La *vis attractiva* del concurso se fundamenta ante todo en el carácter universal del procedimiento, siendo principio clásico del Derecho Procesal español que la fuerza atractiva de los juicios universales es máxima.

Se dice que la rúbrica del artículo 57 («Inicio o reanudación de ejecuciones de garantías reales») debía disipar cualquier duda acerca de los procedimientos de ejecución a que se refiere el artículo 57. Pero esta interpretación sólo pone en correlación sistemática el artículo 57 con el artículo 56 LC, olvidando otro precepto fundamental en la materia, el artículo 568 LEC, que lleva por rúbrica: «Suspensión en caso de situaciones concursales» y que señala que «el inicio de la ejecución y la reanudación del procedimiento ya iniciado que se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados y pignorados estarán sujetos a cuanto establece la Ley Concursal», inicio o continuación de ejecuciones hipotecarias atribuido por la LC al Juez del Concurso (art. 8.3.º y 57.1 LC).

Por otro lado, no hay por qué entender limitado el ámbito objetivo del artículo 57.1 a las acciones que han quedado paralizadas o suspendidas como consecuencia de la aplicación de lo previsto en el artículo 56.1 y 2. Como señala el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.^a), de 28 de junio de 2007, el encabezamiento del artículo 57 LC no hace diferenciación entre bienes afectos y no afectos. Tampoco la hace su contenido. El artículo 56, al que se refiere, en su último párrafo expresa que la declaración de concurso no afectará a la ejecución de la garantía cuando el concursado tenga la condición de tercer poseedor. Es decir, que en tal caso no padecerá la ejecución hipotecaria paralización ni suspensión por el plazo máximo de un año, *recaiga sobre bienes afectos o no afectos. Poniendo en relación dicho artículo 56.4 con el artículo 57.1 resulta que las ejecuciones que se inicien o reanuden con arreglo al artículo 56.4, pueden ser ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos respecto de los que el concursado es tercer poseedor. Ese supuesto entonces no se vería excluido de la competencia del Juez del Concurso. Si tal ocurre cuando el concursado es tercer poseedor, lo mismo ocurrirá cuando el concursado sea dueño hipotecante* (12).

(12) Argumento interesante que es útil para defender la competencia del Juez del Concurso, aunque nosotros sostenemos que el artículo 56 no se refiere en su apartado 4 al tercer poseedor en sentido técnico regulado por la LH y la LEC, sino a un simple

Se dice que en el caso de que la ejecución hipotecaria recaiga sobre bienes no afectos, ninguna ventaja se sigue de que conozca el Juez del Concurso. Pero esta afirmación no es exacta. Como señala el Auto de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 1.^a), de 12 de mayo de 2009 (AC 2009/1170), debe tenerse en cuenta que el bien objeto de ejecución separada *«no queda excluido totalmente del concurso, pues el mismo se tiene en cuenta para la valoración del patrimonio del deudor y puede ocurrir que tras su ejecución exista un sobrante, siendo claro el interés que todos los acreedores pueden tener en el resultado de dicho procedimiento de ejecución, por lo que se estima más razonable que todas las ejecuciones se encuentren bajo la dirección y control del Juez del Concurso»*. En efecto, la atribución competencial al Juez del Concurso proporciona, como dice SÁNCHEZ RUS: «un medio de tutela sumamente enérgico de los intereses de la masa». Conviene recordar a este respecto las palabras de Díez-PICAZO: «Nosotros entendemos no obstante, que, desde el punto de vista del concurso, son mayores las ventajas que los inconvenientes de suprimir o, por lo menos, de limitar el derecho de ejecución separada, pues la existencia de este tipo de créditos [privilegiados], con ese adicional derecho, impide la definitiva configuración de la masa activa, cuya consistencia final no se conoce hasta que las ejecuciones separadas no han concluido; y obliga a los acreedores del concurso y a los órganos de éste a operaciones de seguimiento muy difíciles, porque se refieren a procedimientos ajenos. Así la diligencia impone controlar esos procedimientos, conocer el momento en que se encuentren, decidir si se acude o no a las subastas, para que no se envilezca en ellas el valor de los bienes y, en este caso, llevar a cabo operaciones de inversión de fondos para poder acudir a las subastas» (13). Precisamente la atribución competencial al juez del concurso obvia parte de estas dificultades y proporciona una tutela eficiente a la masa de acreedores. Además permite que el Juez del Concurso formule un juicio de procedencia sobre la ejecución pretendida.

poseedor. Es decir, el artículo 56.4 contemplaría el supuesto de un bien propiedad de un tercero, hipotecado por dicho tercero, del que el concursado es simple poseedor (arrendatario, precarista...). En tal caso, la ejecución hipotecaria seguida por deuda que no es del concursado no podría paralizarse so pretexto de que dicho bien es poseído, aprovechado, por un deudor en situación concursal, por muy esencial que sea dicho bien para la actividad empresarial o profesional del citado concursado. El artículo 56.4 daría así una solución que vendría dada por aplicación de las normas generales en la materia. En caso de que el concursado fuese tercer poseedor en sentido técnico, si la hipoteca recayese sobre bienes afectos a la actividad empresarial, su ejecución también quedaría sujeta al artículo 56.1 y 2, pues el conflicto de intereses que se plantea entre el acreedor hipotecario y la masa es el mismo que en el caso de que el concursado sea propietario-deudor hipotecario. El conocimiento de la ejecución hipotecaria en caso de concursado tercer poseedor, en todo caso corresponderá al juez del concurso. Como expondremos más adelante, las mismas dificultades de control para los acreedores concursales que plantean las ejecuciones hipotecarias extraconcursoales en las que el concursado es propietario-deudor hipotecario, se plantearían en el supuesto de ser el concursado tercer poseedor, si se atribuyese la competencia para su conocimiento al Juez Civil. También en esta ejecución, en la que el concursado es tercer poseedor, puede quedar un remanente que deberá remitirse a la masa activa del concurso (art. 692.1 LEC). Hay pues, un interés de los acreedores concursales en controlar dicha ejecución para que no se envilezca el valor de los bienes y el remanente que quede para el concurso sea el mayor posible.

(13) Díez PICAZO, L., «Los créditos privilegiados en el concurso de acreedores», en *La reforma del Derecho de quiebra. Jornadas sobre la reforma del Derecho Concursal español*. Editorial Civitas-Fundación Universidad-Empresa, 1.^a ed., Madrid, 1982, pág. 297.

El artículo 57 no es una norma especial respecto del artículo 8.3.º LC. Por el contrario, el artículo 8.1.º y 3.º LC determinarían la interpretación del artículo 57. Que esto es así se desprende de la Exposición de Motivos de la Ley Concursal (III, párrafo 11), la cual, refiriéndose en general a los créditos con privilegio especial, afirma que: «la ejecución se tramitará ante el Juez del Concurso».

Es cierto que para las actuaciones ejecutivas que pueden continuar, según el artículo 55.1 LC no opera el cierre registral que para las restantes se produce con la práctica de la correspondiente anotación preventiva del concurso (art. 24.4 LC). Pero nótese, el cierre registral se produce para las restantes, entre ellas, *las derivadas de una ejecución hipotecaria sobre un bien no afecto verificada ante juez diverso del Juez del Concurso*. De acuerdo con dicho precepto, una vez practicada la anotación preventiva que publica la situación concursal, el Registrador debe rechazar la anotación de cualquier mandamiento de embargo posterior a la declaración de concurso, *dictado por otro órgano jurisdiccional* (así anotación de embargo derivada de una ejecución hipotecaria que se tramita a través del procedimiento de apremio o de ejecución ordinario), con la única excepción de lo establecido en el artículo 55.1 LC. El precepto no exceptúa las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos iniciadas antes o después de la declaración de concurso.

En cuanto a los antecedentes parlamentarios, si observamos la génesis del artículo 57 LC, debemos reconocer la conexión existente en el Proyecto de Ley entre el artículo 56 (equivalente al actual art. 57 LC) y el 55, que hacía referencia tanto a las acciones ejecutivas de garantías reales sobre bienes afectos (párrafos 1.º y 2.º), como a las sobre bienes no afectos (párrafo 5.º), razón por lo que el artículo 56 al decir que: «el ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del juez de éste», afirmaba, por lo menos, que las acciones ejecutivas hipotecarias sobre bienes no afectos, iniciadas durante la tramitación del concurso se someterían a la competencia del Juez del Concurso. La supresión del párrafo 5.º del artículo 55 no tuvo por finalidad alterar esta idea del legislador, sino que fue fruto de las enmiendas de Convergencia i Unió, que pretendía eliminar la suspensión de las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos tras la realización de los bienes (14), por lo que hoy debe seguirse interpretando que, por lo menos, las acciones ejecutivas hipotecarias sobre bienes no afectos iniciadas tras la declaración de concurso, deben someterse a la jurisdicción del Juez del Concurso.

Otro argumento que se baraja en defensa de la competencia de los Jueces Civiles es que la LC, una vez establecida la regla general en el artículo 8.3.º que atribuye al Juez del Concurso la competencia exclusiva y excluyente para conocer de toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiere ordenado, formularía una serie de excepciones a esa misma regla general, en el párrafo 2.º del artículo 55.1, del que se deduciría que la competencia para seguir conociendo de los procedimientos de ejecución exceptuados de la regla general del artículo 55.1, párrafo 1.º, sería del Tribunal de lo Social o de la autoridad administrativa que hasta ese momento conociera de la ejecución, siendo otra excepción la que se contendría en los artículos 56 y 57. «La previsión del artículo 57.1 LC que

(14) Aunque la supresión del párrafo 5.º del artículo 55 en su totalidad generó un vacío normativo en cuanto al régimen de las hipotecas sobre bienes no afectos, como ha señalado la doctrina.

atribuye al Juez del concurso la competencia para conocer del inicio o la reanudación de ejecuciones de garantías reales que por recaer sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor han quedado paralizadas temporalmente por la declaración de concurso, una vez concluido el plazo legal de suspensión, *sólo tiene sentido porque el artículo anterior supone el reconocimiento del derecho de ejecución separada al margen del concurso de las garantías reales sobre bienes no afectos* [art. 56 a contrario sensu], *pues de otro modo, si en todo caso procediera la acumulación al concurso, resultaría inútil la mención expresa del artículo 57.1 al inicio o reanudación de ejecuciones suspendidas*» (Voto particular del Magistrado SANCHEZ GARGALLO en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.ª), de 28 de junio de 2007).

Pero por un lado, la existencia del derecho de ejecución separada *ex artículo 56 a contrario sensu* (como entiende mayoritariamente la doctrina) no exige con carácter de necesidad que tal ejecución separada sea «extraconcurzal», pudiendo ser, «intraconcurzal». Hay que notar, como indica el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 5.ª, de 21 de noviembre de 2008, que la Disposición Final 3.ª de la LC, en lógica coherencia con su regulación sobre las competencias exclusivas y excluyentes del Juez del Concurso, suprimió del artículo 98.1.2.º de la LEC, *la imposibilidad de acumular a un proceso concursal los procesos de ejecución en los que sólo se persigan bienes hipotecados o pignoralados*. En efecto, la LC, a través de esa Disposición Final 3.ª modificó el artículo 98.1.2.º LEC que quedó redactado de la forma siguiente: «Se exceptúan de la acumulación a que se refiere este número los procesos de ejecución en que sólo se persigan bienes hipotecados o pignoralados, que en ningún caso se incorporarán al proceso sucesorio, cualquiera que sea la fecha de iniciación de la ejecución». *Se podría haber exceptuado de la acumulación las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos a la actividad empresarial, sin embargo tal cosa no se hizo* (15).

En todo caso, de admitir que el artículo 55.1 LC establece dos excepciones a la competencia del Juez del concurso, habría que entender, como señala el Auto de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 1.ª), de 12 de mayo de 2009 (AC 2009/1170), que las mismas se refieren a cuando existe un procedimiento de apremio administrativo ya iniciado o una ejecución laboral también iniciada y con una serie de requisitos (16), pero que ni la autoridad administrativa ni el

(15) En su redacción originaria señalaba el artículo 98 LEC 2000:

1. «La acumulación de procesos también se decretará:

1.º Cuando esté pendiente un proceso concursal al que se halle sujeto el caudal contra el que se haya formulado o formule cualquier demanda. En estos casos, se procederá conforme a lo previsto en la legislación concursal.

2.º Cuando se esté siguiendo un proceso sucesorio al que se halle sujeto el caudal contra el que se haya formulado o se formule una acción relativa a dicho caudal.

Se exceptúan de la acumulación a que se refieren los dos números anteriores los procesos de ejecución en que sólo se persigan bienes hipotecados o pignoralados, que en ningún caso se incorporarán al proceso concursal ni al sucesorio, cualquiera que sea la fecha de iniciación de la ejecución».

(16) El artículo 55.1 LC señala:

«Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor.

Podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración

Juez laboral pueden iniciar un procedimiento de ejecución con posterioridad a la declaración del concurso, por lo que habría que estimar que también las ejecuciones de bienes con garantía real, si se han iniciado con anterioridad podrían seguir su trámite, salvo que se diese el supuesto del artículo 56, pero que al no haber excepción expresa del legislador en cuanto a ejecuciones instadas con posterioridad a la declaración del concurso, no habría razón alguna para que las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos posteriores a la declaración de concurso, quedasen al margen de la competencia del Juez del concurso.

Más aún, como indica el Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1.^a), de 29 de julio de 2010 (*JUR* 2010/327974), *las excepciones legales referentes a los procedimientos de apremio administrativo y ejecuciones laborales ya iniciadas no suponen necesariamente que ello deba generalizarse de tal manera que también las ejecuciones de bienes con garantía real que se han iniciado con anterioridad deban seguir su trámite ante el Juez de Primera Instancia, salvo que se dé el supuesto del artículo 56».*

E incluso, es posible dudar de la existencia de verdaderas excepciones en el artículo 55.1 a la competencia del Juez del Concurso. Sin querer sentar una posición definitiva sobre el tema, queremos resaltar las palabras de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la LOPJ:

«El carácter universal del concurso justifica la concentración en un solo órgano judicial, de las materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, lo que lleva a atribuir al Juez del Concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en materias como *todas las ejecuciones y medidas cautelares que puedan adoptarse en relación con el patrimonio del concursado por cualesquiera órganos jurisdiccionales o administrativos...*

Mediante la correspondiente modificación de la LOPJ (nuevo art. 86 ter), esta atribución de jurisdicción exclusiva y excluyente se incorpora ahora expresamente a las competencias de los Juzgados de lo Mercantil».

Para concluir, puede añadirse a todos los argumentos esgrimidos a favor de la competencia del Juez del Concurso, con la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.^a), auto de 28 de junio de 2007, que el que el artículo 57 LC no haya sido más explícito no puede ocultar que en el caso de ejecución hipotecaria sobre un bien no afecto seguimos en presencia de una ejecución de contenido patrimonial que incide en el concursado y en la masa activa, minorada por esta ejecución separada, resultando plenamente justificada la competencia objetiva del Juez del Concurso. *Es en el concurso donde el crédito garantizado se está haciendo valer (art. 61.1 LC), pudiendo ser rehabilitado (art. 68).*

En cuanto que el crédito garantizado se está haciendo valer en el concurso, hay que señalar que tanto en el caso de ejecución individual como de ejecución colectiva (art. 155.1 LC), la Ley reconoce a los titulares de derechos de realización de valor un privilegio especial, así, en el caso de la hipoteca, sobre los bienes hipotecados. *La efectividad del privilegio requiere el cumplimiento de ciertos requisitos: la inscripción en el Registro de la Propiedad (para la hipoteca inmobiliaria, art. 90.2 LC).* «Además, los créditos asegurados con garantía real inscrita en un registro han de incluirse necesariamente en la lista

del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor».

de acreedores (art. 86.2)» (17). Si bien el crédito asegurado con garantía real inscrita en un registro público, se incluirá necesariamente (reconocimiento forzoso por la administración concursal) en la lista de acreedores, de acuerdo con el artículo 86.2 LC, sin perjuicio de la facultad de ésta para impugnar en juicio ordinario y dentro del plazo para emitir su informe la existencia y validez de los créditos asegurados con garantía real, ello no obsta para que el acreedor hipotecario tenga que insinuar su crédito en el concurso, sometándose en este sentido, al mismo trato que la generalidad de los acreedores (18). El hecho de que el crédito hipotecario se haga valer en el concurso, con todo lo que ello conlleva según hemos explicado (vid. también art. 157.2 LC) parece exigir congruentemente que la ejecución hipotecaria sobre el bien no afecto tenga lugar ante el Juez del Concurso.

(17) SÁNCHEZ RUS, H., y SÁNCHEZ RUS, A., «Comentario al artículo 56 LC», en *Comentario de la Ley Concursal*. ROJO, A., y BELTRÁN, E. (coords.), Thomson Civitas, Madrid, 2004, pág. 1045.

(18) Artículo 21.1.5.º, 21.4, 49, 85.1 y 3 LC. Por otro lado, si un acreedor hipotecario cobra en la liquidación colectiva, para ello es preciso que haya sido incluido como acreedor concursal en la lista de acreedores. Como el acreedor hipotecario puede verse abocado a la liquidación colectiva de acuerdo con el artículo 57.3, le resultará necesario haber insinuado su crédito en el concurso.

Sin embargo, entiende que el acreedor hipotecario está dispensado del deber de comunicar su crédito, ya que éste es de reconocimiento necesario, si bien es recomendable que efectúe su insinuación. SASTRE PAPIOL [SASTRE PAPIOL, S., «Comentario al artículo 85 y 86 LC», en *Comentarios a la Ley Concursal*. SAGRERA TIZÓN, J. M.^a; SALA REIXACHS, A., y FERRER BARRIENDOS, A. (coords), Tomo II. Artículos 71 al 162. Editorial Bosch, S. A., Barcelona, 2004, págs. 1069 y 1070]. La misma posición sostiene SALINAS ADELANTADO (SALINAS ADELANTADO, C., «Las garantías reales en la Ley concursal...», *op. cit.*, pág. 3867 a 3870). Sin embargo, esta posición no parece acertada, pues aunque los créditos hipotecarios sean de reconocimiento necesario (art. 86.1 *in fine* y 86.2, según los cuales la administración concursal deberá incluir necesariamente en la lista de acreedores los créditos asegurados con garantía real inscrita en registro público que *resulten de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón constaren en el concurso*) el acreedor no tiene la seguridad de que su crédito conste en el concurso (normalmente sí, a través del inventario), ni sobre todo, de que consta con todas sus características completas de cuantía, vencimiento, etc., por lo que resulta obvio que deberá comunicar su crédito (tiene la carga de hacerlo). En este sentido se pronuncia HERBOSA MARTÍNEZ, para quien ha de tenerse en cuenta que de la escritura de hipoteca inscrita no se desprende la cuantía líquida del crédito que es objeto de reclamación en el concurso; solo la comunicación del acreedor permitirá determinar la cantidad que se pretende hacer efectiva mediante la garantía en el concurso, puesto que del título inscrito sólo deriva la deuda inicial, pero no la deuda actual» (HERBOSA MARTÍNEZ, I., «Realización del crédito hipotecario en el concurso», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 11, 2009, pág. 294). Finalmente, siempre resultará mucho más complicado impugnar la lista de acreedores si el crédito no está incluido o lo ha sido de forma incorrecta (art. 96.3 LC).

Y aunque el acreedor hipotecario moroso queda sujeto a la pena de subordinación, de dicha pena quedan exceptuados los créditos respecto de los cuales la administración concursal debió proceder a un reconocimiento de oficio: créditos cuya existencia resultare de la documentación del deudor o constaren de otro modo en el concurso. Se añaden también los créditos que *constaren en otro procedimiento judicial*. De modo que si se inició una ejecución hipotecaria antes de la declaración de concurso, y se comunica tardíamente el crédito hipotecario, éste no queda afectado por la subordinación, ya que consta en otro procedimiento judicial. De este modo se atiende al problema de que el acreedor hipotecario que inició su ejecución ante el juez civil pueda conocer tardíamente la iniciación del procedimiento concursal (art. 92.1.º LC).

En cuanto a que el crédito puede ser rehabilitado si concurren los presupuestos del artículo 68 LC (19), señala el Auto de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 1.^a) de 12 de mayo de 2009 (AC 2009/1170), que si ello es así es lógico que el procedimiento hipotecario esté bajo la competencia del Juez del Concurso, y *aunque en teoría ello [la rehabilitación] podría hacerse ante el Juez de Primera Instancia, resulta poco operativo si existen varios procedimientos pendientes en distintos Juzgados de Primera Instancia.*

Igualmente, es en el seno del concurso donde el acreedor hipotecario hace valer la condición de bien no afecto del bien cuya ejecución pretende, ante la administración concursal, la cual se pronunciará al respecto en la elaboración del inventario, en el cual se debe determinar la naturaleza y características de los bienes, entre las que cabe incluir su afección o no a la actividad empresarial (art. 82.2 LC). Si la administración concursal no estimase la alegación del acreedor hipotecario, entonces, en el plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores (art. 96 LC), podrá impugnarse aquél, resolviendo el juez conforme al procedimiento del incidente concursal. La sentencia que lo resuelva declarará que en ese momento los bienes están o no afectados, debiendo hacerse constar en el Registro de la Propiedad, ya que modifica el derecho inscrito al delimitar las condiciones para su ejercicio (art. 2.2 LH) (20).

(19) Y ello supone un beneficio para el concurso. Hay que tener en cuenta que «la finalidad esencial perseguida por el legislador con la introducción en el concurso de esta nueva institución [la rehabilitación de créditos y contratos] no es otra que dotar a la administración concursal de un instrumento idóneo para la adecuada administración y conservación del patrimonio del concursado (objetivo atribuido a la administración concursal en el art. 43 LC), bien de cara a la continuidad de su empresa (art. 44 LC), caso de tratarse de un empresario y de ser ello razonablemente viable desde un plano económico, o bien con el fin de que dicho patrimonio se vea lo menos mermado y lo mejor conservado y gestionado posible a efectos de satisfacer debidamente los créditos de los acreedores en su posterior liquidación» (MARCO ARCÁL, L. A., «La rehabilitación de créditos y contratos en la nueva Ley Concursal», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*. Tomo III, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2004, págs. 2879 y 2880). Es decir que, siempre que beneficie al concurso, cabe una rehabilitación de crédito hipotecario sobre bien no afecto a la actividad empresarial. La actuación de la administración concursal, en todo caso, está sujeta a la supervisión del Juez del concurso (art. 35.6 LC) y a la responsabilidad frente al concursado y los acreedores por los daños y perjuicios que con ello puedan causar a la masa (art. 35.1 y 36.1 y 36.7 LC).

Artículo 68 LC: «La administración concursal, por propia iniciativa o a instancia del concursado, podrá rehabilitar los contratos de préstamo y demás de crédito a favor de éste cuyo vencimiento anticipado por impago de cuotas de amortización o de intereses devengados se haya producido dentro de los tres meses precedentes a la declaración de concurso, siempre que, antes de que finalice el plazo para presentar la comunicación de créditos, notifique la rehabilitación al acreedor, satisfaga o consigne la totalidad de las cantidades debidas al momento de la rehabilitación y asuma los pagos futuros con cargo a la masa.

No procederá la rehabilitación cuando el acreedor se oponga y con anterioridad a la apertura del concurso, hubiese iniciado el ejercicio de acciones en reclamación del pago contra el propio deudor, contra algún codeudor solidario o contra cualquier garante».

(20) ZUBIRI DE SALINAS, M., «Hipoteca y concurso», *op. cit.*, págs. 296 a 301. La mención sobre la afección o no afección de los bienes puede ser impugnada por el acreedor hipotecario o por el deudor concursado (art. 184.1 LC) o por las demás partes personadas o demás interesados (art. 96.1 en su redacción dada por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal, ante la evolución de la situación económica).

Finalmente, también es en el seno del concurso donde el cónyuge del concursado, persona física, puede hacer uso de la facultad que le concede el artículo 77.2 LC en relación con el artículo 78.4, sustrayendo la vivienda hipotecada que era ganancial a la acción del concurso (21). Argumento que también avala el que la ejecución de bienes no afectos (singularmente, la vivienda familiar) tenga lugar ante el Juez del Concurso.

III. CONCLUSIONES

I. De los argumentos expuestos podemos concluir que el conocimiento de las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos por el Juez del Concurso es la interpretación más acorde con la naturaleza del concurso, puesto que aunque el acreedor privilegiado pueda ejecutar el bien en ejecución separada, ello no significa necesariamente que dicho bien quede al margen del mismo. La ejecución separada intraconcursal sería más conforme con el principio de universalidad del concurso (22) o de doble integración universal, que tiende a impedir que ningún acreedor actúe al margen del procedimiento (art. 49 LC) y que ningún bien se detraiga de la masa (art. 76 LC). Aunque considerásemos que el artículo 57 no regula la hipótesis de la ejecución de garantías reales sobre bienes no afectos, con base en todo lo expuesto, hay que entender que la lógica del sistema nos lleva a estimar la competencia del Juez del Concurso (23).

II. Nosotros entendemos, y en esto seguimos a LÓPEZ SÁNCHEZ, que todas las actuaciones ejecutivas hipotecarias judiciales o extrajudiciales iniciadas antes de la declaración de concurso, ya recaigan sobre bienes afectos o no afectos a la actividad empresarial se suspenden desde que la declaración de concurso conste en el correspondiente procedimiento (art. 568 LEC y 56.2 LC), pues la competencia para conocer de las mismas ya no corresponde al Juez Civil por los

(21) Sobre el artículo 78.4, puede verse CUENA CASAS, M., «La insolvencia familiar: Ejecución universal sobre el patrimonio familiar», en *El Derecho Privado en contextos de crisis*. Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 1, de 2009 (epígrafe 2.4).

(22) GARRIDO, J. M., «Comentario al artículo 155 LC. Pago de créditos con privilegio especial», en *Comentario de la Ley Concursal*. ROJO, A., y BELTRÁN, E. (COORD.), Tomo I, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pág. 2447.

(23) Queremos destacar, no obstante, que hay autores que niegan la existencia del derecho de ejecución separada del acreedor hipotecario. Así, DÍAZ FRAILE y J. J. JURADO. Esta posición es interesante atendiendo al principio de absorción de todos los bienes del quebrado en la quiebra defendido por SALGADO DE SOMOZA y que siguió la legislación española por lo menos desde las Ordenanzas de Bilbao de 1737 hasta la Ley Hipotecaria de 1869. En otro lugar, hemos defendido una interpretación del artículo 55 y 56 LC (en tanto se procediese a una reforma legislativa que permitiese la paralización de la ejecución hipotecaria sobre la vivienda familiar), que negaría el derecho de ejecución separada para el acreedor hipotecario sobre la vivienda familiar, sin perjuicio del tratamiento concursal que correspondiese dar a su crédito (art. 55.2 LC), siempre que ello no perjudique el interés del concurso, el deudor hipotecario sea de buena fe y el acreedor hipotecario sea una entidad de crédito o financiera de cualquier clase. También para el caso de que el deudor hubiera asumido un endeudamiento irresponsable al contratar el préstamo hipotecario, siempre que la entidad de crédito o la financiera hubiera sido igualmente irresponsable por no valorar adecuadamente la solvencia del deudor. Vid., JIMÉNEZ PARÍS, T. A., «El sobreendeudamiento del consumidor y la propuesta de reforma integral de la Ley Concursal», en *Diario La Ley*, miércoles, 13 de octubre de 2010, núm. 7487 (epígrafe V).

argumentos que hemos expuesto (24). Las actuaciones se reanudarán ante el Juez del Concurso, de acuerdo con el artículo 56.2 en relación con el artículo 56.1, cuando la garantía recaiga sobre bienes no afectos o cuando concurra alguna de las circunstancias que determina el fin de la paralización de las ejecuciones de garantías reales sobre bienes afectos. Dicha reanudación se produce necesariamente a instancia de parte, haya o no traslado de oficio de las actuaciones, cuestión procesal que no prejuzgamos (art. 57.1). A instancia de parte, el Juez Concursal decidirá sobre la procedencia de la reanudación [para la calificación del bien como afecto o no afecto estará a lo dispuesto por la Administración concursal en el inventario, o a lo resuelto por el mismo al resolver las impugnaciones al mismo], y en su caso, acordará su tramitación en pieza separada, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda (art. 57.1) (SÁNCHEZ RUS) (25).

III. Como ya expusimos en otro lugar (26), el criterio de la competencia objetiva del Juez del Concurso no causa particulares perjuicios al acreedor hipotecario, ya que lo normal será que conozca la situación de concurso, y por lo tanto, que se esté en condiciones de que pueda procederse a la suspensión de la ejecución hipotecaria ante el Juez Civil y su reanudación ante el Juez del Concurso. Igualmente, el acreedor hipotecario con el cambio de órgano judicial no sufre pérdida de trámites procesales ni de costas ya que la suspensión surte efectos, no desde la declaración de concurso (como ocurriría en las ejecuciones ordinarias, art. 55.2 LC) sino desde que conste en autos la declaración de concurso (art. 56.2 LC), por lo que las actuaciones ejecutivas posteriores a la declaración de concurso y anteriores a la constancia de éste en el procedimiento serían válidas y el acreedor hipotecario no perdería los trámites efectuados con el cambio de órgano judicial (27). Esta regla se aplica por

(24) LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «Comentario a la Disposición Final 3.^a de la Ley Concursal», en *Comentarios a la Ley Concursal*. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), Vol. II, Editorial Tecnos, Madrid, 2004, págs. 2287 a 2289. SÁNCHEZ RUS, H., y SÁNCHEZ RUS, A., «Comentario al artículo 56 LC», *op. cit.*, págs. 1064 y 1065.

(25) No obstante, el juez de la ejecución podrá denegar la suspensión si cuando ha de decidirse sobre la suspensión del proceso de ejecución hipotecaria el bien había sido ya adjudicado en el seno del proceso de ejecución, ya sea al acreedor, ya sea a un tercero como consecuencia de la subasta, puesto que se habría producido en tal caso la salida del bien del patrimonio del concursado para ingresar en el patrimonio de ese acreedor o tercero (ARRIBAS, A., «El problema del concepto de bienes afectos», en *Los problemas de la Ley Concursal. I Congreso español de Derecho de la insolvencia*. BELTRÁN, E., y PRENDES, P. (dirs.), Editorial Aranzadi, S. A., Cizur Menor, 2009, pág. 283). Este criterio es defendido por la Resolución de la DGRN de 28 de noviembre de 2007 (RJ 2007/8242). En el caso enjuiciado por la DGRN, la subasta del bien hipotecado fue celebrada el 26 de marzo de 2007, misma fecha del auto de adjudicación y del mandamiento de cancelación de cargas, mientras que la declaración de concurso en virtud de auto firme, tuvo lugar el 18 de abril de 2007, inscribiéndose en el Registro de la Propiedad el 1 de junio de 2007. Procedía pues la inscripción en el Registro de la Propiedad, del testimonio del auto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas, que no había permitido el Registrador competente, pese a que estuviese practicada la anotación preventiva que publicaba la situación concursal.

(26) JIMÉNEZ PARÍS, T. A., «Vivienda familiar y concurso de acreedores», en *Familia y Concurso de acreedores*. CUENA CASAS, M. (coord.), Editorial Aranzadi, S. A., Cizur Menor, 2010, págs. 289 a 291 (nota 70).

(27) HERBOSA MARTÍNEZ, I., «Realización del crédito hipotecario en el concurso», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 11, 2009, pág. 314.

analogía al caso de ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos iniciadas antes de la declaración de concurso.

IV. Que este criterio de la competencia objetiva del Juez del Concurso no perjudica al acreedor hipotecario se desprende del documento «Propuestas de modificación a la Ley Concursal», elaborado en octubre de 2008 por la Confederación Española de Cajas de Ahorros, que propone la modificación urgente del artículo 57.1 en el siguiente sentido:

«Artículo 57. Inicio o reanudación de ejecuciones de garantías reales.

1. *El ejercicio de cualquier proceso de ejecución que afecte, en general, al patrimonio del concursado, se someterá a la jurisdicción del Juez del Concurso, quien decidirá, conforme a lo previsto en el artículo anterior, el inicio o reanudación de la misma, y acordará su tramitación en pieza separada, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda.*».

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ARRIBAS, A.: «El problema del concepto de bienes afectos», en *Los problemas de la Ley Concursal. I Congreso español de Derecho de la insolvencia*, BELTRÁN, E. y PRENDES, P. (Directores). Editorial Aranzadi, S. A., Cizur Menor, 2009.
- BLANQUER UBEROS, R.: *Las garantías reales en el concurso*. Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- CARRASCO PERERA, A.: *Los derechos de garantía en la LC*. Thomson-Civitas, 2.ª ed., Pamplona, 2008.
- CUENA CASAS, M.: «La insolvencia familiar: Ejecución universal sobre el patrimonio familiar», en *El Derecho Privado en contextos de crisis*. Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 1 de 2009.
- CURIEL LORENTE, F.: «Aspectos registrales de la nueva Ley Concursal», en *Antología de textos de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. GÓMEZ GÁLLIGO, J. (coord.), Tomo II, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009.
- DÍEZ-PICAZO, L.: «Los créditos privilegiados en el concurso de acreedores», en *La reforma del Derecho de quiebra. Jornadas sobre la reforma del Derecho Concursal español*, Editorial Civitas - Fundación Universidad - Empresa, 1.ª ed., Madrid, 1982.
- DOMÍNGUEZ DE CALATAYUD, V.: «Aspectos generales y registrales de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio», en *Antología de textos de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. GÓMEZ GÁLLIGO, J. (coord.). Tomo II, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009.
- GARRIDO, J. M.: «Comentario al artículo 155 LC. Pago de créditos con privilegio especial», en *Comentario de la Ley Concursal*. ROJO, A. y BELTRÁN, E. (coord.). Tomo I. Thomson-Civitas. Madrid, 2004.
- GÓMEZ GÁLLIGO, J.: «Comentario al artículo 56 LC», en *Comentarios a la legislación concursal*. SÁNCHEZ CALERO, J. y GUIARTE GUTIÉRREZ, V. (dir.). Vol. I, Lex Nova, Valladolid, 2004.
- HERBOSA MARTÍNEZ, I.: «Realización del crédito hipotecario en el concurso», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 11, 2009.
- JIMÉNEZ PARÍS, T. A.: «Vivienda familiar y concurso de acreedores», en *Familia y concurso de acreedores*. CUENA CASAS, M. (coord.), Editorial Aranzadi, S. A., Cizur Menor, 2010.

- «El sobreendeudamiento del consumidor y la propuesta de reforma integral de la Ley Concursal», en *Diario La Ley*, miércoles, 13 de octubre de 2010, núm. 7487.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, J.: «Comentario a la Disposición Final 3.^a de la Ley Concursal», en *Comentarios a la Ley Concursal*. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.). Vol. II, Editorial Tecnos, Madrid, 2004.
- MARCO ARCALÁ, L. A.: «La rehabilitación de créditos y contratos en la nueva Ley Concursal», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*. Tomo III, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2004.
- RIBELLES, J. M.: «Comentario al artículo 57 LC», en *Derecho Concursal Práctico. Comentarios a la nueva Ley Concursal*. FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A. (dir.). Editorial Iurgium, Madrid, 2004.
- SALINAS ADELANTADO, C.: «Las garantías reales en la Ley Concursal: una reforma parcialmente reorientada», en *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, vol. 4, 2005.
- SÁNCHEZ RUS, H. y SÁNCHEZ RUS, A.: «Comentario al artículo 56 y 57 LC», en *Comentario de la Ley Concursal*. ROJO, A. y BELTRÁN, E. (coords.), Tomo I, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, págs. 1036 a 1083.
- SASTRE PAPIOL, S.: «Comentario al artículo 85 y 86 LC», en *Comentarios a la Ley Concursal*. SAGRERA TIZÓN, J. M.^a; SALA REIXACHS, A.; FERRER BARRIENDOS, A. (coords.), Tomo II. Artículos 71 al 162. Editorial Bosch, S. A., Barcelona, 2004.
- ZÚBIRI DE SALINAS, M.: «Hipoteca y concurso», en *Las claves de la Ley Concursal*. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.; QUINTANA CARLO, I., y BONET NAVARRO, A. (dir.), 2005.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- AJM de Asturias, núm. 1, de 13 de marzo de 2006 (*JUR* 2007/368555).
- AJM de Barcelona, núm. 2, de 24 de mayo de 2006 (*AC* 2006/1217).
- AJM de Barcelona, núm. 2, de 26 de septiembre de 2006 (*AC* 2007/383).
- AJM de Alicante, núm. 1, de 29 de septiembre de 2006 (*PROV* 2007/38872).
- AJM de Salamanca, núm. 4, de 25 de mayo de 2010 (*AC* 2010/1240).
- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.^a), de 28 de junio de 2007 (*AC* 2007/1581).
- Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5.^a), de 21 de noviembre de 2008 (*JUR* 2009/60566).
- Auto de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 1.^a), de 12 de mayo de 2009 (*AC* 2009/1170).
- Auto de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares (Sección 5.^a), de 19 de abril de 2010 (*JUR* 2010/233283).
- Auto de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1.^a), de 28 de junio de 2010 (*JUR* 2010/276414).
- Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1.^a), de 29 de julio de 2010 (*JUR* 2010/327974).
- Resolución de la DGRN de 28 de noviembre de 2007 (*RJ* 2007/8242).
- Resolución de la DGRN de 6 de junio de 2009 (*JUR* 2009/337093).

RESUMEN

**EJECUCIÓN HIPOTECARIA
DE EJECUTADO CONCURSADO
COMPETENCIA JUDICIAL**

Es un problema muy discutido en la doctrina y en la jurisprudencia y aún pendiente de resolución definitiva, el de la competencia judicial para el conocimiento de las ejecuciones hipotecarias, cuando el ejecutado es declarado en concurso. Argumentos de orden lógico y sistemático, así como los precedentes legislativos y la propia naturaleza del proceso concursal, donde el crédito hipotecario se está haciendo valer, exigen, a nuestro juicio, que la ejecución separada sobre bienes no afectos a la actividad empresarial sea intraconcurzal, al igual que la ejecución separada sobre bienes afectos.

ABSTRACT

**MORTGAGE FORECLOSURE
AGAINST A BANKRUPT BORROWER
JUDICIAL COMPETENCE**

Who holds judicial competence to hear a mortgage foreclosure when the borrower has been declared bankrupt? This is a problem that is highly disputed in doctrine and in jurisprudence, and it has yet to be definitively settled. Logical, systematic arguments, legislative precedent and the very nature of the bankruptcy procedure itself (the setting where mortgage credits are brought to the fore) require, in the authors' judgement, that separate foreclosure on assets not related with the borrower's business activity be handled within the bankruptcy proceedings, the same as separate foreclosure on business-related assets.

2. MERCANTIL

LA NULIDAD ABSOLUTA DE LOS DERIVADOS FINANCIEROS POR INCUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA MIFID

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico Correspondiente de la Real Academia
de Jurisprudencia y Legislación
Doctor en Derecho y Abogado*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA NATURALEZA DE LOS DERIVADOS OTC COMO INSTRUMENTOS FINANCIEROS.—III. LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA MIFID A LOS DERIVADOS FINANCIEROS Y LA NULIDAD ABSOLUTA DEL DERIVADO OTC POR INCUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA MIFID.—IV. UN CASO DEL ARTÍCULO 6.3 DEL CÓDIGO CIVIL.—V. RECAPITULACIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Desde fechas no relativamente lejanas, se ha venido observando en la práctica bancaria y en la de sus clientes un elevado crecimiento de la oferta y contratación de derivados financieros, tanto para el sector de los inversores minoristas como no. Sin duda, dicho crecimiento y oferta ha tenido que ver mucho con la gravísima situación de crisis económica en que se encuentra sumergida España desde hace años y el consecuente anhelo de protegerse ante previsiones alcistas de tipos de intereses, lo que por el contrario, no ha sucedido así durante un cierto período de tiempo tal y como los datos macroeconómicos han tenido la oportunidad de demostrarnos.

Pero junto a dicha crisis económica, la afluencia masiva de este tipo de instrumentos financieros complejos, tales como han sido calificados por el Banco de España, Comisión Nacional del Mercado de Valores, Defensor del Pueblo y por la llamada jurisprudencia menor, se ha visto propiciada en el sector de la financiación hipotecaria incluso por la existencia de un mandato legislativo al respecto dirigido a las entidades de crédito.

En este sentido, el artículo decimonoveno de la Ley 36/2003, de Medidas de Reforma Económica, expresamente prevé lo siguiente:

«Artículo decimonoveno. Instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés de los préstamos hipotecarios.

1. Las entidades de crédito informarán a sus deudores hipotecarios con los que hayan suscrito préstamos a tipo de interés variable, sobre los instrumentos, productos o sistemas de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés que tengan disponibles. La contratación de la citada cobertura no supondrá la modificación del contrato de préstamo hipotecario original.

2. Las entidades a que se refiere el apartado anterior ofrecerán a quienes soliciten préstamos hipotecarios a tipo de interés variable al

menos un instrumento, producto o sistema de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés.

Las características de dicho instrumento, producto o sistema de cobertura se harán constar en las ofertas vinculantes y en los demás documentos informativos previstos en las normas de ordenación y disciplina relativas a la transparencia de préstamos hipotecarios, dictadas al amparo de lo previsto en el artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de crédito.

Lo dispuesto en este apartado será de aplicación a las ofertas vinculantes previstas en el artículo 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios».

Este mandato legislativo bien podría haber sido desarrollado y complementado en aras de asegurar la eficaz protección de los inversores en este tipo de instrumentos financieros complejos, máxime desde la publicación de la conocida Directiva MIFID y la consecuente reforma de la Ley del Mercado de Valores que tuvo lugar en el año 2007.

Es decir, el deseo del legislador por aquellos tiempos de 2003, donde ya se preveía una desaceleración de la economía española (en palabras de la propia Exposición de Motivos de la referida Ley 36/2003), de fomentar la inversión, haciendo atractiva la misma incluso para sectores constituidos por Pymes y otros clientes minoristas, no puede haber quedado huérfana de una regulación clara sobre los mecanismos de protección del inversor que han de aplicarse a la contratación de estos derivados OTC (*Over the Counter*).

Sin embargo, hemos asistido recientemente a un conocido documento elaborado por el Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores titulado como «Delimitación de competencias de la CNMV y del Banco de España en relación con la supervisión y resolución de las reclamaciones que afectan a instrumentos o productos financieros derivados de cobertura» (1), que a nuestro juicio supone un claro paso hacia atrás para la contratación de estos derivados financieros por dejar al margen de los mismos la aplicación de la normativa MIFID, cuando estén ligados o vinculados a préstamos o créditos ofertados por las entidades de crédito, en contra claramente de los criterios establecidos por la normativa comunitaria de aplicación.

Aunque cabe advertir de antemano que como consecuencia de esta actuación administrativa se han presentado denuncias contra el Banco de España y la CNMV ante la Comisión Europea y el Comité Europeo de Supervisores de Valores («CESR») con el objeto de que la normativa MIFID no deje de ser aplicable a múltiples inversores que contraten derivados financieros como cobertura de operaciones de préstamos o créditos ofrecidas por las entidades de crédito.

En este documento, el Banco de España y la CNMV han realizado el referido reparto de competencias sobre la base del antedicho artículo decimonoveno de la Ley 36/2003 de Medidas de Reforma Económica y en virtud de lo previsto en el artículo 79 *quater* de la Ley del Mercado de Valores que expresamente prevé lo siguiente:

«Artículo 79 quáter. Excepciones a las obligaciones de información y de registro.

(1) Documento disponible en las respectivas páginas web del Banco de España y de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Lo dispuesto en los dos artículos anteriores no será de aplicación cuando se ofrezca un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria o a estándares europeos comunes para entidades de crédito y para la actividad de crédito al consumo, referentes a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información».

El referido documento afirma que: «Aunque la supervisión de estos instrumentos financieros corresponde en principio a la CNMV, sin embargo, en la medida en que exista una vinculación entre producto bancario e instrumento financiero de cobertura, el Banco de España, por la vía de la accesoriadad, resultará competente respecto de un servicio de inversión que aparece ofertado como “parte de ellos”» (2).

(2) Este informe justifica el polémico reparto de competencias del siguiente tenor: «Al amparo de estos dos preceptos, se pueden marcar unos perfiles de claridad en la vinculación que determina la competencia del Banco de España para supervisar el cumplimiento de tal obligación y resolver las reclamaciones que en relación con los mismos se pueden plantear:

1. Debemos delimitar el concepto: *«que se ofrezca un servicio de inversión como parte de un producto financiero»*, pues el mismo atribuye la competencia a uno u otro supervisor. Al analizar los diferentes supuestos de vinculación, hay que puntualizar una serie de ideas que no excluyen la aplicación del ya citado 79. quáter:

1.1. No se exige una contratación simultánea de los dos productos, bancario y derivado vinculado, siendo posible que el segundo se haya contratado *a posteriori* y durante el plazo de vigencia del producto bancario.

1.2. No es determinante para delimitar la competencia del Banco de España o de la CNMV, el hecho de que el producto bancario esté garantizado con un derecho real de hipoteca o no.

Independientemente de que la Ley 36/2003 obliga a las entidades de crédito a ofertar el derivado de cobertura sólo en relación con los préstamos con garantía hipotecaria, si el derivado se vincula (por ofrecimiento de la entidad de crédito o por voluntad del cliente) a otro tipo de productos bancarios (préstamos personales sin garantía hipotecaria, líneas de crédito...) la existencia de la vinculación en los términos que analizaremos posteriormente ha de determinar el mismo reparto competencial, independientemente que en la formación de voluntad de la entidad de crédito haya mediado un precepto legal o no, ya que el efecto y la situación (vinculación de un servicio de inversión a un producto bancario) es la misma.

1.3. Se exige, en todo caso, y para que se pueda hablar de vinculación, que el importe nacional de la cobertura no sea superior al del producto o productos bancarios a cubrir.

2. El ejemplo más claro de ofertarse el servicio de inversión como parte de un producto bancario, es el supuesto de vinculación expresa y formal del derivado en relación con el producto bancario en la contratación del derivado.

3. Del mismo modo, debe considerarse como supuesto de vinculación aquél en el que las partes, a pesar de no haber pactado una vinculación formal y expresa entre productos, reconocen que la oferta y contratación se hizo en ese sentido, y por lo tanto la dependencia del derivado respecto del producto bancario.

4. Igualmente debe estimarse como supuesto de vinculación el caso de no existencia de esa referencia expresa y formal, pero plena coincidencia entre un elemento esencial, como es el plazo de vigencia del derivado. Cuando el derivado se contrata haciendo coincidir su vigencia con la del producto bancario, de manera que la cancelación total o parcial de este último supone la desaparición en la misma medida del deriva-

Sin embargo, no parece que exista una normativa a nivel europeo que ofrezca una protección similar que la normativa MIFID a los clientes («...referentes a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de informa-

do (y siempre, por supuesto, que el importe de la cobertura sea igual o inferior al del préstamo principal), podemos hablar de una oferta y contratación como parte del mismo y por ello la competencia corresponde al Banco de España. En el supuesto de contratar un derivado de cobertura de un producto bancario, siendo el vencimiento de éste anterior al de aquél, también se estimará que existe vinculación cuando el producto bancario sea renovable y, en el caso de no renovación de éste, el derivado también se cancele sin coste para el cliente, entendiéndose por coste no sólo las posibles comisiones de cancelación sino además el importe que resulte de valorar a precio actual el derivado.

5. El último supuesto de vinculación sería cuando el derivado contratado por un plazo menor al de la duración del préstamo o producto bancario (y de nuevo por importe igual o inferior al mismo), aparece sin embargo comercializado, ofertado y vinculado claramente a través de los clausulados de ambos productos a éste, aun a pesar de no preverse la cancelación conjunta y simultánea de ambos, pudiendo subsistir por ello el derivado, pero desprendiéndose de la forma de oferta y contratación (serán elementos que ayuden a clarificar la cuestión tanto el texto de sus reclamaciones, los contratos y documentos que acompañan a las mismas, como especialmente los tratos previos a la contratación del derivado, en forma de mails, faxes), así como de un análisis conjunto de las cláusulas, que no existía ninguna intención de contratar el derivado sino de una manera vinculada a la existencia del préstamo bancario, sin ninguna voluntad de subsistencia del mismo una vez cancelado aquél. En estos supuestos, el análisis de cada caso concreto será el que aporte los indicios de vinculación que permitan valorar si a la hora de comercializar u ofrecer el derivado, la entidad de crédito lo hizo como parte del producto bancario, sin ser razonable su existencia o subsistencia una vez cancelado. Este filtro en los casos de falta de una vinculación por vía de expresa previsión, de mutuo reconocimiento, o de coincidencia en cuanto a sus momentos de cancelación, se realizará por el Supervisor que reciba la reclamación concreta a la vista de los elementos de juicio que se pongan a su alcance, valorando la forma de comercialización del derivado y su clara dependencia de un préstamo previa o simultáneamente contratado.

6. Si bien todos los supuestos analizados se refieren a vinculaciones entre un producto bancario y un derivado, ello no es obstáculo para que las reglas de competencia resulten aplicables a casos en que un único derivado se encuentra vinculado a dos o más productos bancarios, siempre y cuando todos los productos hayan sido comercializados por una misma entidad debiendo, en este supuesto, analizarse cada caso de manera concreta, de suerte que sólo en aquellos en que se aprecie, bien por referencia expresa, bien por reconocimiento mutuo, bien por coincidencia entre momentos de cancelación de todos ellos, o bien como conclusión de un análisis conjunto de los productos, una clara vinculación, la competencia para supervisar su comercialización y resolver las reclamaciones corresponderá al Banco de España.

7. En todos aquellos supuestos de vinculación del derivado con un producto/s bancario/s concretos, únicamente se exigirá para su comercialización el cumplimiento de los requisitos exigidos por la normativa bancaria.

8. Fuera de estos supuestos, la CNMV asume la competencia en materia de supervisión respecto a las dos aludidas normas de conducta de información al inversor y valoración de riesgos, así como en lo referente a la resolución de las reclamaciones planteadas, aplicando las normas de conducta MIFID referidas en la LMV y normas en desarrollo.

9. Puede darse un supuesto de desvinculación sobrevenida, en el que un producto bancario al que se encontraba claramente vinculado la cobertura, se cancela y el cliente decide el mantenimiento de la cobertura, que ahora queda como contrato principal y autónomo desapareciendo su inicial accesoriedad. En este caso cualquier reclamación sobre el derivado continuaría bajo la competencia del Banco de España.

10. Todas las reglas anteriores son de aplicación a los supuestos de coberturas de divisas, vinculadas a uno o varios productos bancarios concretos».

ción...») que hayan contratado derivados financieros accesorios de productos bancarios que suponga que, por aplicación del artículo 79 *quater* de la Ley del Mercado de Valores, se deje de aplicar la normativa MIFID a este tipo de productos vinculados. Incluso, aunque el artículo 48.2 de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito ofrezca cierta protección a estos inversores, el alcance de la misma no es como el de la traspuesta normativa MIFID a nuestro Ordenamiento Jurídico en 2007.

De hecho esta interpretación propugnada (contra la realizada administrativamente, al menos respecto de aquellos derivados que pese a su relación con el préstamo garantizado con hipoteca sí que gozan de cierta autonomía y sustantividad respecto del mismo) en cuanto a la aplicación a los derivados financieros vinculados a productos bancarios de la normativa MIFID, es como hemos apuntado, la correcta desde el punto de vista del Derecho Comunitario. En este sentido se ha pronunciado la Comisión Europea (3), sobre la aplicación de la normativa MIFID a los derivados financieros ofrecidos al cliente en el seno de un préstamo con garantía hipotecaria:

«ID 842. Definitions (Internal reference 269.) financial instrument - IRS related to mortgage loan

Relevant provisions Article 4(1) (17) of Directive 2004/39/EC Annex I, Section C of Directive 2004/39/EC

Question: In Spain, banks have the obligation to offer an instrument for hedging interest rate risk when offering mortgage loans. This instrument usually take the form of an interest rate swap (IRS) formalised in a separate contract. This is a different contract, which leads to an assessment independent of the main mortgage contract. The cancellation of the loan does not necessarily lead to liquidation of the IRS. Is an IRS in this context a financial instrument under MIFID? In the answer to question 118 certain derivatives embedded in a deposit do not change the status of the deposit to become a financial instrument under MiFID.

Answer: An interest rate swap is defined as a financial instrument in Section C, Annex I of Directive 2004/39/EC (MiFID). The circumstance that the interest rate swap is formalised in a separate contract and exists independently of the mortgage loan indicates that the classification of the instrument should be independent of the loan. The interest rate swap cannot be considered an embedded derivative and the circumstances are not comparable to those described in relation to question 118. Date Submitted on 22/05/2009» (4).

(3) Fuente: <http://ec.europa.eu/yqol/index.cfm?fuseaction=question.show&questionId=842>

(4) La traducción de la respuesta podría ser la siguiente:

«Un Interest Rate Swap está definido como instrumento financiero en la Sección C del Anexo I de la Directiva 2004/39/EC (MiFID). La circunstancia de que el IRS esté formalizado en un contrato separado y exista independientemente del préstamo hipotecario indica que la clasificación del instrumento debe ser independiente del préstamo. El IRS no puede considerarse un derivado incluido y las circunstancias no son comparables a las descritas en la pregunta 118» (que por el contrario entendía excluido de la aplicación de la MIFID a un derivado financiero directamente relacionado con un producto bancario).

En suma, sería altamente deseable una iniciativa legislativa que fructificara en una clara regulación normativa de los requisitos precontractuales, contractuales y postcontractuales, que hayan de aplicarse a los derivados financieros ante la zozobra e incertidumbre creada al respecto por el antedicho documento conjunto del Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores, pese a los múltiples criterios judiciales existentes en contra de dicha interpretación.

En la actualidad la infracción de las normas de conducta MIFID, por parte de las entidades de crédito, ha dado lugar a numerosas reclamaciones administrativas ante el Servicio de Reclamaciones del Banco de España y ante la Oficina de Atención al Inversor de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, con resultados dispares en cuanto a los criterios protectores a aplicar (tal y como se puede consultar en los diferentes Informes de dichos Organismos), así como a un «aluvión» de demandas judiciales resueltas generalmente con carácter favorable al cliente por parte de los Juzgados de Primera Instancia, Juzgados Mercantiles y nuestras Audiencias Provinciales, sobre la base de alegaciones tales como vulneración del Texto Refundido de la Ley General de los Consumidores y Usuarios, Ley de Condiciones Generales de la Contratación, pero sobre todo por infracción de lo previsto en la Ley del Mercado de Valores y normativa de desarrollo que ha transpuesto la tan citada normativa MIFID.

Ante la comentada avalancha de demandas, las entidades de crédito han decidido recurrir ante el Tribunal Supremo en «interés de ley» al considerar que existen posturas contrapuestas al respecto en las diferentes Audiencias Provinciales. De ello es prueba el conocido Auto del Tribunal Supremo de fecha 15 de junio de 2010 (Id Cendoj: 28079110012010203138), que ha estimado un recurso de queja presentado por Banesto ante la inadmisión del correspondiente recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, de 27 de enero de 2010, mediante Auto de dicha Audiencia Provincial de fecha 5 de marzo de 2010.

Los autos de este recurso de casación venían de un juicio ordinario en ejercicio de acción de nulidad de dos contratos de permuta financiera, declaración de que la entidad bancaria había incurrido en incumplimiento de buenos usos y prácticas bancarias e indemnización de los perjuicios irrogados a la parte demandante.

El razonamiento del referido Auto del Tribunal Supremo, de 15 de junio de 2010, para estimar el recurso de queja fue el siguiente:

«2. A pesar de que la cuantía del pleito fuera fijada como indeterminada por el actor en su escrito de demanda, debe ponerse de manifiesto que la cuestión relativa a la cuantificación económica del procedimiento pertenece al orden público y en consecuencia puede ser fijada o establecida por los Tribunales de oficio. En el presente supuesto, aun cuando la resolución de la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección Quinta), declara que la cuantía del procedimiento fue fijada por la parte actora como indeterminada, tratándose de un pleito tramitado en atención a la cuantía, CONFORME a lo dispuesto en el artículo 251 de la LEC 2000, la cuantía del procedimiento la constituye el precio del contrato y tratándose de dos contratos de permuta financiera en torno a los cuales giran las acciones ejercitadas, la cuantía se corresponde con 749.000 y 1.803.000 euros fijados como precios de los mismos, superando por tanto, la cuantía legalmente establecida para el acceso a los recursos extraordinarios».

Es decir, en realidad la cuantía del procedimiento (pese a su presentación como indeterminada) debería ser en todo caso el importe de las liquidaciones o de las cancelaciones anticipadas del instrumento financiero cuya nulidad se discutía, y no el importe global o nocional del derivado financiero en cuestión, pero lo cierto es que éste es de momento el criterio de nuestro Tribunal Supremo.

Si bien es cierto que el recurso a la anulabilidad contractual en base al error en el consentimiento ha sido hasta ahora la fórmula más utilizada y admitida por las numerosísimas sentencias recaídas en Autos con este objeto, en base a la inexistencia de la realización del conocido test MIFID, la falta de claridad y complejidad de este tipo de contratos sobre derivados OTC y la ruptura del equilibrio de las prestaciones en situaciones tales como, por ejemplo, la cancelación anticipada del derivado correspondiente, sin embargo, no dejando de ser legítimo el anterior recurso y en base a la interpretación que creemos correcta y conforme con el Derecho Comunitario, como es la aplicación de la normativa MIFID también a los derivados OTC vinculados a préstamos hipotecarios, somos de la opinión de que una conculcación de dicha normativa puede ser justificativa de la nulidad absoluta del derivado financiero, por aplicación de lo previsto en el artículo 6.3 del Código Civil, debiendo tener presentes que la anulabilidad y nulidad son supuestos de ineficacia contractual que sin duda tienen diferencias sustanciales, pese al natural mecanismo restitutorio de ambas.

II. LA NATURALEZA DE LOS DERIVADOS OTC COMO INSTRUMENTOS FINANCIEROS

Las partes (entidad de crédito y cliente) generalmente firman dos contratos:

i) Un contrato marco de operaciones financieras elaborado por la Asociación Española de Banca Privada.

Este Contrato Marco de Operaciones Financieras (CMOF) es un contrato que regula las condiciones que regirán un contrato de derivados financieros OTC, es decir, derivados financieros que se negocian fuera de mercados organizados a través de la firma del referido CMOF, y del acuerdo particular correspondiente.

Los derivados financieros, como su nombre indica, son productos que derivan de otros productos financieros. En definitiva, los derivados, con carácter general, no son más que hipotéticas operaciones que se liquidan por diferencias entre el precio de mercado del subyacente y el precio pactado.

La característica común a todos los derivados financieros es que requieren una inversión inicial neta muy pequeña o nula, respecto a otro tipo de contratos que tienen una respuesta similar ante cambios de condiciones del mercado.

De cara a la contratación de estos productos y dado que cada operación tiene una serie de características particulares, lo habitual es, como hemos comentado, firmar un contrato marco «Contrato Marco de Operaciones Financieras», elaborado por la Asociación Española de Banca (AEB), firmándose posteriormente un pliego de condiciones particulares para cada operación contratada.

Los contratos marco son una modalidad de los acuerdos de compensación contractual, cuya finalidad consiste en la reducción del riesgo de la entidad

financiera mediante la compensación de las liquidaciones positivas y negativas de todos los productos contratados con una misma persona (art. 47 del Real Decreto 216/2008, de 15 de febrero, de recursos propios de las entidades financieras), estando regulados los acuerdos de compensación contractual en el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública.

ii) Posteriormente, se lleva a cabo la confirmación del derivado financiero de tipos de interés (por ejemplo, *Swap* o *Collar*), mediante un nuevo documento suscrito también por las partes, en el que se describen los términos y condiciones específicos de la operación, siendo generalmente el propósito de dicha contratación el interés del cliente de cubrirse en relación con el préstamo hipotecario convenido con la entidad de crédito, de las subidas de tipos de interés del mismo.

De esta forma, con el derivado financiero firmado o permuta financiera de tipos de intereses, se juega con la evolución de un tipo de interés determinado o un concreto índice de referencia. Así, teóricamente, los contratantes «ganan o pierden» según que el subyacente (valor o índice de referencia) sobrepase o no determinado techo (*cap*) o suelo (*floor*). En definitiva, una barrera fija que se fija y determinará, quien «gana o pierde». O lo que es lo mismo, mediante este contrato, una de las partes negocia o compra a la otra el derecho a ser indemnizada ante la subida de tipos de interés por encima de un nivel predeterminado y el mismo comprador (*Cap*) vende un *floor* a la misma contraparte por el que se obliga a indemnizarle cuando los tipos de interés en el futuro bajen por debajo de un nivel predeterminado. Así, se aseguran unos tipos máximos y mínimos de interés.

El problema que vienen planteando este tipo de operaciones, de alto riesgo, es que nacen de la iniciativa de una de las partes, la entidad de crédito, mediante la propuesta de auténticos contratos de adhesión, que no son explicados con el grado de detalle que requiere una operación financiera tan compleja, con clara falta de la necesaria transparencia informativa.

III. LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA MIFID A LOS DERIVADOS FINANCIEROS Y LA NULIDAD ABSOLUTA DEL DERIVADO OTC POR INCUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA MIFID

Según hemos adelantado, en el caso de los derivados financieros (incluidos los vinculados a los préstamos o créditos garantizados con hipoteca) estamos ante un contrato tipo que como tal ha de ajustarse a las obligaciones de información de las entidades financieras, que se manifiestan en la Ley del Mercado de Valores y en el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre, que entró en vigor al día siguiente de su publicación en el *BOE* (de acuerdo con su Disposición Final cuarta) lo que tuvo lugar en el *BOE* número 41 de 16 de febrero de 2008.

El ámbito de aplicación de la Ley del Mercado de Valores viene dado por lo dispuesto en el propio artículo 2.2 de la misma que incluye, dentro de su regulación a los instrumentos financieros derivados, al prever expresamente lo siguiente:

«Contratos de opciones, futuros, permutas, acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos, u otros instrumentos financieros derivados, índices financieros o medidas financieras que puedan liquidarse en especie o en efectivo».

De lo anterior se infiere que las permutas financieras, también denominadas *swaps* o *collars*, son operaciones expresamente reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico, aunque carecen de una regulación específica, esto es, no existe una regulación del régimen de obligaciones y derechos de los contratantes.

Tal y como se ha expuesto con anterioridad, los instrumentos financieros a que alude el artículo 2 de la LMV, se encuentran reconocidos y tipificados en una enumeración no exhaustiva, esto es, pueden existir otros instrumentos financieros diferentes de los que enumera el artículo 2, siempre y cuando presenten identidad de razón con los expresamente tipificados en dicha norma, según se deduce del principio de autonomía de la voluntad estipulado en el artículo 1255 del Código Civil.

Es decir, estamos ante auténticos instrumentos financieros consistentes en «productos de inversión», a los que se le aplica, entre otras, la normativa MIFID (Directiva 2004/39/EC) incorporada al Derecho español por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, cuyo objetivo era la modificación de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

Dentro del marco regulatorio del derivado financiero es necesario desarrollar especialmente y por las consecuencias que su incumplimiento prevé el Ordenamiento Jurídico, el relativo a las obligaciones de información y test de idoneidad del cliente inversor.

En este sentido, el artículo 78 bis de la Ley del Mercado de Valores prevé, en primer lugar, para las empresas de servicios de inversión, la necesaria clasificación de los clientes que soliciten su intervención, al regular lo siguiente:

«Artículo 78 bis. Clases de clientes.

1. A los efectos de lo dispuesto en este Título, las empresas de servicios de inversión clasificarán a sus clientes en profesionales y minoristas. Igual obligación será aplicable a las demás empresas que presten servicios de inversión respecto de los clientes a los que les presten u ofrezcan dichos servicios.

2. Tendrán la consideración de clientes profesionales aquéllos a quienes se presuma la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos.

3. En particular tendrá la consideración de cliente profesional:

a) Las entidades financieras y demás personas jurídicas que para poder operar en los mercados financieros hayan de ser autorizadas o reguladas por Estados, sean o no miembros de la Unión Europea.

Se incluirán entre ellas las entidades de crédito, las empresas de servicios de inversión, las compañías de seguros, las instituciones de inversión colectiva y sus sociedades gestoras, los fondos de pensiones y sus sociedades gestoras, los fondos de titulización y sus sociedades gestoras, los que operen ha-

bitualmente con materias primas y con derivados de materias primas, así como operadores que contraten en nombre propio y otros inversores institucionales.

- b) Los Estados y Administraciones regionales, los organismos públicos que gestionen la deuda pública, los bancos centrales y organismos internacionales y supranacionales, como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Central Europeo, el Banco Europeo de Inversiones y otros de naturaleza similar.*
- c) Los empresarios que individualmente reúnan, al menos, dos de las siguientes condiciones:*
 - 1. que el total de las partidas del activo sea igual o superior a 20 millones de euros;*
 - 2. que el importe de su cifra anual de negocios sea igual o superior a 40 millones de euros;*
 - 3. que sus recursos propios sean iguales o superiores a 2 millones de euros.*
- d) Los inversores institucionales que, no incluidos en la letra a) tengan como actividad habitual invertir en valores u otros instrumentos financieros.*

Quedarán incluidas en este apartado, en particular, las entidades de capital riesgo y sus sociedades gestoras.

Las entidades señaladas en los apartados anteriores se considerarán clientes profesionales sin perjuicio de que puedan solicitar un trato no profesional y de que las empresas de servicios de inversión puedan acordar concederles un nivel de protección más amplio.

- e) Los demás clientes que lo soliciten con carácter previo, y renuncien de forma expresa a su tratamiento como clientes minoristas.*

La admisión de la solicitud y renuncia quedará condicionada a que la empresa que preste el servicio de inversión efectúe la adecuada evaluación de la experiencia y conocimientos del cliente en relación con las operaciones y servicios que solicite, y se asegure de que puede tomar sus propias decisiones de inversión y comprende sus riesgos. Al llevar a cabo la citada evaluación, la empresa deberá comprobar que se cumplen al menos dos de los siguientes requisitos:

- 1. que el cliente ha realizado operaciones de volumen significativo en el mercado de valores, con una frecuencia media de más de diez por trimestre durante los cuatro trimestres anteriores;*
- 2. que el valor del efectivo y valores depositados sea superior a 500.000 euros;*
- 3. que el cliente ocupe, o haya ocupado durante al menos un año, un cargo profesional en el sector financiero que requiera conocimientos sobre las operaciones o servicios previstos.*

El Gobierno y, con su habilitación expresa, el Ministro de Economía y Hacienda o la Comisión Nacional del Mercado de Valores, podrán

determinar la forma de cálculo de las magnitudes señaladas en este apartado y fijar requisitos para los procedimientos que las entidades establezcan para clasificar clientes.

4. Se considerarán clientes minoristas todos aquellos que no sean profesionales».

Por otro lado, el artículo 79 bis de la Ley del Mercado de Valores expresamente regula estas obligaciones de información de las empresas de servicio de inversión, concretando la práctica de la realización del conocido «test MIFID», con el objeto de poder obtener el grado de conocimiento del cliente inversor en relación con el producto de inversión correspondiente.

Tanto el referido artículo 78 bis como el artículo 79 bis de la Ley del Mercado de Valores fueron introducidos por la reforma operada en nuestro Ordenamiento Jurídico por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, cuyo objetivo era la modificación de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, para incorporar al ordenamiento jurídico español las siguientes Directivas europeas: la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros; la Directiva 2006/73/CE de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión y términos definidos a efectos de dicha Directiva, y la Directiva 2006/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito.

Pues bien, de acuerdo con la Exposición de Motivos de la referida Ley 47/2007, «...uno de los principios fundamentales de esta Ley es garantizar una adecuada protección de los inversores. Este principio se ve reflejado con especial relieve en el nuevo Capítulo I del Título VII, en el que se establece un importante catálogo de normas de conducta que ha de ser respetado por todas las entidades que presten servicios de inversión. Ahora bien, ha de destacarse que no se establece un nivel único y homogéneo de protección sino que la Ley reconoce la realidad existente hoy en día en los mercados financieros en los que se ha diversificado notablemente el perfil del inversor. En concreto, la Ley distingue tres categorías posibles de inversores (minoristas, profesionales y contrapartes elegibles) garantizando el mayor grado de protección a los inversores o clientes minoristas...»

En concreto, el artículo 79 bis 7 de la Ley del Mercado de Valores, prevé lo siguiente:

«7. Cuando se presten servicios distintos de los previstos en el apartado anterior, la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente.

Cuando, en base a esa información, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no sea adecuado para el cliente, se lo advertirá. Asimismo, cuando el cliente no proporcione la información indicada en este apartado o ésta sea insuficiente, la entidad le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él.

Las advertencias previstas en este apartado se podrán realizar en un formato normalizado».

Estas obligaciones de información en relación con los instrumentos financieros (entre los que se encuentran los instrumentos financieros derivados, a tenor de lo dispuesto en el referido art. 2 de la Ley del Mercado de Valores) han sido desarrolladas por lo dispuesto en el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, disponiendo con carácter general su artículo 64 lo siguiente:

«Artículo 64. Información sobre los instrumentos financieros.

1. Las entidades que prestan servicios de inversión deberán proporcionar a sus clientes, incluidos los potenciales, una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional. En la descripción se deberá incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas.

2. En la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información:

Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión.

La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse.

La posibilidad de que el inversor asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero.

Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumentos.

3. Cuando la entidad proporcione a un cliente minorista, incluidos los potenciales, información sobre un instrumento financiero que sea objeto en ese momento de una oferta pública sujeta a la obligación de elaborar folleto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 30 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, le deberá comunicar la fecha en que el folleto se pondrá a disposición del público.

4. Cuando sea probable que los riesgos asociados a un instrumento financiero compuesto por dos o más instrumentos o servicios financieros sean mayores que el riesgo asociado a cada uno de esos instrumentos o servicios individualmente considerados, deberá proporcionarse una descripción adecuada de cada uno de los instrumentos o servicios que integran el instrumento financiero en cuestión y una explicación de la forma en que la interacción entre los distintos componentes de ese instrumento financiero aumentan los riesgos.

5. Cuando el instrumento financiero incorpore una garantía de un tercero, deberá proporcionarse información suficiente sobre el garante

y la garantía para que el cliente minorista, incluido el potencial, pueda valorar razonablemente la garantía aportada».

Mientras que de forma más concreta, los artículos 72, 73 y 74 del Real Decreto 217/2008, prescriben lo siguiente, en cuanto a la evaluación de la idoneidad del cliente inversor para la contratación de un instrumento financiero:

«Artículo 72. Evaluación de la idoneidad.

A los efectos de lo dispuesto en el artículo 79 bis. 6 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, las entidades que presten el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras deberán obtener de sus clientes, incluidos los potenciales, la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción específica que debe recomendarse, o que debe realizarse al prestar el servicio de gestión de cartera, cumple las siguientes condiciones:

Responde a los objetivos de inversión del cliente en cuestión. En este sentido, se incluirá, cuando proceda, información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación a la asunción de riesgos, su perfil de riesgos, y las finalidades de la inversión.

Es de tal naturaleza que el cliente puede, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión. Cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones a un cliente profesional de los enumerados en las letras a) a d) del artículo 78 bis.3 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, la entidad podrá asumir que el cliente puede soportar financieramente cualquier riesgo de inversión a los efectos de lo dispuesto en esta letra. Asimismo, la información relativa a la situación financiera del cliente incluirá, cuando proceda, información sobre el origen y el nivel de sus ingresos periódicos, sus activos, incluyendo sus activos líquidos, inversiones y bienes inmuebles, así como sus compromisos financieros periódicos.

Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción o la gestión de su cartera. En el caso de clientes profesionales, la entidad tendrá derecho a asumir que el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios a efectos de lo dispuesto en esta letra en cuanto a los productos, servicios y transacciones para los que esté clasificado como cliente profesional.

Cuando la entidad no obtenga la información señalada en las letras anteriores, no podrá recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente ni gestionar su cartera».

«Artículo 73. Evaluación de la conveniencia.

A los efectos de lo dispuesto en el artículo 79 bis.7 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, las entidades que prestan servicios de inversión distintos de los previstos en el artículo anterior deberán determinar si el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado. En este sentido, la entidad podrá asumir que sus clientes

profesionales tienen la experiencia y conocimientos necesarios para comprender los riesgos inherentes a esos servicios de inversión y productos concretos, o a los tipos de servicios y operaciones para los que esté clasificado como cliente profesional».

«Artículo 74. Disposiciones comunes a las evaluaciones de idoneidad y conveniencia.

1. A los efectos de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, la información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos enumerados a continuación, en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previstos, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes:

Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que esté familiarizado el cliente.

La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el período durante el que se hayan realizado.

El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes.

2. En ningún caso, las entidades incitarán a sus clientes para que no les faciliten la información prevista en los apartados 6 y 7 del artículo 79 bis de la Ley/1988, de 28 de julio.

3. Asimismo, las entidades tendrán derecho a confiar en la información suministrada por sus clientes, salvo cuando sepan, o deban saber, que la misma está manifiestamente desfasada, o bien es inexacta o incompleta».

Por ello, la entidad informará al cliente sobre aquellos aspectos necesarios para que pueda adoptar una decisión sobre inversión. Toda la información que reciba debe ser «imparcial, clara y no engañosa», tanto en su contenido como en la forma de presentación. La información deberá proporcionarse al cliente con la antelación necesaria para que éste pueda adoptar una decisión meditada sobre la inversión.

Además, y de conformidad con lo anterior, se denomina TEST DE CONVENIENCIA, al conjunto de preguntas que se realizan al cliente para determinar si un producto es adecuado para él.

Este TEST trata de valorar los conocimientos y experiencia del cliente, de ahí que contenga preguntas sobre: los tipos de productos y servicios con los que el cliente está familiarizado; la naturaleza, frecuencia, volumen y período en el que ha operado previamente; su nivel de estudios y su profesión actual o anterior.

En todo caso, la entidad deberá informarle del resultado del test, necesario para la contratación de productos financieros complejos, que de acuerdo con la Directiva 2004/39 (Anexo C) antes citada, son ejemplos de productos complejos a estos efectos: opciones, futuros, *swaps*, *warrants* y otros derivados; contratos por diferencias; fondos de inversión libre.

Por ello, debe resaltarse que la obligación de las empresas de servicio de inversión consiste en una obligación de medios y no de resultado, ya que la empresa de servicios de inversión responde por la realización de un juicio de

valor y oportunidad sobre la inversión atendiendo a las circunstancias subjetivas del cliente, empleando en ello toda la diligencia que le es exigible, a un experto en el sector financiero.

De ahí, que en el caso de los derivados financieros la ausencia de un asesoramiento sobre el mismo conforme a la normativa aplicable, y especialmente la ausencia de la elaboración del Test MIFID al cliente, suponga un actuar no diligente de la empresa de servicios de inversión por el incumplimiento de la referida normativa, que necesariamente implica la nulidad absoluta del contrato derivado de autos, al ser contrario a la normativa reguladora del mismo, en función de lo previsto en el artículo 6.3 del Código Civil.

En este sentido, resulta de interés la sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de diciembre de 2009 (RJ 2010/703), en la que se declara la nulidad de unos depósitos bancarios de alta rentabilidad y las consecuencias del mismo, por infracción de los requisitos de la claridad y la sencillez exigida por los artículos 5.4 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, y 10.1.a) de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, por no haberse ajustado la contratación bancaria realizada a lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley del Mercado de Valores, en cuanto dicha contratación había vulnerado las obligaciones de información y transparencia previstas en la misma, confirmando la posibilidad de que una vulneración de normativa administrativa es susceptible de conllevar la nulidad del negocio jurídico estipulado por aplicación de lo previsto en el artículo 6.3 del Código Civil, en atención a la naturaleza de dicha normativa administrativa.

De este modo y sobre el particular se pronunció expresamente la referida sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de diciembre de 2009:

«c) No es aceptable la afirmación de la parte recurrente en el sentido de que la infracción de normas administrativas no puede dar lugar a la nulidad de un contrato, pues esta Sala, en aplicación del artículo 6.3 del Código Civil, invocado como infringido, tiene declarado que cuando, analizando la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, la normativa administrativa resulta incompatible con el contenido y efectos del negocio jurídico deben aplicarse las pertinentes consecuencias sobre su ineficacia o invalidez [STS de 25 de septiembre de 2006 (RJ 2006/6577)] y no es obstáculo a la nulidad que la prohibición administrativa no tenga carácter absoluto [STS de 31 de octubre de 2007 (RJ 2007/8644)].».

En análogos términos y para un supuesto similar de depósitos bancarios de alta rentabilidad, rechazando la tesis de la recurrente sobre la imposibilidad de declarar la nulidad *ex* artículo 6.3 del Código Civil por vulneración de norma administrativa, se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2010 (RJ 2010/288136).

Con carácter general, para otros supuestos, la también reciente sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de junio de 2010 (RJ 2010/2677), resume la doctrina jurisprudencial sobre la nulidad del negocio jurídico que haya vulnerado normativa de carácter administrativo, del siguiente tenor:

«La sentencia de 9 de octubre de 2007, con cita de otras, ha declarado que: “Por lo que atañe a la jurisprudencia de esta Sala, la sentencia de 25 de septiembre de 2006 (RJ 2006/6577) (recurso núm. 4815/99),

citando las de 18 de junio de 2002 (RJ 2002/5224) y 27 de febrero de 2004 (RJ 2004, 1316), declara en relación con el artículo 6.3, de un lado, que 'el juzgador debe analizar la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir con la declaración de la validez del acto contrario a la Ley si la levedad del caso lo permite, reservando la sanción de nulidad para los supuestos en que concurren trascendentales razones que hagan patente el carácter del acto gravemente contrario a la Ley, la moral o el orden público'; de otro, con cita de la STS de 24-4-96, que "cuando la normativa administrativa resulta incompatible con el contenido y efectos del negocio jurídico, deben aplicarse las pertinentes consecuencias sobre su ineficacia o invalidez"; y también, que a la nulidad no es obstáculo el que la prohibición administrativa no tenga carácter absoluto. La sentencia de 30 de noviembre de 2006 (RJ 2006/9488) (recurso núm. 5670/00), citando las de 31-5-05 (RJ 2005/4251), 2-4-02 (RJ 2002/2485) y 26-7-00 (RJ 2000/9177), declara que la ilicitud administrativa puede comportar la nulidad civil del contrato que incurra en la misma. Y la muy reciente sentencia de 27 de septiembre (RJ 2007/5448) último (recurso núm. 3712/00) ratifica la doctrina general de la de 25 de septiembre de 2006, [...]". Asimismo la sentencia de 22 de diciembre de 2009 (RJ 2010/703) señala que: "No es aceptable la afirmación de la parte recurrente en el sentido de que la infracción de normas administrativas no puede dar lugar a la nulidad de un contrato, pues esta Sala, en aplicación del artículo 6.3 del Código Civil, invocado como infringido, tiene declarado que cuando, analizando la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, la normativa administrativa resulta incompatible con el contenido y efectos del negocio jurídico deben aplicarse las pertinentes consecuencias sobre su ineficacia o invalidez (STS de 25 de septiembre de 2006) y no es obstáculo a la nulidad que la prohibición administrativa no tenga carácter absoluto (STS de 31 de octubre de 2007 (RJ 2007/8644))".

Con carácter específico y ante la vulneración de la referida norma imperativa, declarando la nulidad del contrato por vulneración del artículo 6.3 del Código Civil, conviene destacar a la sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia, número 4 de Fuengirola (Málaga), de 30 de julio de 2010, sobre un contrato de swap, que manifiesta lo siguiente:

«...En primer término, debe destacarse la absoluta dejación de la demandada al indagar sobre el perfil del inversor de los actores (...) Por cuanto se ha expuesto, procede acceder a la pretensión de nulidad deducida no sólo por cuanto las cláusulas analizadas contravienen el tenor de las normas imperativas señaladas, sino por cuanto que tal infracción ha sido determinante del vicio en el consentimiento prestado por los demandantes (arts. 6.3 CC y 83 RDLeg.)».

En cuanto a la jurisprudencia menor, recogiendo como obligación de la entidad de crédito comercializadora de los derivados financieros OTC (incluidos los vinculados a préstamos o créditos garantizados con hipoteca), el cumplimiento de la normativa MIFID antes citada, cabe exponer las siguientes sentencias:

— Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, de 27 de marzo de 2009 (AC 2009/1604), que establece en sus considerandos lo siguiente, al tratar la nulidad del derivado:

«...consideramos que el Banco Santander Central Hispano, S. A., no cumplió con el deber informativo que exige la legislación vigente (...) La entidad financiera asume como objetivos, reflejados en su página de Internet, el llamado espacio MIFID, como consecuencia en vigor de la Directiva 2004/39 CE (LCEur 2004/1848), relativa a los Mercados de Instrumentos Financieros, y sus dos normas de desarrollo, la Directiva 2006/76 CESIC, ya citada, y el Reglamento CE 1287/2006 (LCEur 2006/1962).

En aplicación de la misma se exige la clasificación de los clientes a los que se presten servicios de inversión en las nuevas categorías; minorista profesional y contraparte elegible, para adaptar las medidas de protección a los inversores a la clasificación asignada.

Así, los clientes minoristas, fundamentalmente todos los particulares que actúan como personas físicas, pymes, etc., reciben el máximo nivel de protección previsto, tanto en la realización de los tests como en el alcance de la documentación pre y postcontractual que ha de ser puesta a disposición de los mismos».

— La sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 7 de abril de 2010, estima que:

«En cuanto a la valoración de la Juzgadora acerca de la claridad, transparencia y sencillez de las cláusulas de los contratos litigiosos, hemos de decir que dichos contratos de swaps o permutas financieras han sido considerados por los expertos como contratos o productos complejos.

Asimismo, a tenor del contenido del artículo 78 bis de la Ley del Mercado de Valores, resulta indudable el carácter de cliente minorista que cabe atribuir a las entidades demandantes, y, en consonancia con dicha consideración, habrá de reconocérsele la mayor protección que expresamente establece dicha Ley.

Así, la entidad bancaria que preste servicios de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, debe obtener del cliente la información necesaria sobre sus conocimientos y experiencia con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Esa información se plasma en los denominados test de idoneidad y conveniencia (arts. 72 y 73 del Real Decreto 217/2008).

Si el producto es de los considerados complejos, como es el caso de los derivados financieros (art. 79 bis 8 LMV), aún cuando la iniciativa parta del cliente, la entidad está obligada a realizar el test de conveniencia.

Y nada de esto ha hecho Bankinter con las demandantes. Si nos fijamos en ambos contratos “Clip Bankinter”, en sus condiciones particulares no aparece ningún cuadro con preguntas sobre la idoneidad y conveniencia de estos contratos para las actoras, ni siquiera se ha clasificado al cliente según su perfil como cliente minorista, por lo que toda esta normativa recogida en la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, ha de considerarse vulnerada a todos los efectos».

— La sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia e Instrucción de Castropol, de 9 de marzo de 2010 (JUR 2010/120920), afirma que:

«El artículo 79 y concordantes de la Ley del Mercado de Valores, resulta plenamente de aplicación en el apartado que regula las obligaciones de diligencia y transparencia. Debemos destacar que tal Ley ha sido modificada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que ha venido a potenciar a través de la introducción de un artículo 79 bis, los deberes de información al cliente, haciendo una regulación muy exhaustiva de la misma y distinguiendo en tal información, la que se debe al cliente no profesional».

— La sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia e Instrucción de Gijón, de 21 de enero de 2010 (AC 2010/4), afirma que:

«...Todo ello ha permitido al Servicio de Reclamaciones del Banco de España, precisamente a propósito de los instrumentos financieros de cobertura de tipos de interés, aunque referido a los asociados con operaciones de préstamo hipotecario, establecer el criterio que expresa su Memoria correspondiente al año 2007 y que reitera en la del año 2008 (...) de que las entidades financieras deben estar en condiciones de acreditar que, con anterioridad a la formalización de la operación, se ha facilitado al cliente un documento informativo sobre el instrumento financiero de cobertura ofrecido en el que se indiquen sus características principales sin omisiones significativas, considerándose, en caso contrario, que su actuación sería contraria a los principios de claridad y transparencia que inspiran las buenas prácticas bancarias. A ese deber de información en la fase precontractual se refiere también la SAP de Jaén (Sección 3.^a) de 27-3-2009 (AC 2009/1604), destacando al efecto que la tendencia del legislador ha sido, si cabe, más proteccionista de la clientela y más exigente respecto de la obligación de información de las entidades financieras, y señala que los clientes minoristas, fundamentalmente los particulares que actúan como personas físicas, pymes, etc., reciben el máximo nivel de protección previsto, tanto en la realización de los tests, como en el alcance de la documentación pre y postcontractual que ha de ser puesta a disposición de los mismos».

— La sentencia de 7 de octubre del Juzgado de 1.^a Instancia, número 10 de Oviedo, razona al efecto que:

«Efectivamente, nuestros Tribunales (así, sentencias de las Audiencias Provinciales de Asturias, Sección 5.^a, de 27 de enero de 2010; Pontevedra, de 7 de abril de 2010, o de Jaén, de 27 de marzo de 2009), han venido poniendo especial énfasis en el deber de información que para la entidad financiera le exige la legislación vigente, y su incidencia en la formación de la voluntad contractual del cliente.

La Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, ya con anterioridad a la reforma por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, en su artículo 2 viene a establecer como comprendidos en su ámbito una serie de instrumentos financieros, entre los que se encuentran los contratos de permuta financiera de tipo de interés, con independencia de la forma en que se liquiden y aunque no sean objeto de negociación en un mercado secundario, oficial o no. Pasando a exigir en sus artículos 78 y siguientes, a todas cuantas personas o entidades ejerzan, de forma directa o

indirecta, actividades relacionadas con los mercados de valores (con mención, de forma expresa, a las entidades de crédito) una serie de normas de conducta, tales como, entre otras, las de comportarse con la debida diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados. Como desarrollo de las previsiones contenidas en la precitada Ley, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores, en el que, en el apartado relativo a la información de los clientes, cabe resaltar como reglas de comportamiento a observar más destacables en atención al caso examinado, que las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos así como que la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación haciendo hincapié en los riesgos que la operación conlleva».

— La sentencia de 30 de septiembre de 2010 del Juzgado de 1.^a Instancia e Instrucción, número 2 de Cabra (Córdoba) expone que:

«...Sí será de aplicación la Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación al permitirlo su artículo 2. Del mismo modo, es de aplicación la Ley 24/1988 del Mercado de Valores. La citada Ley fue reformada por la Ley de 19 de diciembre de 2007. Tanto antes como después de la reforma, los contratos de permuta financiera están incluidos en su ámbito de aplicación».

— La sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia, número 8 de León, de 3 de mayo de 2010, dice que:

«...cobra sustancial importancia el incumplimiento por parte de la demandada de las exigencias contenidas, en primer lugar, en el artículo 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, a cuyo tenor las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes».

— La sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia, número 2 de Las Palmas de Gran Canaria, de 21 julio de 2010, establece que:

«...Se hace preciso analizar, con carácter previo, la especial legislación existente en la materia, analizando igualmente las especiales obligaciones y diligencias que se impone a las entidades financieras en materia de información al cliente, como se verá para que el consentimiento prestado sea válido se deben cumplir una serie de requisitos que no concurren en otros ámbitos, la especial regulación otorga un plus de protección al cliente bancario al partir el legislador de reconocer el inicial desequilibrio existente entre las partes. (...) La Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley del mercado de valores, continuó el desarrollo normativo de protección al cliente, iniciado por el Real Decreto 629/1993, en el que se hacía referencia a una adecuada información para

conocer el perfil del cliente, su experiencia inversora, así como los objetivos de la inversión, realizando especial hincapié en los riesgos de cada operación; introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (art. 78 bis); se reitera el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el artículo 79 bis, regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional».

— La sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia, número 1 de Burgos, de 12 de febrero de 2010, razona que:

«...el Banco demandado, al contratar tales productos, no informó a los demandantes, pese a ser estos clientes minoristas no profesionales y especialmente vulnerables, de tales características y riesgos del producto, contratando un nominal muy superior al importe de la deuda real del cliente, no verificando su situación financiera real, ni evaluando la idoneidad y adecuación del producto, incumpliendo con ello tanto las normas que regulan las condiciones generales de la contratación de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, como las normas que regulan el deber de información del Banco a los clientes que adquieren productos bancarios, contenidas tanto en la Ley del Mercado de Valores, reformada por Ley 47/2007, de 19 de diciembre, y desarrollada por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, normativa a la cual hemos hecho referencia en el anterior Fundamento de Derecho. Y correlativamente, como consecuencia de lo anterior, hemos de colegir que los demandantes suscribieron los tres contratos sin estar debidamente informados de sus características, funcionamiento y riesgos, y sin ser debidamente asesorados sobre los mismos, no siendo por lo tanto verdaderamente conscientes sobre tales circunstancias, ni sobre todo sobre el verdadero riesgo que asumían con la contratación».

— La sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia e Instrucción, número 4 de Telde, de 4 de junio de 2010, prevé que:

«...Por otra parte, la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley del Mercado de Valores, de 19 de diciembre, y que introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2004/39 CE, sobre Mercados de Instrumentos Financieros, vino a establecer en su artículo 79 bis, unas rigurosas exigencias a las entidades financieras en orden a asegurar el efectivo cumplimiento de su obligación de información a los clientes no profesionales o minoristas, condición esta que le viene atribuida a la actora por aplicación del artículo 78 bis, así como la obligación de estudiar y conocer el tipo de cliente, sus conocimientos financieros y experiencias en tal sentido, dando así especial relevancia a lo que se ha venido denominando fase precontractual tanto para tomar conocimiento de la experiencia inversora del potencial cliente como para ofrecerle la información relativa al producto necesaria y relevante para la toma de decisión y los riesgos que conlleva. Estos hechos no han sido acreditados, no se ha podido demostrar por la demandada que haya dado a su cliente, el actor, la información a que venía obligada, ni que hubiera tenido conocimiento del tipo de cliente que contrataba el producto, siendo indiferente que el producto lo ofreciera la entidad demandada o lo

solicitar a el actor. Ha de considerarse, pues, que la demandada no ha cumplido con tales obligaciones pues, de otro modo, bien podría haberlo acreditado, máxime tratándose de una entidad que por su actividad está sujeta a rigurosos controles de organismos reguladores y que, dada la exigencia legal, debe procurarse toda clase de soportes documentales o de otro tipo que puedan poner de manifiesto, sin duda alguna, el cumplimiento de sus obligaciones, más tratándose de un producto de “alto riesgo”, como al mismo se ha referido el Defensor del Pueblo».

— La sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia, número 11 de Gijón, de 21 de junio de 2010, establece que:

«Del mismo modo, y siendo éste el extenso ámbito de protección que ya la normativa bancaria otorga, a ello ha de agregarse la incardinación del contrato de referencia en el ámbito de la normativa del Mercado de Valores, y en consecuencia, el deber de probanza que incumbe a la entidad de crédito contratante, tanto respecto a la información sobre los términos del contrato, como con relación a la idoneidad del contratante para su suscripción, tal y como se deduce de la legislación vigente en la materia».

— La sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia, número 7 de Gijón, de 24 de junio de 2010, dice que:

«La Ley vigente, 47/2007, supuso la incorporación a nuestro Derecho de toda la normativa europea de obligado cumplimiento. Se distingue entre clientes profesionales y minoristas, se reitera el deber de diligencia y transparencia de la entidad financiera, y se regulan exhaustivamente los deberes de información al cliente no profesional, incluidos los potenciales».

— La sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia, número 1 de Girona, de 27 de agosto de 2010, establece que:

«La entidad financiera demandada “Caixa Catalunya” asume como objetivos, reflejados en su página de Internet (vid. doc. núm. 11 demanda), el llamado espacio MIFID, como consecuencia de la entrada en vigor de la Directiva 2004/39/CE, relativa a los Mercados de Instrumentos Financieros, y sus dos normas de desarrollo, la Directiva 2006/76 CE SIC, ya citada, y el Reglamento CE 1287/2006, por lo que no resulta de recibo ahora que la demanda alegue que dichas normas MIFID no eran de aplicación al caso concreto. En aplicación de la misma se exige la clasificación de los clientes a los que se presten servicios de inversión en las nuevas categorías; minorista profesional y contraparte elegible, para adaptar las medidas de protección a los inversores a la clasificación asignada. Así, los clientes minoristas, fundamentalmente todos los particulares que actúan como personas físicas, pymes, etc., reciben el máximo nivel de protección previsto, tanto en la realización de los tests como en el alcance de la documentación pre y post contractual que ha de ser puesta a disposición de los mismos».

Por último, en relación a la aplicación de la normativa MIFID y sus consecuencias antes expuestas, no sólo deviene por la clara imperatividad de la Ley del Mercado de Valores en cuanto a su ámbito de aplicación y efectos, sino

también por el hecho de que la gran mayoría de las entidades bancarias, también incluyen en su publicidad la aplicación de la referida normativa a los derivados financieros OTC.

Por ello, cualquier hipotética oposición en aplicar la normativa MIFID sería contraria a la normativa protectora de los derechos de consumidores y usuarios (caso en que resulta de aplicación), al haber asumido voluntariamente por publicidad de la misma, la adopción voluntaria de la protección MIFID a estos derivados financieros, siendo a tal efecto plenamente aplicable lo previsto en el artículo 61 del vigente Real Decreto Legislativo 2/2007, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para Defensa de los Consumidores y Usuarios, que expresamente prevé lo siguiente:

«Artículo 61. Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato.

1. La oferta, promoción y publicidad de los bienes o servicios se ajustarán a su naturaleza, características, utilidad o finalidad y a las condiciones jurídicas o económicas de la contratación.

2. El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, estas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad».

Debiendo tenerse presente, por otro lado, que los contratos con consumidores han de integrarse en beneficio del consumidor de conformidad con lo expresado en el artículo 65 del Texto Refundido de la Ley General para Defensa de los Consumidores y Usuarios, que prevé lo siguiente:

«Artículo 65. Integración del contrato.

Los contratos con los consumidores y usuarios se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante».

IV. UN CASO DEL ARTÍCULO 6.3 DEL CÓDIGO CIVIL

Como hemos comprobado, las obligaciones de las empresas de servicios de inversión, que fueron incorporadas a la Ley del Mercado de Valores mediante la trasposición de la Directiva MIFID, residen principalmente en las normas de conducta tendentes a la clasificación de los clientes, las de diligencia y transparencia, las de información precontractual y postcontractual, así como la evaluación de la idoneidad y conveniencia del cliente y de la operación sobre el instrumento financiero en cuestión.

Como ha sido expuesto con acierto, las funciones de las normas de conducta en los Mercados de Valores residen en (5): «...Desde una perspectiva

(5) Alejandro FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, *Las normas de conducta en el Derecho del Mercado de Valores*. Instituto de Estudios Económicos, 2000, págs. 70 y 71.

teleológica y sustantiva, las normas de conducta pueden reconducirse a una doble esquematización. Por un lado, y desde una perspectiva funcional, tienen como objetivos fundamentales la tutela de la transparencia de los mercados, así como del proceso de libre formación de precios; se está protegiendo esencialmente la eficiencia de los mercados. Por otro lado, y desde una perspectiva individual, tienen en su punto de mira la consecución de la integridad de los propios mercados, protegiendo al inversor frente a los potenciales abusos que pudieran producirse en operaciones concretas, especialmente por parte de los intermediarios; en este caso, se está tutelando la justicia o equidad de los mercados (*fairness*). En definitiva, la transparencia de los mercados, la integridad de los mismos y la tutela del proceso de libre formación de precios, son claves sobre cuya base debe construirse un concepto de normas de conducta de los mercados de valores».

De dichas funciones, el mismo autor propone la siguiente definición de normas de conducta: «Por todo ello, puede decirse que son normas de conducta en sentido amplio, aquéllas dirigidas a velar por la transparencia de los mercados y su integridad, entendidas como la fiabilidad, suficiencia y puntualidad de la información existente en todo momento, así como a salvaguardar el proceso de libre formación de precios, mediante la prohibición de aquellos comportamientos que falseen el mismo, y la protección de los inversores.

Esta definición amplia debe completarse con una definición estricta de normas de conducta, apuntando que se trata de aquel conjunto de normas pertenecientes al Derecho del mercado de valores por las que se establecen las pautas de comportamiento de los intervinientes en un intercambio u operación concreta a lo largo de un período (v.gr., emisores u oferentes de valores, asesores, inversores e intermediarios) al objeto de que no puedan derivar un beneficio económico sobre la base de una ventaja informativa, un falseamiento o distorsión de la veracidad o carácter complejo de la información, una manipulación o interferencia en el proceso de libre formación de precios, incluyendo todas aquellas reglas de actuación de los intermediarios en su actividad profesional con sus clientes, todo ello en aras de la protección de los inversores y de la transparencia del mercado.

Se diferencian así las normas de conducta de las referentes a la supervisión prudencial aplicables a las entidades sometidas a una relación de sujeción especial en que estas segundas se centran en los sujetos de la intermediación, mientras que las primeras se refieren esencialmente a la actividad de los mismos».

La ubicación de las referidas normas de conducta dentro del Derecho regulador de los Mercados Financieros supone que gocen de la naturaleza del carácter de las normas reguladores de los mismos, donde (6): «...La autonomía de la voluntad y la libertad de empresa se actúan, pues, en un marco progresivamente organizado por normas imperativas (que, con arreglo a una concepción tradicional, podríamos incluso clasificar en numerosas ocasiones jurídico-públicas) y que quedan sujetas a supervisión administrativa, con la consecuencia añadida de que su violación determina la existencia de infracciones y sanciones administrativas».

Como continuación de la configuración de las normas de los Mercados Financieros, Javier CORTÉS (7) efectúa la siguiente consideración general sobre

(6) Luis Javier CORTÉS, en URÍA-MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, 2.^a ed., Madrid, 2007, Tomo II, pág. 356.

(7) Vid., *op. cit.*, pág. 405.

las normas de conducta de los mismos al afirmar lo siguiente: «La Ley del Mercado de Valores dedica su Título VII al establecimiento de un conjunto de normas denominadas de “conducta”, inspiradas en las Directivas y recomendaciones de la Unión Europea y encaminadas a disciplinar la actuación de cuantos intervienen en los mercados de valores, de manera que su correcto funcionamiento no se vea obstaculizado o entorpecido por conductas anómalas o irregulares. Son normas de naturaleza pública o administrativa, por lo que su eventual incumplimiento comporta una infracción que lleva aparejada la correspondiente sanción de esa misma naturaleza, con independencia de la responsabilidad civil, contractual (arts. 1258 CC y 57 C. de C.) o no que resulte, en su caso, exigible al infractor por los particulares perjudicados por su actuación».

En nuestra opinión, coincidimos con la de los autores citados en que las normas de conducta, en el asunto que ahora nos ocupa, suponen evidentemente un mandato imperativo destinado a proteger a los inversores que actúan en los mercados financieros, aunque no consideramos que su contravención sea susceptible única y exclusivamente de una sanción administrativa y una responsabilidad contractual de la correspondiente empresa de servicios de inversión actuante sobre el instrumento financiero en cuestión.

Por tanto, la función de las normas de conducta de los mercados de valores reside, pues, en la disciplina del mercado de valores, protegiendo a los inversores como hemos visto, así como evitando posiciones de abuso o de dominio que pudieren darse por empresas con un alto conocimiento de las reglas y funcionamientos de dichos mercados frente, en determinadas ocasiones, inversores desconocedores casi por completo de dichos aspectos, así como de la reglamentación no sólo jurídico-pública sino también jurídico-privada del negocio jurídico estipulado, donde por propia definición del instrumento financiero en el seno de su marco regulatorio, el ámbito de la autonomía de la voluntad queda constreñido en aras de la propia transparencia y claridad que ha de presidir la contratación en tales mercados de valores.

Por ello, es por lo que cuando la vulneración de *«la normativa administrativa resulta incompatible con el contenido y efectos del negocio jurídico deben aplicarse las pertinentes consecuencias sobre su ineficacia o invalidez»*, ya que manteniendo la validez del negocio jurídico se frustrarían los fines regulatorios de las normas de conducta de los mercados de valores, consintiéndose y consiguiéndose en tales casos una «perversión del sistema» mediante la aplicación de sanciones únicamente de índole administrativa.

Así, puede considerarse por «contenido y efectos» del negocio jurídico lo siguiente: El «efecto» inmediato de todo negocio jurídico consiste en constituir, modificar o extinguir entre las partes una relación jurídica y establecer la regla de conducta o el precepto por el cual deben regirse los recíprocos derechos y obligaciones que en virtud de esta relación recaen sobre las partes, siendo negocios jurídicos patrimoniales aquellos cuyo «contenido» incide sobre relaciones jurídicas de naturaleza económica o patrimonial.

Ahora bien, si con carácter general, dentro de los efectos del negocio jurídico-patrimonial está el establecer las reglas de conducta por la que se regirán los derechos y obligaciones de las partes, fruto del principio de autonomía de la voluntad de las partes (*ex art. 1255 del Código Civil*), en el ámbito de los mercados de valores altamente regulados, dicha disciplina normativa de las normas de conducta de los agentes económicos intervinientes en los mismos ha sido establecida por el legislador en aras a la protección de los fines

previstos, de ahí que la reglamentación contractual venga integrada por este conjunto de normas de conducta de marcado carácter imperativo, por lo que la contravención de las mismas supondrían —a nuestro parecer— una evidente incompatibilidad con el carácter normado público del que está integrado el correspondiente negocio jurídico de inversión, no sólo con incidencia en sus efectos, sino también en el contenido patrimonial consecuencia del mismo, que quedaría desvirtuado por la evidente ruptura del equilibrio negociador que pretenden tales normas de conducta de los mercados de valores.

De esta forma, el artículo 6.3 del Código Civil que juega como cláusula general para la aplicación de la nulidad absoluta en supuestos de ineficacia contractual, es la norma cuya función es la misión de hacer volver las cosas a su sitio antes de la contravención normativa.

Literalmente, el artículo 6.3 del Código Civil establece lo siguiente: «*Los actos contrarios a normas imperativas o prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*».

En cuanto a su ámbito de aplicación a las normas de Derecho Público, la Doctrina así lo asiente con carácter general. De esta forma, DE CASTRO (8) (en referencia al antiguo art. 4 del Código Civil, antecedente del actual) afirmaba que: «*...Como las demás disposiciones contenidas en el título preliminar del Código Civil, el artículo 4.º se refiere a toda clase de leyes, ya pertenezcan, conforme a su naturaleza, al Derecho Público o al Privado*».

Por su parte, CARRASCO (9) afirma incluso que: «Lo que acabamos de decir sirve para poner de relieve que el espacio normativo donde el artículo 6.3.º, puede desempeñar una mayor eficacia, no es precisamente el de infracciones negociales a límites de la autonomía de la voluntad impuestos por el Derecho Privado. El artículo 6.3.º encuentra su sentido más cabal en las normas de Derecho Público que imponen restricciones al tráfico jurídico realizado a través de contratos. Bien que se prohíba un sobreprecio en la venta de VPO (art. 112 del Reglamento VPO), bien que se parezca indebidamente un terreno sujeto a restricciones urbanísticas (art. 96 de la LS)».

Por lo tanto, es perfectamente admisible, como premisa general, la aplicación del artículo 6.3 del Código Civil a la vulneración de normas de Derecho Público, tal y como afirma la más reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo, expuesta con anterioridad.

No obstante, en el plano jurisprudencial, CARRASCO distingue hasta seis modelos propuestos por nuestro Tribunal Supremo para la aplicación del artículo 6.3 del Código Civil:

«Primer modelo. Es el propuesto por la sentencia de 19 de octubre de 1944. Según este modelo, “el artículo (6.3.º) se limita a afirmar un principio de gran generalidad, lo que restringe mucho su aplicación práctica (...); no ha de ser interpretado con criterio rígido... sino flexible, y teniendo en cuenta que no es preciso que la validez sea ordenada de modo expreso y textual, sin que quepa pensar que toda disconformidad con una ley cualquiera o toda omisión de formalidades legales, que pueden ser meramente accidentales con relación al acto de que se trate, haya siempre de llevar consigo la sanción

(8) Federico DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*, Editorial Civitas, 1984, pág. 536.

(9) Ángel CARRASCO, *Comentarios al Código Civil*, Editorial Edersa, 1992. Tomo I, vol 1.º: Artículos 1 a 7 del Código Civil. Título preliminar. De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia. Capítulo III. Eficacia general de las normas jurídicas.

extrema de nulidad (...)” y más cuando el conflicto recae sobre una materia de gran complejidad, que no puede quedar resuelto por la nuda y aislada aplicación del artículo 4 del Código Civil”.

Segundo modelo. Se construye a partir de la sentencia de 28 de enero de 1958. El Tribunal Supremo repite aquí los criterios elaborados en 1944, pero añade una nueva regla de exclusión de aplicación del artículo 4 del Código Civil. Esta norma no se aplicará “cuando haya una legislación especial en la materia”.

Tercer modelo. Lo inaugura la sentencia de 27 de febrero de 1964. Después de repetir rutinariamente la doctrina de 1944, el Tribunal Supremo añade ahora que los actos nulos tienen que clasificarse en tres categorías: aquellos cuya nulidad se funda en un precepto específico y terminante; aquellos que, siendo contrarios a la ley, ésta dispone, con todo, su validez; y, por fin, actos que contrarían un precepto legal, sin que éste diga expresamente nada sobre su validez o nulidad. En este último caso, “el juzgador ha de extremar aquí su prudencia, en uso de una facultad hasta cierto punto discrecional, analizando la índole y finalidad del precepto y la naturaleza y los móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos (...) y será válido el acto si la levedad del caso así lo aconseja (...) y habrá que sancionar con nulidad si median trascendentes razones que patenten al acto como gravemente contrario a la ley, la moral o el orden público, encontrándose infeccionados de lo que el Código Civil llama causa torpe”.

Cuarto modelo. En la sentencia de 26 de mayo de 1964, el Tribunal Supremo ofrece un criterio de aplicación del artículo 6.3º del Código Civil, tal que reduce la norma al mínimo de su significación posible, hasta el punto de hacerla un precepto inútil. “El artículo 4 del Código Civil no es, de por sí, bastante para fundar en el mismo una declaración de nulidad”.

Quinto modelo. Lo elabora la sentencia de 10 de noviembre de 1964 y es confirmado por otras posteriores. Hace suyos los criterios anteriormente expuestos, pero especifica ahora un criterio nuevo, a partir del cual el Tribunal habrá de decidir en favor de la nulidad: cuando se trate de acto constitutivo de estado o condición para cuya eficacia exija la ley determinados requisitos, y falte alguno esencial en el evento de que se trata.

Sexto modelo. La sentencia de 17 de octubre de 1987 no discrimina ninguno de los criterios de decisión suministrados por el propio Tribunal Supremo desde 1944. Ofrece todos al lector, prueba manifiesta de que ninguno de ellos tiene la suficiente capacidad para suministrar una decisión generalizable en base a reglas. La novedad de esta sentencia es que el propio Tribunal declara que la doctrina existente “se completa” con la nulidad parcial de los contratos en los que sólo algún pacto resulte contrario a la ley, y “siempre que conste, además, que se habría concertado aún sin la parte nula”.

A estos modelos habría que añadir —como ya expusimos— lo que sobre vulneración de normas administrativas establece la reciente sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de junio de 2010 (*RJ* 2010/2677), que resumía la doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión en la forma expuesta, es decir, el juzgador ha de reservar la nulidad para los casos en que el acto sea gravemente contrario a la Ley, la moral o el orden público, o cuando la vulneración de la norma administrativa suponga una incompatibilidad con el contenido y efectos del negocio jurídico, lo que en nuestro caso, estimamos ya que en la gran mayoría de las ocasiones cuando se esté contratando por clientes minoristas este tipo de ins-

trumentos financieros existe lo que podemos llamar una gran asimetría en la información que tienen las partes para poder contratar el instrumento financiero en cuestión; lo que resulta todavía más acuciante si esos clientes minoristas tienen la consideración adicional de consumidor y usuario, donde la protección se hace aún —si cabe— más importante, de ahí que la vulneración de las normas de conducta analizadas supongan una violación grave de la legalidad vigente y aplicable a este tipo de contratos.

Otro de los requisitos de aplicabilidad del artículo 6.3 del Código Civil, que hemos de plantearnos en el supuesto analizado, es el de la vulneración de una norma imperativa o prohibitiva.

MANRESA (10) opinaba al respecto lo siguiente: «Decíamos antes que sólo puede referirse a las leyes prohibitivas o preceptivas, porque es indudable que en las permisivas y supletorias, por lo mismo que facultan para ejercitar ciertos actos, o suplen la expresión de la voluntad, no es posible ir contra ellas. Téngase presente que la segunda parte del artículo se refiere principalmente a las leyes permisivas. Respecto a las preceptivas de actos positivos, cuando se violan con omisiones, no existe evidentemente materia para la nulidad; pero sí la hay en el caso de verificarse los actos en forma distinta de la preceptuada».

Incluso admitiendo esta restricción en el ámbito de aplicación del artículo 6.3 del Código Civil, si entendemos como norma preceptiva la que establece una conducta de obligado comportamiento para el obligado, una actuación en forma distinta a la establecida en la misma, sí que daría lugar a la nulidad del negocio jurídico predicada. Es decir, en nuestro caso, una contratación sin observación de las normas de conducta tipificadas supone que en la gran mayoría de los supuestos nos encontremos ante negocios jurídicos contraídos sin la constancia de los requisitos protectores establecidos de obligada observación, por lo que, no estaremos normalmente ante una simple omisión de lo preceptuado, sino ante una negociación en términos diferentes a los ordenados, debido al propio carácter y contenido de las normas de conducta aludidas.

No obstante lo anterior, coincidimos con autores, que permiten la aplicación del artículo 6.3 del Código Civil a la vulneración de las normas dispositivas, siguiendo las tesis del profesor DE CASTRO (11), tales como Díez-PICAZO Y GULLÓN (12) que establecen al respecto lo siguiente: «La sanción de nulidad deriva de toda clase de normas, tanto si pertenecen al Derecho Público como si pertenecen al Derecho Privado. La norma infringida debe ser una norma imperativa o de *ius cogens*, pues las normas dispositivas, por su propia naturaleza, permiten que la autonomía privada establezca pactos o disposiciones contrarios y distintos a lo en ella prevenido, siempre que se mueva dentro de sus límites institucionales: ley, moral y orden público (art. 1255). En otro caso, el derecho dispositivo conserva su vigencia y ha de ser tan observado como el imperativo»; o AMORÓS GUARDIOLA (13) que afirma: «Semejante razonamiento puede parecer cierto y aceptable. Pero ha sido objeto de una matización crítica

(10) MANRESA Y NAVARRO, J. M.^a, *Comentarios al Código Civil*, Tomo I, Madrid, 1907, comentario al artículo 4, pág. 58.

(11) Vid., *op. cit.*, pág. 36, quien opina que: «Este precepto no se refiere exclusivamente a las disposiciones prohibitivas, ya que cualquier violación legal, en cuanto desobediencia al mandato legislativo, puede acarrear la sanción de nulidad».

(12) Díez-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*. Vol. I, Editorial Tecnos, Madrid, 1990, pág. 220.

(13) AMORÓS GUARDIOLA, *Comentarios a las reformas del Código Civil*. Vol. I, Editorial Tecnos, Madrid, 1977, pág. 329.

por parte del profesor DE CASTRO, a mi juicio perfectamente justificada. Según este autor, no se debe afirmar que las leyes a que se refería el artículo 4.1 sean sólo disposiciones prohibitivas, ya que cualquier violación legal (y por tanto, también la de una norma dispositiva) supone una desobediencia al mandato legislativo y, por ello, puede acarrear la nulidad del acto así celebrado».

De ahí, que —a nuestro juicio— en nuestro caso analizado esté más que justificada la nulidad de lo actuado en contravención de norma imperativa, con independencia de su división en prohibitiva o preceptiva, así como de la concurrencia de las correspondientes sanciones administrativas aplicables (14).

Por último y en relación con el último de los requisitos generales que aquí pueden ser objeto de debate, cabe señalar que se excluye la sanción de nulidad cuando la norma de que se trate establezca un efecto distinto para el caso de contradicción entre el acto y la norma.

Para CARRASCO (15) de acuerdo con la doctrina mayoritaria, el efecto distinto puede venir expresamente en la norma correspondiente, o bien inferirse tácitamente de la misma, lo cual ha de culminar en una labor interpretativa, para la cual propone los siguientes parámetros (16):

- a) la finalidad de la norma. El resultado de la interpretación debe ser si de acuerdo con la finalidad de la norma queda satisfecha o no con la sanción correspondiente sin necesidad de acudir a la nulidad.
- b) las consecuencias que para la justicia contractual pueda acarrear la nulidad.
- c) si la sanción de nulidad conlleva efectos beneficiosos para el interés protegido y si es útil como medida de prevención general.

Admitiendo como válidos dichos parámetros, las normas de conducta analizadas colman las obligaciones de información que la empresa de servicios

(14) Vid. AMORÓS GUARDIOLA, *op. cit.*, pág. 331: «Nulidad absoluta dotada de los caracteres de este tipo de ineficacia radical; insubsanable, no susceptible de confirmación o convalidación, ni siquiera en virtud de prescripción; automática, la nulidad se produce *ipso iure*, no necesita ser declarada, y puede ser apreciada de oficio por el juez; tiene una trascendencia general, frente a todos.

Nulidad que no implica inexistencia, sino simplemente carencia de los efectos voluntariamente queridos cuando son distintos a la finalidad protegida por la ley. Ésta será eficaz a pesar del acto realizado por los particulares en contra de su mandato. Lo cual no significa, obviamente, que dicho acto nulo no produzca ciertas consecuencias: al menos, las resultantes de la sanción correspondiente que, además de la nulidad, podrá comportar una pena, una responsabilidad civil o administrativa, etc., o la que en definitiva resulte de la propia ley incumplida».

(15) Vid., *op. cit.*

(16) La jurisprudencia no ayuda mucho en esta labor, ya que en temas como el de viviendas de protección oficial, las sentencias entienden en un primer momento que la previsión de un efecto distinto excluye la sanción de nulidad (sentencias de 28 de abril de 1971, 20 de marzo de 1972 y 25 de mayo de 1983) hasta las que, en un momento posterior, entienden que la finalidad de la norma infringida, son compatibles las sanciones administrativas con la nulidad parcial (sentencia de 27 de diciembre de 1984 y 5 de noviembre de 1985). Pese a ello, sentencias posteriores parecen retornar a la primera línea jurisprudencial (sentencias de 3 de septiembre de 1992, de 16 de diciembre de 1993 y de 6 de noviembre de 2000), denegado la nulidad con percepción por el vendedor de sobreprecio en cuanto a la legislación aplicable a la materia, que ya establece sanciones específicas como multa, devolución de cantidades indebidamente percibidas, descalificación, etc.

de inversión ha de realizar a su cliente en base principalmente al principio general de la buena fe (arts. 7 del Código Civil y 57 del Código de Comercio), siendo muy relevantes en cuanto proporcionan adecuadamente los elementos de interpretación contractual (arts. 1281 y sigs. del Código Civil), e incluso, juegan un papel primordial como protección frente al dolo *in contrahendo* (arts. 1269 y 1270 del Código Civil), lo que supone evidentemente que dichas obligaciones de información impliquen un elemento esencial para la asunción de riesgos en la contratación del derivado por parte del cliente, proporcionando al mismo los correctos juicios de valor necesarios para la libre formación de su voluntad.

Por otro lado, el deber de cuidado y diligencia existente en el asesoramiento, así como el de no anteponer los intereses propios de la empresa de servicios de inversión frente a los del cliente, suponen que no sólo en dicha fase precontractual, sino en el propio devenir del contrato, la infracción de los mismos genere un desequilibrio de las prestaciones con clara infracción de la conmutatividad contractual (vid. art. 1289 del Código Civil).

En función a dichas bases, la sanción administrativa o incluso la responsabilidad civil (contractual o extracontractual) no colman la finalidad jurídico-protectora del inversor de los mercados de valores, sino que sólo atienden bien el mecanismo represor o reparador —en términos meramente económicos— de la norma infringida, y no a la obtención de la contratación libremente acordada entre partes desiguales en el seno de los mercados de valores donde interactúan agentes y clientes desde una posición absolutamente asimétrica, por lo que las directrices disciplinadas por las normas de conducta no se ven satisfechas mediante la aplicación exclusiva de correcciones de índole económica que no supongan, por ejemplo, una auténtica restitución de las prestaciones convenidas que hagan retornar la situación acaecida a la existente antes de la celebración del negocio jurídico, donde el cliente pueda volver a valorar —si cuenta con los elementos de juicio necesario— una contratación del instrumento financiero deseado.

De ahí que la finalidad protectora de estas normas de conducta esté íntimamente ligada —en nuestra opinión— a la conmutatividad contractual, por lo que la desigualdad producida en la contratación al haberse infringido tales normas de conducta no puede quedar subsanada si no se otorga además la posibilidad de la nulidad del negocio jurídico convenido, cumpliendo la misma, la verdadera satisfacción del contratante que ha visto frustradas sus expectativas en la negociación del instrumento financiero derivado al no haber sido correctamente informado en cuanto a su alcance y contenido.

Ello, sin ninguna duda redundaría en una función preventiva en cuanto a la observancia de los correctos deberes de diligencia y cuidado al que están sujetos de forma especial las empresas de servicio de inversión, con el objeto de no reincidir en una hipotética y eventual contratación anormal de estos productos financieros complejos, que pervirtieran los fines de un sistema regulado.

V. RECAPITULACIÓN

De *lege ferenda*, ante las discrepancias administrativo-particulares y a la luz de la problemática analizada en la contratación de estos instrumentos financieros complejos, no sólo resulta necesaria una clarificación normativa de cuáles son los requisitos o normas de conducta que expresamente han de obser-

varse en la contratación de productos tales como *swaps* o permutas financieras de intereses que son ofrecidos, por ejemplo, por las entidades de crédito a sus clientes cuando se está negociando la correspondiente financiación con garantía hipotecaria. Esta regulación no debería ser de «mínimos» en cuanto a su alcance y contenido, en consonancia con los principios protectores de los inversores que han inspirado la normativa comunitaria reguladora de los mercados financieros o de valores.

De *lege data*, actuaciones incorrectas que contravengan las actuales y existentes normas de conducta han de ser objeto de análisis no sólo desde el Derecho administrativo sancionador o en atención a la aplicación de los sistemas de responsabilidad civil, sino también desde la aplicación de la doctrina de la ineficacia del contrato, ya que resulta correcto considerar también a la ineficacia contractual como una auténtica sanción, gozando pues de esta naturaleza jurídica.

Así, en palabras del profesor Díez-PICAZO (17): «la ineficacia del contrato es, además, una sanción. Si por sanción entendemos la consecuencia que el ordenamiento imputa o anuda a la infracción de sus preceptos, el carácter sancionador de la ineficacia es claro. Existe una desarmonía o un desajuste entre el contrato tal y como había sido previsto o contemplado por el ordenamiento jurídico (tipo contractual hipotético) y el contrato tal y como fue llevado a cabo en la realidad. La discrepancia entre uno y otro plano entraña una infracción, puesto que sin duda las normas ordenan el más perfecto ajuste entre una y otra categoría», por ello que entendamos que el referido «desajuste» producido haya de corregirse y prevenirse mediante el recurso a la ineficacia contractual, nulidad absoluta *ipso iure*, si en la contratación se han vulnerado estas normas de conducta de carácter imperativo.

RESUMEN

DERIVADOS FINANCIEROS NULIDAD ABSOLUTA

Existen numerosas sentencias analizando la validez o no de los derivados financieros OTC desde el prisma de la aplicación de la normativa MiFID a los mismos, aunque este ámbito normativo haya sido revisado recientemente por el Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores en cuanto a los derivados financieros ligados a financiaciones con garantía hipotecaria. La contratación de este tipo de instrumentos financieros complejos sin la información, transparencia y claridad necesarias ha supuesto que se haya declarado que en

ABSTRACT

DERIVATIVES ABSOLUTE NULLITY

There are many, many rulings looking at the question of the validity or invalidity of OTC derivatives from the stance of the application of the MiFID to OTC derivatives, although this legislative realm has been recently reviewed by the Bank of Spain and the Spanish National Securities Market Commission as regards derivatives linked to mortgage financing. Trading in this type of complex financial instrument without the necessary information, transparency and clarity has on repeated occasions led to the instruments' being declared relatively void due to the

(17) Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Vol. I. Introducción. Teoría del Contrato. Editorial Civitas, 6.^a ed., 2007, pág. 558.

reiteradas ocasiones se haya declarado la nulidad relativa de los mismos por la existencia de vicios en el consentimiento, aunque una revisión de la casuística existente implique también la necesaria consideración de la nulidad absoluta ipso iure del derivado financiero en cuestión, cuando en su negociación se hayan vulnerado las normas de conducta aplicables con carácter imperativo.

existence of defects of consent, although a review of the existing body of cases also implies the necessary consideration of the ipso iure absolute nullity of a derivative when the imperative applicable rules of conduct have been infringed in its trading.

3. URBANISMO

CONSTANCIA REGISTRAL DE LOS CRÉDITOS POR GASTOS DE URBANIZACIÓN EN LOS PROCESOS CONCURSALES (1)

por

JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ

Abogado

SENTENCIAS DEL JUZGADO MERCANTIL DE MADRID, NÚMERO 5, DE 10 Y 26 DE MAYO DE 2010

SUMARIO: HECHOS.—COMENTARIOS: I. LA CLASIFICACIÓN CONCURSAL DE LOS GASTOS DE URBANIZACIÓN COMO EXPRESIÓN DE UN DEBER LEGAL: 1. EL ORIGEN LEGAL. 2. EL REFORZAMIENTO DE SU CUMPLIMIENTO A PARTIR DE LA SUBROGACIÓN LEGAL.—II. LA CLASIFICACIÓN CONCURSAL DE LOS GASTOS DE URBANIZACIÓN.—III. LA NECESARIA CONSTATAción REGISTRAL DE LOS CRÉDITOS RECONOCIDOS CON PRIVILEGIO DE HIPOTECA LEGAL TÁCITA: 1. RAZONES PARA SU CONSTANCIA REGISTRAL. 2. EL TÍTULO HABILITANTE. 3. EL CONTENIDO DEL ASIENTO.—CONCLUSIÓN.

HECHOS

La actual situación de crisis económica y su incidencia más intensa en el sector inmobiliario está planteando con frecuencia el problema de la calificación de los créditos por obras de urbanización dentro del juicio del concurso de acreedores.

La situación de los promotores inmobiliarios que dejan de pagar las obligaciones dimanantes de los procesos de urbanización provoca que los demás interesados en ellos tengan que soportar ante terceros las deudas insatisfechas para que la urbanización prosiga y, gracias a ello, se incorpora también al patrimonio del deudor un valor añadido realizado a costa de los partícipes en la comunidad reparcelatoria en cumplimiento del deber legal.

A partir de este esquema inicial y ante la necesaria conversión de las categorías urbanísticas al modelo concursal de calificación de créditos se produce un complejo problema de indudable repercusión registral.

En este punto, las sentencias a las que nos referimos no contienen un estudio pormenorizado del mismo, pero sí se pronuncian abiertamente sobre la clasificación de este tipo de créditos como créditos con privilegio especial bajo el modelo de la hipoteca legal tácita.

(1) El contenido de estas notas y comentarios es parte de un extenso trabajo que será publicado próximamente bajo el título de *Gastos de Urbanización, Procesos Concurrales y Derivaciones Patrimoniales*, dentro del cual, como ya ha sido recogido en la doctrina, las consecuencias registrales, en general, son evidentes. Aquí particularizamos su contenido en uno de los puntos a los que tiende la jurisprudencia y en su proyección directamente registral. A partir de estas ideas sucintas hemos de remitirnos a su exposición más detenida en el citado trabajo.

COMENTARIOS

I. LA CLASIFICACIÓN CONCURSAL DE LOS GASTOS DE URBANIZACIÓN COMO EXPRESIÓN DE UN DEBER LEGAL

1. EL ORIGEN LEGAL

El origen de este deber reside en la propia Constitución que en el artículo 47 contempla el método de contribución al levantamiento de cargas en beneficio de la comunidad como compensación por las plusvalías que el planeamiento genera.

Desde el rango máximo de la Constitución y la plasticidad de la terminología utilizada, la implantación de este deber dimana inexorablemente de la ley y del acto, hecho realidad, de su oponibilidad respecto de terceros, a partir del principio siempre alabado del plan como función pública, a pesar de que el deber de esta imposición ha de confesarse que también ha servido para otros fines menos solemnes y rigurosos. Esto es, a pesar de estas debilidades generadas por la obligación desde tan alto y articulada la medida en toda la frondosa normativa autonómica y sus precedentes y en testimonios coetáneos estatales y autonómicos, así como resaltada desde la jurisprudencia, su realidad formal, al menos, es incuestionable.

A todo ello han de añadirse las nuevas expresiones legales que bajo los términos *garantía real*, *carga real* o vinculación de los bienes se recoge en los artículos 7, 8.1.c), 9.3, 16.2 y 19.1 de la vigente Ley del Suelo del Estado 2/2008, de 20 de junio. Términos utilizados también por la legislación autonómica como la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid, de 17 de julio de 2001, o la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha, Texto Refundido 1/2004, según su artículo 129 o la de Cataluña en el Texto Refundido de 3 de agosto de 2010.

Sin embargo y desde la Ley debe ser posible identificar los caminos de la preferencia, si bien con matices también importantes. Porque una cosa es la preferencia legal y otra los automatismos que exigen las normas concursales, en especial a los efectos del artículo 89.2, cuando éstas se presentan bajo el modelo esquemático de los rangos y de las preferencias legales. En estos casos parece razonable que el mantenimiento del deber, sobre todo cuando el sistema ofrece formas de garantía predeterminadas, ha de exigir razonablemente su cumplimiento y que cuando se ha producido una tramitación en el vacío, alguna consecuencia ha de tener su omisión. En este punto necesariamente la incorporación de este tipo de créditos a los procesos concursales requiere, inevitablemente, su homologación con las figuras admitidas por la LC, toda vez que esta, en su artículo 89.2 *in fine*, sienta el principio fundamental de que «no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta ley».

Pero la relevancia del deber legal es incuestionable. De no ser así, ¿qué favor no tendría el acreedor hipotecario, ordinariamente una entidad financiera, que por gozar su crédito de la protección de una primera hipoteca purgaría, con su ejecución, toda restricción posterior? Los Bancos acreedores que accedieran a la propiedad de los bienes hipotecados y los terceros adjudicatarios de los bienes ejecutados, ¿estarían acaso exentos de contribuir a los gastos de urbanización, convirtiéndose en destinatarios finales de unos bienes a los que se habrían incorporado las plusvalías generadas por los restantes propietarios del

ámbito sin posibilidad de resarcimiento? Si el Estado o un Ayuntamiento embarga unos bienes inmersos en procesos urbanizadores por créditos comunes, ¿es que también estarían exentos de contribuir a satisfacer estas obligaciones?

2. EL REFORZAMIENTO DE SU CUMPLIMIENTO A PARTIR DE LA SUBROGACIÓN LEGAL

A su vez, el sistema legal ha unido a la vinculación de los bienes bajo el modelo de la vinculación real en base al tenor literal del artículo 19 citado, el principio de subrogación legal que podría hacer entender que superaba los conceptos de débito y responsabilidad, haciendo con ello a todo tercer poseedor también deudor personal, al decir así:

«Artículo 19. Transmisión de fincas y deberes urbanísticos

1. La transmisión de fincas no modifica la situación del titular respecto de los deberes del propietario conforme a esta Ley y los establecidos por la legislación de la ordenación territorial y urbanística aplicable o exigibles por los actos de ejecución de la misma. El nuevo titular queda subrogado en los derechos y deberes del anterior propietario, así como en las obligaciones por éste asumidas frente a la Administración competente y que hayan sido objeto de inscripción registral, siempre que tales obligaciones se refieran a un posible efecto de mutación jurídico-real».

El texto literal en verdad puede parecer contradictorio porque, de una parte, afirma que la enajenación, «no modifica la situación del titular respecto de los deberes de propietario». Esto es, parece decir que la deuda queda ligada al transmitente. Sin embargo, unas líneas más abajo añade que: «el nuevo titular queda subrogado en los derechos y deberes del anterior propietario (e incluso en las obligaciones por este asumidas) frente a la Administración competente», aunque solo si han sido objeto de inscripción.

Si atendemos a la primera aseveración, la deuda sigue siendo del transmitente. Si a la segunda del nuevo propietario. E incluso hay una tercera hipótesis en la que se vincula a cualquier tercero bajo el manto de la oponibilidad generada por la inscripción, aunque esta nueva especie no precisa que sea un deber legal sino un nuevo deber nacido del pacto, pero solo si se inscribe.

Todo lo cual, sin que podamos entrar ahora en esta problemática, plantea también grandes repercusiones en los procesos de ejecución ante la identificación del sujeto pasivo de la obligación y quizá también de la garantía.

II. LA CLASIFICACIÓN CONCURSAL DE LOS GASTOS DE URBANIZACIÓN

El punto central para una articulación coherente del cuadro legal de preferencias con el mandato legal de hacer oponibles a terceros la obligación de asumir la cargas de urbanización no puede ser otro que el de respetar que el sistema concursal parte de un cuadro cerrado de créditos relevantes y preferencias regladas por lo que no basta con decir que estos créditos, por venir reconocidos materialmente desde la ley, no hayan de ser identificados por algún dato más para ser encajados en el marco de las categorías del concurso.

Ante esta cuestión parece que resulta inevitable identificar este tipo de créditos con los garantizados con hipoteca legal, por ser ésta la figura que encaja con el supuesto planteado.

Debe decirse para ello, completando su configuración institucional que, por una parte, la hipoteca legal ha de partir de un respaldo establecido directamente desde la ley; pero dicho esto, sin embargo, no todas las modalidades de las hipotecas legales son idénticas, salvo el punto inicial de referencia recogido en el artículo 158 de la Ley Hipotecaria. A partir del mismo, mientras en las hipotecas legales expresas, lo que se reconoce desde la ley es el derecho a su constitución en la forma ordinaria, pero convirtiendo esta condición como presupuesto de existencia, en las tácitas basta con el reconocimiento en la ley de su preferencia, siendo entonces oponibles a terceros sin necesidad de la inscripción (2).

Parece por ello que es obligado acudir al modelo de la hipoteca legal tácita para dar cobertura a las obligaciones urbanísticas, porque lo que no sería de recibo es que éstas queden sin protección por la falta de su inclusión en una de las figuras legales y como las restantes no son homologables debe acudir a aquélla con la que presenta una identidad sustancial que es lo que hacen las sentencias enunciadas.

En última instancia, como ya hemos aludido a ello antes, el número 2 del artículo 90 remite a las peculiaridades propias de cada crédito para su reconocimiento, pero haciéndose aquí una aportación relevante respecto de los procedentes de una obligación legal ya que, aunque no los mencione, se exige la constitución de garantías, «salvo que se trate de hipoteca legal tácita...»

La consecuencia es, pues, que se ha de tratar de créditos con privilegio especial y, dentro de ellos, como un crédito garantizado con hipoteca legal. No obstante esta cualidad será la que les corresponda materialmente; pero ello no basta mientras no se añada la calificación formal procedente, dentro del concurso, de la decisión de los administradores o, en caso de impugnación positiva o negativa, la decisión judicial dentro del incidente concursal. Pero también, de no existir el concurso y a falta de conformidad del deudor u otros acreedores, en el juicio declarativo que proceda a los efectos de la ejecución posterior.

III. LA NECESARIA CONSTATAción REGISTRAL DE LOS CRÉDITOS URBANÍSTICOS RECONOCIDOS CON PRIVILEGIO DE HIPOTECA LEGAL TÁCITA

1. RAZONES PARA SU CONSTANCIA REGISTRAL

Resulta explicable que al redactarse en el siglo XXI una Ley concursal y a pesar de que se utilizara el término de hipoteca legal, y por tanto, eventual-

(2) Las hipotecas legales se contemplan desde la Ley Hipotecaria de 1861, admitiendo su contenido, pero bajo el deseo de que queden superadas por las hipotecas expresas y relegando las tácitas a modelos excepcionales frente al sistema de cargas ocultas generalizado hasta entonces. ROCA SASTRE en su *Derecho Hipotecario*, Tomo IV, 5.^a ed., pág., 603, analizando su evolución histórica y refiriéndose a la Ley de 1946, dice que: «el legislador actual, al hacer perder al artículo 158 de la ley el carácter taxativo que antes tenía, adoptando en su lugar una redacción de amplitud generosa, constituye el reconocimiento de que la realidad de las cosas ha podido más que los deseos del legislador de 1861».

De aquí la proliferación de nuevos casos de hipotecas legales tácitas aunque no ostenten esta denominación. Basta incluso con leer en las ediciones usuales de la legislación hipotecaria como la de Thomson, cómo se recogen un número abierto de ellas, incluida la afección urbanística, aunque no tenga tal denominación.

mente, hipoteca legal tácita, se llegara a plantear toda su problemática cuando debe reconocerse que era difícilmente imaginable su aplicación actual, de tal modo que incluso cuando la Ley la menciona en el artículo 155.3, párrafo segundo, parece estar pensando más en alguna de las hipotecas que aún siendo legales hayan sido objeto de inscripción y solo en el artículo 90.2 alude directamente a las hipotecas legales tácitas al decir que: «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 estar constituida con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros, salvo que se trate de hipoteca legal tácita...».

Tan genérica referencia deja sin embargo en la incertidumbre si es necesario hacer de algún modo expresa la hipoteca tácita, sobre todo teniendo en cuenta que puede iniciarse o continuar su ejecución, pueden igualmente existir otros créditos hipotecarios previamente inscritos o que se ejecuten también y, en términos generales, pueden aparecer terceros adquirentes que desconozcan su existencia al no ser necesaria su previa inscripción. En otros términos, que un crédito garantizado con hipoteca legal tácita para su operatividad efectiva dentro de un proceso o en la realidad jurídica, una vez reconocido, sea explicitado en la forma usual patrocinada por el sistema.

Como hemos indicado, lo normal es que tales créditos, con privilegio especial derivados de una hipoteca legal tácita, solo surjan a partir del reconocimiento ordinariamente en demanda incidental o también por su admisión por los administradores, por lo que aunque se parta, precisamente, de la inexistencia de su constancia registral o su constancia insuficiente o incluso inexpressiva, como sería el caso de las obligaciones urbanísticas, una vez alcanzado su reconocimiento se exprese formalmente en el sistema regulador de las garantías reales inmobiliarias, como es el Registro.

Es decir, su existencia inicial se produce en el seno del concurso, fuera del Registro y, sin embargo, una vez reconocido, ni existe norma alguna que prevea su constancia ni se ofrecen datos seguros en caso de concurrencia con otros créditos con privilegio especial que, según el Registro, tienen ganado un rango determinante de su preferencia a la hora de hacer el pago, o de los efectos de su ejecución, especialmente si se produjera fuera del juicio concursal aunque autorizada por el juez el concurso, por ejemplo, por las Administraciones Públicas en procedimiento de apremio, pero jugando la eficacia liberadora de las cargas posteriores por efecto de la purga producida por el crédito ejecutado y la consiguiente aparición del tercer adquirente extraño al concurso que desconociera la carga oculta que grava el bien y también su obligada subrogación legal.

¿Es conforme con una elemental exigencia de seguridad jurídica que no se de publicidad a estas situaciones?

No parece en absoluto razonable y por tanto respondiendo a una necesidad evidente debe acudirse de algún modo a sacar de la clandestinidad al menos en parte a la hipoteca tácita para dejar constancia de su existencia y efectos previsibles, una vez reconocida su existencia.

El modo de proceder a ello debe ser publicitar el crédito ya reconocido por sentencia incluso no firme, porque en este punto, acogiéndose al carácter cautelar y con el fin de asegurar los efectos del concurso, es tolerable la publicación de una situación de pendencia antes de que predomine lo que se ha llamado *monstruum iuris*, es decir, que sea una la realidad material y otra la realidad formal dimanante del Registro, que obligue a plantear procesos sucesivos que podrían evitarse con una publicidad registral adecuada.

Como testimonio de esta doctrina, reproducimos a continuación el texto de la sentencia de 1981 (3), que dice así:

«Considerando: que si de acuerdo con cuanto queda expuesto, la legitimación registral del párrafo 1.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria ampara “a todos los efectos legales”, la existencia del derecho inscrito y la pertenencia a su titular “en la forma determinada por el asiento respectivo”, es incuestionable que la presunción de veracidad que ello entraña, comprensiva de la finca inscrita, en el caso que sea impugnada mediante acción contradictoria que trate de desvirtuarla, tiene que —antes o al propio tiempo— dirigirse a que como secuela registral inevitable, se anule o cancele —total o parcialmente— la inscripción que conste en el Registro, según se determina en el párrafo 2.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria lo que, en este caso no se hizo; y ello, porque de lo contrario podría resultar el auténtico monstrum iuris de una inscripción registral de una determinada “forma” que, como se ha dicho, el Registro ampara y protege, que estaría contradicha por la forma que determinase una hipotética resolución judicial que viniese a determinar otra distinta, al modo y manera como lo entendieron los dos juzgadores de instancia, cuyas decisiones deben, por tanto, ser confirmadas en todos sus términos; lo que implica la desestimación total del recurso interpuesto».

2. EL TÍTULO HABILITANTE

Las razones que han sido detalladas a lo largo de este trabajo pretenden justificar el carácter de crédito privilegiado de los costes de urbanización en cuanto devienen de un deber legal. Pero su conversión en los procesos universales caracterizados por la existencia de una pluralidad de créditos diversos contra el mismo deudor los cuales, a su vez, tienen rangos distintos, produce que a la concurrencia de ellos deba seguir la declaración de prelación entre los mismos lo que evidentemente precisa de un acto formal de verificación dado por el órgano competente.

A partir de una estructura formal que funda sus decisiones en la diversidad de situaciones, puesto que, evidentemente, las situaciones de insolvencia universal no constituyen el marco ordinario de las relaciones económicas, el legislador sitúa fuera del ámbito del poder constituyente del juzgador el reconocimiento de los créditos y su rango de tal manera que estos provienen de títulos nacidos fuera del proceso, los cuales simplemente son homologados en él; de aquí que inicialmente se confiera esta facultad de individualización a órgano no judiciales o, como se ha dicho, cuasijudiciales, como son los administradores concursales, aunque sujetos a la revisión judicial. En este punto debe entenderse que la constancia del reconocimiento y su reflejo registral no constituye propiamente una medida cautelar en sentido estricto, que sería de la competencia exclusiva del Juez, según el artículo 8.4.º, sino de mera constancia definitiva del carácter de un crédito.

Tratándose sin embargo de créditos que provenientes de la ley han de ser equiparados a los garantizados con hipoteca legal tácita, la ausencia de una constatación registral completa o incluso en ausencia de ella, precisa de

(3) Me remito, en cuanto a la fundamentación en la doctrina, a la obra de José Manuel GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral Hipotecario*, Tomo I, pág. 753 y sigs.

una decisión constituyente, no en el sentido de que el derecho nazca desde ella, sino de que su reconocimiento formal es indispensable para que sea eficaz dentro del proceso y en la vida futura del bien gravado.

Desde estas premisas, la necesaria llegada de su constancia al Registro no es equivalente a la constitución de la hipoteca creando la apariencia de que su existencia es entonces cuando surge, pero sí que debe proceder de un título con valor legitimador que cumpla las condiciones generales de los títulos que tengan acceso al mismo y que refleje el contenido esencial del crédito.

Ese título, por antonomasia, es evidente que puede ser la sentencia que, siendo firme, recaiga en el incidente concursal admitiendo la demanda que unida al título material contenga esta pretensión. Más dudas podría ofrecer en los casos en los que ante la petición de los acreedores con iguales justificantes, sea la administración concursal la que sin necesidad de acudir a la demanda incidental les admita. Si esto ocurriera no tendría sentido el incidente, ya que éste es obligado por la negativa a su reconocimiento por los Administradores, lo que equivale a que si estos conceden lo pedido, mientras no se revoque judicialmente ese reconocimiento causa estado y, por tanto, ha de tener los mismos efectos que la sentencia, aunque no sea una decisión del Juez. Por tanto el carácter del crédito puede acceder al Registro por alguna de estas dos vías, pero no sin ellas, pues a diferencia de los créditos hipotecarios comunes en los que el carácter constituyente de la inscripción produce plenos efectos, aunque también a modo de inventario de los créditos figure en la relación de los créditos contra el deudor, en los primeros sin embargo o no figuran en el Registro o si constasen en él carecerían por sí mismos de todas las condiciones materiales para servir sin más circunstancias a su operatividad.

En los términos anteriores, resulta posible precisar:

- a) Si la causa de la clasificación proviene de la sentencia que decida y estime la demanda incidental, el título será la sentencia ejecutoria acompañada, en su caso, de mandamiento en el que se hagan constar las circunstancias que señalaremos.

Si procede del informe de la Administración Concursal, el contenido particular del mismo será el título hábil con mención expresa del privilegio reconocido, indicando ser definitiva por no haber sido impugnada judicialmente, acompañada de instancia con los datos acreditativos del nombramiento de los administradores y las firmas legitimadas.

- b) Las circunstancias del título deben ser, cuando menos las siguientes: descripción de las fincas según el Registro, con expresión del titular y la declaración expresa de seguirse respecto del mismo concurso de acreedores con indicación del Juzgado competente y número del mismo; cuantía del crédito y sus accesorios si los hubiera, sin distribución de responsabilidad si recayere sobre varias fincas, fecha del vencimiento y título formal del que dimana, así como la causa legal de la que resulte su condición de crédito garantizado con hipoteca legal, la resolución de la que resulte reconocido como crédito con privilegio especial y su rango si hubiere otros créditos hipotecarios inscritos incorporados al concurso. Por fin, la referencia al título y su fecha, la identificación de quien le expidiera y el carácter definitivo por no estar pendiente recurso alguno contra la resolución que haga el reconocimiento.

3. EL CONTENIDO DEL ASIENTO

En primer lugar, debe decirse que el asiento idóneo para hacer constar el crédito reconocido y calidad debe ser el de inscripción por su carácter permanente y esencial en cuanto revela la existencia de una hipoteca legal, como si se tratara de alguna de las reconocidas expresamente, aunque aquí no se requiera existencia de su constitución expresa.

Pero limitada la inscripción por el objeto del título presentado debe entenderse que ha de quedar reducido a la finalidad objetiva perseguida: la constancia de que el crédito que se garantiza con la finca sobre la que recae tiene la condición de crédito hipotecario bajo la modalidad de una hipoteca legal con la extensión que resulte de la norma de la que dimana. Tal es el objeto único del asiento y al Registrador, en congruencia con el título, no le cabe más función sobreañadida que la propia del propósito del mismo, de acuerdo, además, con el principio de rogación.

Esta limitación del asiento y de la función calificadora encuentra, en cambio, un campo más extenso cuando el Registrador tenga que expedir certificación de dominio y cargas por cualquier causa y en los casos de ejecución hipotecaria.

Al expedirse la certificación el Registrador sí tiene que realizar un juicio del rango de los derechos inscritos, especialmente si hubiera una o varias hipotecas previamente inscritas. En esta oportunidad quizá podría reducirse su intervención, a expensas de lo que resulte del proceso de ejecución, pero consignando como mínimo y como circunstancia fundamental la existencia del crédito garantizado con hipoteca legal cuya constancia resulta del Registro, remitiéndose a la extensión que le corresponda según la Ley de la que dimana, teniendo en cuenta que, por ejemplo, en el caso de la propiedad horizontal el límite del crédito es temporal o en las hipotecas legales tácitas que reconoce la Ley Hipotecaria, mientras que este límite no existe en las obligaciones de urbanizar salvo su expiración a partir de la recepción de la urbanización.

Más delicada es la situación en el caso de ejecución hipotecaria en virtud de una carga precedente, a menos que se haya tenido en cuenta en el mismo, destinando el importe del precio al pago del crédito inscrito y que este sea suficiente. En otro caso o respecto de la parte insatisfecha, la purga cancelatoria de la ejecución para con los asientos posteriores a la nota acreditativa de la expedición de la certificación no permite cancelar el crédito, el cual debe continuar vigente hasta que sea satisfecho en el mismo proceso concursal, de manera voluntaria o en otro proceso.

Tales son, a grandes rasgos, los problemas que obligan a dar cabida en el Registro a los créditos que fueran clasificados con privilegios especiales bajo la modalidad de la hipoteca legal tácita, en particular a los resultantes de los procesos urbanizadores si prevalece en la jurisprudencia esta clasificación.

CONCLUSIÓN

A lo que se llega, según estas notas, es a que los gastos de urbanización y, en particular, los devengados antes de la declaración del concurso, son gastos provenientes de un deber legal que vinculan a los bienes incorporados a un proceso urbanizador como obligaciones *propter rem*.

Traducida esta noción dentro de un proceso concursal, se dan en ella las condiciones propias para su identificación como créditos con privilegio especial fundados en estar garantizados con hipoteca legal tácita.

A partir de tal clasificación el desenvolvimiento registral implica la reordenación de los conceptos tradicionales que parten siempre de la existencia de un derecho inscrito ya que, en este caso, no necesitan de su previa inscripción. Para ello sí que debe haber un momento procesal y registral en el que, reconocido el crédito con tal calidad pase a incorporarse a la publicidad registral y ello aunque no lo necesite en rigor, pero sí como manifestación de la seguridad jurídica.

Con ello se revela que la nueva situación exige la necesaria actualización de los mecanismos precisos para la operatividad de la hipoteca legal tácita en general.

RESUMEN

CONCURSO PRELACIÓN DE CRÉDITOS

En las notas precedentes se atiende a una de las manifestaciones de la realidad social actual más llamativa como es la generada por la crisis económica y su proyección particular en el sector inmobiliario sobre sus promotores en cuyo supuesto es precisa la coordinación entre las decisiones que se adopten para garantía de los deberes impuestos por la Ley en los procesos concursales y el contenido del Registro bajo el modelo de la hipoteca legal tácita por gastos de urbanización.

ABSTRACT

BANKRUPTCY LENDER PRIORITY

One of the most-striking manifestations of today's social reality is that generated by the economic crisis and its particular influence on developers in the real estate sector. Coordination is needed between the decisions taken to ensure discharge of the duties laid down by law in bankruptcy proceedings and the contents of registration records, under the model of the tacit statutory mortgage to secure development expenses.

ACTUALIDAD JURÍDICA

I. Información legislativa

NORMAS ESTATALES

JEFATURA DEL ESTADO

— Ley Orgánica 8/2010. 4-11-2010. Reforma de la Ley Orgánica 5/1985, de 19-6-1985, del Régimen Electoral General, y de la Ley Orgánica 2/1979, de 3-10-1979, del Tribunal Constitucional.

— Ley Orgánica 9/2010. 22-12-2010. Autoriza la ratificación por España del Protocolo por el que se modifica el Protocolo sobre las Disposiciones Transitorias, anejo al Tratado de la UE, al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, firmado en Bruselas el 23-6-2010.

— Ley 37/2010. 15-11-2010. Crea la Oficina Presupuestaria de las Cortes Generales.

— Ley 38/2010. 20-12-2010. Modificación de la Ley 8/1994, por la que se regula la Comisión Mixta para la UE, para reforzar las funciones asignadas a dicha Comisión Mixta.

— Ley 39/2010. 22-12-2010. Presupuestos Generales del Estado para el año 2011.

— Ley 40/2010. 29-12-2010. Almacenamiento geológico de dióxido de carbono.

— Ley 41/2010. 29-12-2010. Protección del medio marino.

— 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.

— Ley 43/2010. 30-12-2010. Servicio postal universal de los derechos de los usuarios y del mercado postal.

— Ley 44/2010. 30-12-2010. Aguas canarias.

— Real Decreto-ley 13/2010. 3-12-2010. Actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo.

— Real Decreto-ley 14/2010. 23-12-2010. Establece medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico.

— Instrumento de Ratificación del Convenio de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal, hecho en Estrasburgo el 25-1-1988.

— Instrumento de Ratificación del Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19-10-1996.

— Instrumento de Ratificación del Convenio relativo a la expedición de certificados de nacionalidad, hecho en Lisboa el 14-9-1999.

— Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25-10-2007.

PRESIDENCIA DEL GOBIERNO

— Real Decreto 1611/2010. 3-12-2010. 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 367/2010. 26-3-2010. Modificación de diversos reglamentos del área de medio ambiente para su adaptación a la Ley 17/2009, de 23-11-2009, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y a la Ley 25/2009, de 22-12-2009, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley de libre acceso a actividades de servicios y su ejercicio.

— Real Decreto 1440/2010. 5-11-2010. Aprueba el Estatuto del Consejo de Seguridad Nuclear.

— Real Decreto 1673/2010. 4-12-2010. Declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo.

— Real Decreto 1717/2010. 17-12-2010. Prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 1673/2010, de 4-12-2010.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

— Acuerdo 28-10-2010. Aprueba el Reglamento 3/2010, sobre reutilización de sentencias y otras resoluciones judiciales.

MINISTERIO DE JUSTICIA

— Real Decreto 1707/2010. 17-12-2010. Establece la separación de Juzgados de Primera Instancia y Juzgados de Instrucción en los partidos judiciales de Inca, Manacor (Illes Balears), Arrecife (Las Palmas) y Arona (Santa Cruz de Tenerife).

— Real Decreto 1735/2010. 23-12-2010. Establece la plantilla orgánica del Ministerio Fiscal para el año 2011.

— Orden 2871/2010. 2-11-2010. Determina los requisitos y condiciones para tramitar por vía telemática las solicitudes de los certificados de antecedentes penales.

— Orden 3185/2010. 9-12-2010. Aprueba los Estatutos-tipo de las Sociedades de Responsabilidad Limitada.

— Orden 3189/2010. 24-11-2010. Modifica la composición del Tribunal Calificador de las Oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, convocadas por Resolución de 13-5-2010.

— Resolución de 12-11-2010. Acuerda la no apertura al público de las diferentes oficinas de los Registros Públicos de Madrid, en el periodo comprendido entre los días 22-11-2010 y 13-12-2010.

— Resolución de 19-11-2010. Convoca concurso para la provisión de Notarías vacantes.

— Resolución de 22-11-2010. Convoca oposición entre notarios.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA

— Real Decreto 1363/2010. 29-10-2010. Regula supuestos de notificaciones y comunicaciones administrativas obligatorias por medios electrónicos en el ámbito de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

— Real Decreto 1591/2010. 26-11-2010. Aprueba la Clasificación Nacional de Ocupaciones 2011.

— Real Decreto 1708/2010. 17-12-2010. Aprueba el Programa Anual 2011 del Plan Estadístico Nacional 2009-2012.

— Real Decreto 1736/2010. 23-12-2010. Modifica el Plan de Contabilidad de las entidades aseguradoras, aprobado por el Real Decreto 1317/2008, de 24-7-2008.

— Real Decreto 1788/2010. 30-12-2010. Modifican los Reglamentos de los Impuestos IRPF, IS y sobre la Renta de no Residentes en materia de rentas en especie, deducción por inversión en vivienda y pagos a cuenta.

— Real Decreto 1789/2010. 30-12-2010. Modifica el Reglamento del IVA y el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación, en relación con el cumplimiento determinadas obligaciones formales.

— Real Decreto 1790/2010. 30-12-2010. Actualización de importes y determinación de pensiones de Clases Pasivas para el año 2011.

— Orden 3061/2010. 22-11-2010. Modifica el modelo 347 de la declaración anual de operaciones con terceras personas aprobado por Orden EHA/3012/2008, de 20-10-2008; el modelo 390 de la declaración-resumen anual del IVA, aprobado por Orden EHA/3111/2009, de 5-11-2009, y el modelo 190 para la declaración del resumen anual de retenciones e ingresos a cuenta del IRPF sobre rendimientos del trabajo y de actividades económicas, premios y determinadas ganancias patrimoniales e imputaciones de renta aprobado por Orden EHA/3127/2009, de 10-11-2009.

— Orden 3062/2010. 22-11-2010. Modifica las formas de presentación de las declaraciones informativas y resúmenes anuales de carácter tributario correspondientes a los modelos 038, 156, 159, 170, 171, 180, 181, 182, 183, 184, 187, 188, 189, 190, 192, 193, 194, 195, 196, 198, 199, 291, 296, 299, 340, 345, 346, 347, 349, 611 y 616 y por la que se modifica la Orden EHA/1658/2009, de 12-6-2009, por la que se establece el procedimiento y las condiciones para la domiciliación del pago de determinadas deudas cuya gestión tiene atribuida la AEAT.

— Orden 3063/2010. 25-11-2010, por la que se desarrollan para el año 2011 el método de estimación objetiva del IRPF y el régimen especial simplificado del IVA.

— Orden 3302/2010. 16-12-2010. Modifican los diseños físicos y lógicos del modelo 193, aprobado por Orden 18-11-1999; del modelo 187, aprobado por Orden 15-12-1999; del modelo 291, aprobado por Orden 3202/2008, de 31-10-2008; del modelo 196, aprobado por Orden 3300/2008, de 7-11-2008, y del modelo 171, aprobado por Orden 98/2010, de 25-1-2010.

— Orden 3316/2010. 17-12-2010. Aprueba los modelos de autoliquidación 210, 211 y 213 del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, que deben utilizarse para declarar las rentas obtenidas sin mediación de establecimiento permanente, la retención practicada en la adquisición de bienes inmuebles a no residentes sin establecimiento permanente y el gravamen especial sobre bienes inmuebles de entidades no residentes, y se establecen las condiciones generales y el procedimiento para su presentación y otras normas referentes a la tributación de no residentes.

— Orden 3334/2010. 16-12-2010. Aprueban los precios medios de venta aplicables en la gestión del ITP y AJD, IS y D. e Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte.

— Orden 3362/2010. 23-12-2010. Aprueban las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las empresas concesionarias de infraestructuras públicas.

— Orden 3384/2010. 17-12-2010. Fija umbrales relativos a las estadísticas de intercambios de bienes entre Estados miembros de la UE para el año 2011.

— Orden 3385/2010. 23-12-2010. Aprueba el modelo 500 de documento de acompañamiento, y el modelo 501 de documento de acompañamiento de emergencia, y se dictan normas para su cumplimentación.

— Resolución de 2-11-2010. Modifica la Resolución de 21-9-2004, por la que se establece la estructura y organización territorial de la AT, y la Resolución de 21-3-2006, por la que se establece el ámbito territorial de las Administraciones de la AT.

— Resolución de 1-12-2010. Publica el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se establecen especificaciones para la aplicación de los Capítulos IV y V del Reglamento (UE), número 961/2010 del Consejo, de 25-10-2010, relativo a medidas restrictivas contra Irán y por el que se deroga el Reglamento (CE), número 423/2007.

— Resolución de 28-12-2010. Publica el tipo legal de interés y la demora aplicable a las operaciones comerciales durante el primer semestre natural del año 2011.

COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES

— Circular 4/2010. 14-10-2010. Modifica la Circular 2/2009, de 25-3-2009, sobre normas contables, cuentas anuales, estados financieros públicos y estados reservados de información estadística de los Fondos de Titulización.

— Circular 5/2010. 18-11-2010. Información que debe remitir el adquirente potencial en la notificación a la que se refiere el artículo 69.4 de la Ley 24/1988, de 28-7-1988, del Mercado de Valores, y el artículo 45.3 de la Ley 35/2003, de 4-11-2003, de Instituciones de Inversión Colectiva, para la evaluación cautelar de las adquisiciones de participaciones significativas y de los incrementos de participaciones en empresas de servicios de inversión y en sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva.

BANCO DE ESPAÑA

— Circular 7/2010. 30-11-2010. A entidades de crédito, sobre desarrollo de determinados aspectos del mercado hipotecario.

— Circular 8/2010. 22-12-2010. A entidades de crédito, de modificación de la Circular 4/2004, de 22-12-2010, sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros.

— Circular 9/2010. 22-12-2010. A entidades de crédito, de modificación de la Circular 3/2008, de 22-5-2008, a las entidades de crédito, sobre determinación y control de los recursos propios mínimos.

— Resolución de 2-11-2010. Hace públicos determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución de 17-11-2010. Mensualmente se publican determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución de 1-12-2010. Publica determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución de 17-12-2010. Hace públicos determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN

— Real Decreto 1613/2010. 7-12-2010. Crea y regula el Consejo de la representatividad de las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos en el ámbito estatal y se establece la composición y régimen de funcionamiento y organización del Consejo del Trabajo Autónomo.

— Real Decreto 1794/2010. 30-12-2010. Revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2011.

— Real Decreto 1795/2010. 30-12-2010. Fija el salario mínimo interprofesional para 2011.

— Real Decreto 1796/2010. 30-12-2010. Regulan las agencias de colocación.

— Resolución de 5-11-2010. Dicta instrucciones a las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social en relación con la aplicación del artículo 32 de la Ley 31/1995, de 8-11-1995, de Prevención de Riesgos Laborales, en la redacción dada por la Disposición Final sexta de la Ley 32/2010, de 5 de agosto.

— Resolución de 24-11-2010. Corrige error de la Resolución de 7-10-2010, por la que se publica la relación de fiestas laborales para el año 2011.

— Corrección de errores. Real Decreto 713/2010. 28-5-2010. Registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo.

— Corrección de errores. Orden 2504/2010. 20-9-2010. Se desarrolla el Real Decreto 39/1997, de 17-1-1997, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, en lo referido a la acreditación de entidades especializadas como servicios de prevención, memoria de actividades preventivas y autorización para realizar la actividad de auditoría del sistema de prevención de las empresas.

MINISTERIO DE POLÍTICA TERRITORIAL Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

— Real Decreto 1366/2010. 29-10-2010. Aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

— Real Decreto 1443/2010. 5-11-2010. Desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino.

— Resolución de 29-11-2010. Actualiza los modelos de partes previstos en los Anexos de la Orden PRE/1744/2010, de 30-6-2010, por la que se regula el procedimiento de reconocimiento, control y seguimiento de las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado.

— Resolución de 9-12-2010. Establece el calendario de días inhábiles en el ámbito de la Administración General del Estado para el año 2011, a efectos de cómputo de plazo.

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN

— Acuerdo entre el Reino de España y el Principado de Andorra para el intercambio de información en materia fiscal, hecho en Madrid el 14-1-2010.

— Convenio entre el Reino de España y Bosnia y Herzegovina para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio, hecho en Sarajevo el 5-2-2008.

MINISTERIO DE FOMENTO

— Real Decreto 1435/2010. 5-11-2010. Regula el abanderamiento y matriculación de las embarcaciones de recreo en las listas sexta y séptima del registro de matrícula de buques.

— Real Decreto 1593/2010. 26-11-2010. Modifica el Real Decreto 210/2004, de 6-2-2004, por el que se establece un sistema de seguimiento y de información sobre el tráfico marítimo.

— Real Decreto 1713/2010. 17-12-2010. Modifica el Real Decreto 2066/2008, de 12-12-2008, por el que se regula el Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN

— Corrección de errores. Real Decreto 860/2010. 2-7-2010. Regula las condiciones de formación inicial del profesorado de los centros privados para

ejercer la docencia en las enseñanzas de educación secundaria obligatoria o de bachillerato.

MINISTERIO DE CIENCIA E INNOVACIÓN

— Real Decreto 1527/2010. 15-11-2010. Regula la Comisión de Garantías para la Donación y Utilización de Células y Tejidos Humanos y el Registro de Proyectos de Investigación.

MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO

— Real Decreto 1565/2010. 19-11-2010. Regula y modifica determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial.

— Corrección de errores. Real Decreto 1565/2010. 19-11-2010. Regula y modifica determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial.

— Real Decreto 1614/2010. 7-12-2010. Regula y modifica determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica a partir de tecnologías solar termoelectrica y eólica.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

— Cuestión de inconstitucionalidad número 5.755-2010, en relación con el artículo 92.8 del Código Civil, en la redacción dada por la Ley 15/2005, de 8-7-2005.

— Cuestión de inconstitucionalidad número 6.817-2010, en relación con el artículo 92.8 del Código Civil.

— Recurso de inconstitucionalidad número 7.686-2010, en relación con diversos preceptos del Decreto-ley de Andalucía 5/2010, de 27-7-2010, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de reordenación del sector público.

— Recurso de inconstitucionalidad número 7.722-2010, en relación con el artículo 1 de la Ley de Cataluña 28/2010, de 3-8-2010, de modificación del artículo 6 del TR de la Ley de protección de los animales.

TRIBUNAL SUPREMO

— STS de 1-6-2010. Anula varias expresiones de los artículos 2, 3, 4, 9 y 18 y Disposición Final tercera del Real Decreto 240/2007, de 16-2-2007,

sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la UE y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

— STS de 16-6-2010. Sala Tercera del TS. Anula el inciso «más representativas» del artículo 5, letra *c*) del Real Decreto 1469/2008, de 5-9-2008.

— STS de 28-9-2010. Anula, por no ser conformes a derecho, la excepción a la regla general de la reserva funcionarial dispuesta en la Disposición Adicional tercera del citado Real Decreto 1130/2008, de 4-7-2008, para la Dirección General del Medio Natural y Política Forestal, la Dirección General de Desarrollo Sostenible del Medio Rural, la Dirección General del Agua y la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar.

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

ANDALUCÍA

— Ley 10/2010. 15-11-2010. Relativa a medidas para la asistencia y atención a las víctimas del terrorismo de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

— Ley 11/2010. 3-12-2010. Medidas fiscales para la reducción del déficit público y para la sostenibilidad.

— Ley 12/2010. 27-12-2010. Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2011.

— Real Decreto 1365/2010. 29-10-2010. Ampliación de los medios económicos adscritos a los servicios traspasados por el Real Decreto 467/2003, de 25-4-2003, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía de la gestión realizada por el INE, en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación.

— Real Decreto 1516/2010. 5-11-2010. Nombra Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, a don Lorenzo Jesús del Río Fernández.

— Decreto-ley 6/2010. 23-11-2010. Medidas complementarias del Decreto-ley 5/2010, de 27-7-2010, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de reordenación del sector público.

— Decreto-ley 7/2010. 28-12-2010. Medidas para potenciar inversiones empresariales de interés estratégico para Andalucía y de simplificación, agilización administrativa y mejora de la regulación de actividades económicas en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

— Decreto 407/2010. 16-11-2010. Establece la estructura orgánica de la Consejería de Obras Públicas y Vivienda.

— Decreto 438/2010. 14-12-2010. Modifica el Decreto 23/2009, de 27-1-2009, por el que se establece el marco regulador de las ayudas a favor del

medio ambiente y del desarrollo energético sostenible que se concedan por la Administración de la Junta de Andalucía.

— Decreto 454/2010. 28-12-2010. Establece ayudas sociales de carácter extraordinario a favor de las personas perceptoras de las pensiones del Fondo de Asistencia Social y de las beneficiarias del Subsidio de Garantía de Ingresos Mínimos.

— Decreto 455/2010. 28-12-2010. Establece ayudas sociales de carácter extraordinario a favor de pensionistas por jubilación e invalidez en sus modalidades no contributivas.

— Corrección de errores. Orden 13-9-2010. Modifica la Orden de 23-5-2008, por la que se crea el Registro de Empresas Acreditadas como Contratistas o Subcontratistas del Sector de la Construcción de la Comunidad Autónoma de Andalucía y se aprueban nuevos modelos de solicitudes de inscripción y de renovación, de comunicación de variación de datos, de cancelación de la inscripción y de certificados de inscripción en este registro.

ARAGÓN

— Ley 7/2010. 18-11-2010. Protección contra la contaminación acústica de Aragón.

— Ley 9/2010. 16-12-2010. Modifica la Ley 23/2003, de 23-12-2003, de creación del Instituto Aragonés de Gestión Ambiental.

— Decreto 212/2010. 30-11-2010. Crea el Registro de Centros Especiales de Empleo de la Comunidad Autónoma de Aragón.

— Decreto 214/2010. 30-11-2010. Modifica el Decreto 197/2009, de 17-11-2009, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 4/1999, de 25-3-1999, de Ordenación Farmacéutica, en materia de Oficinas de Farmacia y Botiquines y determinados preceptos y el anexo de aquel Reglamento.

— Decreto 218/2010. 30-11-2010. Aprueba el Reglamento de la Comisión del Agua y del Procedimiento para la formación de las Bases de la Política del Agua en Aragón.

ASTURIAS

— Ley 6/2010. 29-10-2010. Primera modificación de la Ley 3/2004, de 23-11-2004, de Montes y Ordenación Forestal.

— Ley 7/2010. 29-10-2010. Tercera modificación de la Ley 3/2001, de 4 de mayo, de Juego y Apuestas.

— Ley 8/2010. 19-11-2010. Modificación de la Ley 1/2001, 6-3-2001, de Patrimonio Cultural.

- Ley 9/2010. 17-12-2010. Comercio Interior.
- Ley 10/2010. 17-12-2010. Tercera modificación de la Ley 7/2001, de 22-6-2001, de Turismo.
- Ley 11/2010. 17-12-2010. Cuarta modificación de la Ley 2/2000, de 23-6-2000, de Cajas de Ahorro.
- Ley 12/2010. 28-12-2010. Presupuestos Generales para 2011.
- Ley 13/2010. 28-12-2010. Medidas Presupuestarias y Tributarias de acompañamiento a los Presupuestos Generales para 2011.
- Ley 14/2010. 28-12-2010. Octava modificación de la Ley 3/1985, de 26-12-1985, de Ordenación de la Función Pública.
- Real Decreto 1709/2010. 17-12-2010. Modifica el Real Decreto 163/2008, de 8-2-2008, por el que se delimita la zona de promoción económica del Principado de Asturias.
- Real Decreto 1741/2010. 23-12-2010. Ampliación de las funciones y servicios de la Administración del Estado traspasados a la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias en materia de conservación de la naturaleza (Parque Nacional de los Picos de Europa).
- Decreto 148/2010. 15-12-2010. Establece los 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, durante el ejercicio 2011.

BALEARES

- Ley 11/2010. 2-11-2010. Ordenación del transporte marítimo de las Illes Balears.
- Ley 12/2010. 12-11-2010. Modificación de diversas Leyes para la trasposición en las Illes Balears de la Directiva 2006/123/CE, de 12-12-2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior.
- Ley 13/2010. 9-12-2010. Publicidad institucional de las Illes Balears.
- Ley 14/2010. 9-12-2010. Mediación familiar de las Illes Balears.
- Decreto 123/2010. 17-12-2010. Modificación del Decreto 32/2006, de 31-3-2006, por el cual se regula el Instituto Balear de la Juventud, modificado por el Decreto 77/2008, de 4-7-2008.
- Decreto 124/2010. 23-12-2010. Regula la Comisión de Secretarios Generales del Gobierno de las Illes Balears.
- Decreto 125/2010. 23-12-2010. Principios generales para la concesión de las ayudas económicas de pago único recogidas en el artículo 27 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28-12-2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

— Decreto 126/2010. 23-12-2010. Regula la Comisión Superior de Sistemas de Información en Tecnología y Comunicaciones y la adquisición, la alienación, el arrendamiento y el mantenimiento de bienes y servicios de los sistemas de información.

CANARIAS

— Ley 11/2010. 30-12-2010. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2011.

— Ley 44/2010. 30-12-2010. Aguas Canarias.

— Real Decreto 1743/2010. 23-12-2010. Ampliación de los medios económicos adscritos a los servicios traspasados a la Comunidad Autónoma de Canarias por el Real Decreto 1550/2009, de 9-10-2009, en materia de conservación de la naturaleza (Parques Nacionales de Teide, Timanfaya, Caldera de Taburiente y Garajonay).

— Orden 8-11-2010. Modifica la Orden de 7-6-2010, que modifica la Orden de 24-9-2009, que regula el régimen de inscripción, funcionamiento y estructura del Registro Público de Demandantes de Vivienda Protegida de Canarias.

— Orden 22-11-2010. Determina las fiestas locales propias de cada municipio de la Comunidad Autónoma de Canarias para el año 2011.

CANTABRIA

— Ley 8/2010. 23-12-2010. Garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia.

— Ley 10/2010. 23-12-2010. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Cantabria para el año 2011.

— Ley 11/2010. 23-12-2010. Medidas Fiscales y de Contenido Financiero.

— Real Decreto 1740/2010. 23-12-2010. Ampliación de las funciones y servicios de la Administración del Estado traspasados a la Comunidad Autónoma de Cantabria, en materia de conservación de la naturaleza (Parque Nacional de los Picos de Europa).

— Decreto 85/2010. 25-11-2010. Regula el funcionamiento del Carné Joven de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

— Decreto 91/2010. 23-12-2010. Modifica el Decreto 65/2008, de 3-7-2008, por el que se crea el registro de empresas acreditadas como contratistas o subcontratistas del sector de la construcción de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

CASTILLA-LA MANCHA

- Ley 11/2010. 4-11-2010. Cooperativas de Castilla-La Mancha.
- Ley 14/2010. 16-12-2010. Servicios Sociales de Castilla-La Mancha.
- Ley 15/2010. 16-12-2010. Modifica la Ley 4/1985, de Designación de Senadores en representación de Castilla-La Mancha, en relación a las retribuciones a percibir.
- Ley 16/2010. 22-12-2010. Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el año 2011.
- Ley 17/2010. 29-12-2010. Familias Numerosas de Castilla-La Mancha y de la Maternidad.
- Ley 18/2010. 29-12-2010. Aprueba la escala autonómica del IRPF.
- Decreto 235/2010. 30-11-2010. Regulación de competencias y de fomento de la transparencia en la actividad urbanística de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.
- Resolución de 3-11-2010. Determina el calendario de días inhábiles a efectos de cómputo de plazos en el año 2011, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

CASTILLA Y LEÓN

- Ley 11/2010. 11-10-2010. Creación del Colegio Profesional de Terapeutas Ocupacionales de Castilla y León.
- Ley 12/2010. 28-10-2010. Modifica la Ley 3/2003, de 28-3-2003, de Universidades de Castilla y León.
- Ley 13/2010. 9-12-2010. Contra la Violencia de Género en Castilla y León.
- Ley 14/2010. 9-12-2010. Turismo de Castilla y León.
- Ley 15/2010. 10-12-2010. Prevención de la Contaminación Lumínica y del Fomento del Ahorro y Eficiencia Energéticos Derivados de Instalaciones de Iluminación.
- Ley 16/2010. 20-12-2010. Servicios Sociales de Castilla y León.
- Ley 17/2010. 20-12-2010. Modificación de la Ley 1/1991, de 14-3-1991, por la que se crea y regula la Comarca de El Bierzo.
- Ley 18/2010. 20-12-2010. Declaración del Parque Natural «Sierra Norte de Guadarrama» (Segovia y Ávila).
- Ley 19/2010. 22-12-2010. Medidas Financieras y de Creación del Ente Público Agencia de Innovación y Financiación Empresarial de Castilla y León.
- Ley 20/2010. 28-12-2010. Presupuestos Generales de la Comunidad de Castilla y León para 2011.
- Real Decreto 1742/2010. 23-12-2010. Ampliación de las funciones y servicios de la Administración del Estado traspasados a la Comunidad de

Castilla-León, en materia de conservación de la naturaleza (Parque Nacional de los Picos de Europa).

— Decreto 54/2010. 2-12-2010. Regula el procedimiento para el reconocimiento previo de actuaciones de rehabilitación incluidas en planes de rehabilitación de vivienda a efectos de la deducción por inversión en instalaciones de recursos energéticos renovables y de ahorro de agua en la vivienda habitual y para la aplicación de tal deducción.

— Orden 1480/2010. 20-10-2010. 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 1481/2010. 14-10-2010. 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 1534/2010. 22-10-2010. 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 1548/2010. 26-10-2010. 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 1574/2010. 5-11-2010. 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 1575/2010. 5-11-2010. 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 1619/2010. 20-10-2010. 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 1622/2010. 18-11-2010. 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 1764/2010. 17-12-2010. 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 1765/2010. 17-12-2010. 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 1766/2010. 13-12-2010. 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 1769/2010. 20-12-2010. 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.

CATALUÑA

— Ley 35/2010. 1-10-2010. Del occitano aranés de Arán.

— Real Decreto 1599/2010. 26-11-2010. Ampliación de medios patrimoniales adscritos a los servicios traspasados a la Generalitat de Cataluña por los Reales Decretos 1950/1980, de 31-7-1980, y 1555/1994, de 8-7-1994, en materia de Conservación de la Naturaleza.

— Real Decreto 1776/2010. 24-12-2010. Declara el cese de don José Montilla Aguilera como Presidente de la Generalitat de Cataluña.

— Real Decreto 1777/2010. 24-12-2010. Nombra Presidente de la Generalitat de Cataluña a don Artur Mas i Gavarró.

— Decreto 200/2010. 27-12-2010. Creación, denominación y determinación del ámbito de competencia de los departamentos de la Administración de la Generalitat de Cataluña.

— Resolución 3866/2010. 19-11-2010. Anuncia concurso para la provisión de Notarías vacantes.

— Resolución 19-11-2010. Convoca concurso para la provisión de Notarías vacantes.

EXTREMADURA

— Ley 10/2010. 16-11-2010. Ciencia, la Tecnología y la Innovación de Extremadura.

— Ley 11/2010. 16-11-2010. De Pesca y Acuicultura de Extremadura.

— Ley 12/2010. 16-11-2010. De impulso al nacimiento y consolidación de empresas en la Comunidad Autónoma de Extremadura.

— Ley 13/2010. 24-11-2010. Consejo de la Juventud de Extremadura.

— Ley 14/2010. 9-12-2010. Caza de Extremadura.

— Ley 15/2010. 9-12-2010. Responsabilidad social y empresarial en Extremadura.

— Ley 16/2010. 21-12-2010. Actuación integral en zonas de atención especial de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

— Ley 17/2010. 22-12-2010. Mancomunidades y entidades locales menores de Extremadura.

— Ley 18/2010. 28-12-2010. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Extremadura para 2011.

— Ley 19/2010. 28-12-2010. Medidas tributarias y administrativas de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

— Ley 20/2010. 28-12-2010. Concentración empresarial pública en la Comunidad Autónoma de Extremadura.

— Real Decreto 1744/2010. 23-12-2010. Ampliación de los medios patrimoniales adscritos a los servicios traspasados por la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Extremadura por el Real Decreto 1594/1984, de 8-2-1984, en materia de conservación de la naturaleza.

— Real Decreto 1745/2010, 23-12-2010. Ampliación de los medios patrimoniales traspasados a la Comunidad Autónoma de Extremadura por varios Reales Decretos de traspasos de funciones y servicios.

— Real Decreto 1746/2010. 23-12-2010. Ampliación de los medios económicos adscritos a los servicios traspasados a la Comunidad Autónoma de Extremadura por el Real Decreto 2024/1997, de 26-12-1997, en materia de gestión de la formación profesional para el empleo.

— Decreto 190/2010. 1-10-2010. Modifica el Decreto 65/2003, de 8-5-2003, por el que se aprueban los Estatutos de la Universidad de Extremadura.

— Decreto 207/2010. 12-11-2010. Modifica el Decreto 131/2007, de 22-5-2007, por el que se aprueba el Reglamento del Juego del Bingo de la Comunidad Autónoma de Extremadura y otras normas sobre el juego.

— Decreto 208/2010. 12-11-2010. Se introducen nuevas medidas y se modifica el Plan de Vivienda, Rehabilitación y Suelo de Extremadura 2009-2012, aprobado por Decreto 114/2009, de 21-5-2009.

— Orden 7-12-2010, por la que se prorroga al ejercicio 2011 la aplicación de los precios medios en el mercado para estimar el valor real determinados bienes rústicos radicados en la Comunidad Autónoma de Extremadura, a efectos de la liquidación de los hechos imponible de los impuestos ITP y AJD e IS y D.

— Orden 7-12-2010. Aprueban los coeficientes aplicables al valor catastral para estimar el valor real determinados bienes inmuebles urbanos, radicados en la Comunidad Autónoma de Extremadura, a efectos de la liquidación de los hechos imponible de los impuestos ITP y AJD e IS y D, que se devenguen en el año 2011, se establecen las reglas para la aplicación de los mismos y se publica la metodología para su obtención.

GALICIA

— Ley 8/2010. 29-10-2010. Medidas tributarias en el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados para la reactivación del mercado de viviendas, su rehabilitación y financiación, y otras medidas tributarias.

— Ley 9/2010. 4-11-2010. Aguas de Galicia.

— Ley 10/2010. 11-11-2010. Modificación de la Ley 2/2004, de 21-4-2004, por la que se crea el Servicio de Guardacostas de Galicia.

— Ley 13/2010. 17-12-2010. Comercio interior de Galicia.

— Ley 14/2010. 27-12-2010. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2011.

— Ley 15/2010. 28-12-2010. Medidas fiscales y administrativas.

— Decreto 196/2010. 25-11-2010. Aprueba la planificación de las autorizaciones de explotación de máquinas de tipo B en la Comunidad Autónoma de Galicia.

— Decreto 198/2010. 2-12-2010. Regula el desarrollo de la Administración electrónica en la Xunta de Galicia y en las entidades de ella dependientes.

— Orden 27-10-2010. Se incorpora un nuevo procedimiento al Registro Telemático de la Xunta de Galicia, regulado por el Decreto 164/2005, de 16-6-2005.

— Orden 28-10-2010. Se incorpora un nuevo procedimiento al Registro Telemático de la Xunta de Galicia, regulado por el Decreto 164/2005, de 16-6-2005.

— Orden 25-11-2010. Incorpora un nuevo procedimiento al Registro Telemático de la Xunta de Galicia, regulado por el Decreto 164/2005, de 16-6-2005.

— Orden 2-12-2010. Incorpora un nuevo procedimiento al Registro Telemático de la Xunta de Galicia, regulado por el Decreto 164/2005, de 16-6-2005.

— Orden 3-12-2010. Incorpora tres nuevos procedimientos al Registro Telemático de la Xunta de Galicia, regulado por el Decreto 164/2005, de 16-6-2005 (DOG 15-12-2010).

— Orden 3-12-2010. Incorpora un nuevo procedimiento al Registro Telemático de la Xunta de Galicia, regulado por el Decreto 164/2005, de 16-6-2005 (DOG 17-12-2010).

— Orden 16-12-2010. Incorpora dos nuevos procedimientos al Registro Telemático de la Xunta de Galicia, regulado por el Decreto 164/2005, de 16-6-2005.

— Resolución de 22-12-2010. Actualiza los anexos V, VI y VII de la Orden de 30-6-1992, de la Consellería de Economía y Hacienda, por la que se aprueba el modelo de autoliquidación de las tasas de la Comunidad Autónoma de Galicia y se establece la utilización de efectos timbrados para el pago de las tasas por servicios administrativos de compulsa de documentos y de bastanteo de poderes y documentos acreditativos de legitimación.

LA RIOJA

— Ley 9/2010. 16-12-2010. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de La Rioja para el año 2011.

— Ley 10/2010. 16-12-2010. Medidas Fiscales y Administrativas para el año 2011.

— 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 51/2010. 12-11-2010. Regula el Consejo Riojano de Servicios Sociales.

— Decreto 53/2010. 19-11-2010. Modifica el Decreto 22/2009, de 8-5-2009, por el que se aprueba el Plan de Vivienda de La Rioja 2009-2012.

MADRID

— Decreto 89/2010. 23-12-2010. Adecuación de la estructura de la Comunidad de Madrid a las medidas de racionalización del Sector Público autonómico.

— Corrección de errores. Decreto-ley 1/2010. 21-10-2010. Aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales de la Comunidad de Madrid en materia de tributos cedidos por el Estado.

MURCIA

— Ley 2/2010. 27-12-2010. Adapta la escala autonómica del IRPF al nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas.

— Ley 3/2010. 27-12-2010. Modificación de la regulación de algunos de los tributos propios de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

— Ley 4/2010. 27-12-2010. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2011.

— Ley 5/2010. 27-12-2010. Medidas extraordinarias para la sostenibilidad de las finanzas públicas.

— Real Decreto 1710/2010. 17-12-2010. Modifica el Real Decreto 165/2008, de 8-2-2008, por el que se delimita la zona de promoción económica de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

— Decreto 306/2010. 3-12-2010. Establece la intensidad de protección de los servicios, la cuantía de las prestaciones económicas, las condiciones de acceso y el régimen de compatibilidad de las prestaciones del sistema para la autonomía y atención a la dependencia en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

NAVARRA

— Ley Foral 16/2010. 8-11-2010. Crea el registro de profesionales en relación con la interrupción voluntaria del embarazo.

— Ley Foral 17/2010. 8-11-2010. Derechos y deberes de las personas en materia de salud en la Comunidad Foral de Navarra.

— Ley Foral 18/2010. 8-11-2010. Modifica la Ley Foral 15/2005, de 5-12-2005, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia.

— Ley Foral 19/2010. 23-11-2010. Aprueba el Plan de Estadística de Navarra 2011-2016 y se modifica la Ley Foral 11/1997, de 27-6-1997, de Estadística de Navarra.

— Ley Foral 20/2010. 13-12-2010. Crea la entidad pública denominada Banco de Sangre y Tejidos de la Comunidad Foral de Navarra (BSTN) y se establece la organización de la Red Transfusional y de Células y Tejidos Humanos en Navarra (RTCTHN).

— Ley Foral 21/2010. 13-12-2010. Salud Mental de Navarra por la que se establece la estructura orgánica de la Dirección de Salud Mental del Servicio Navarro de Salud- Osasunbidea.

— Ley Foral 22/2010. 28-12-2010. Presupuestos Generales de Navarra para el año 2011.

— Ley Foral 23/2010. 28-12-2010. Modificación de diversos impuestos y otras medidas tributarias.

— Decreto Foral 66/2010. 29-10-2010. Regula la Orientación Educativa y Profesional en los centros educativos de la Comunidad Foral de Navarra.

— Decreto Foral 67/2010. 29-10-2010. Reordena las competencias en materia de laboratorios de ensayos para el control de calidad de la edificación.

— Decreto Foral 69/2010. 8-11-2010. Regula la declaración anual de operaciones con terceras personas y por el que se modifican otras normas con contenido tributario.

— Decreto Foral 72/2010. 15-11-2010. Modifica el Reglamento de Máquinas de Juego, aprobado por Decreto Foral 181/1990, de 31-7-1990, y el Decreto Foral 270/1999, de 30-8-1999, que regula los salones de juego, y se regulan las características y condiciones de instalación de las máquinas de juego en la Comunidad Foral de Navarra.

— Decreto Foral 73/2010. 15-11-2010. Aprueba el Reglamento de Bingos de Navarra.

— Decreto Foral 83/2010. 27-12-2010. Declara los días inhábiles en el ámbito de la Comunidad Foral de Navarra a efectos de cómputo de plazos para el año 2011.

— Orden Foral 782/2010. 20-12-2010. Aprueba el calendario laboral del año 2011 para el personal al servicio de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus organismos autónomos.

PAÍS VASCO

— Ley 4/2010. 21-10-2010. Plan Vasco de Estadística 2010-2012.

— Ley 5/2010. 23-12-2010. Aprueba los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011.

— Ley 6/2010. 23-12-2010. Publicidad y Comunicación Institucional de Euskadi.

— Orden 8-10-2010. Se procede al nombramiento de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, en resolución de concurso ordinario de vacantes existentes en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

— Orden 3-11-2010. Determina los precios máximos de las viviendas de protección oficial.

VALENCIA

— Ley 13/2010. 23-11-2010. Protección Civil y Gestión de Emergencias.

— Ley 14/2010. 3-12-2010. Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos.

— Ley 15/2010. 3-12-2010. Autoridad del Profesorado.

— Decreto 206/2010. 3-12-2010. Modifica los decretos reguladores del alojamiento turístico en la Comunidad Valenciana.

— Orden 41/2010. 30-11-2010. Aprueba el calendario de fiestas locales, retribuidas y no recuperables en el ámbito de la Comunidad Valenciana para el año 2011.

II. Información de actividades

ARAGÓN

Los días 4 y 5 de noviembre, organizadas por la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación y «El Justicia de Aragón», tuvieron lugar las JORNADAS SOBRE LA CASACIÓN CIVIL FORAL ARAGONESA, con arreglo al siguiente programa:

Inauguración de las Jornadas

Presentación: a cargo del Excmo. Señor don Fernando GARCÍA VICENTE, Justicia de Aragón.

Introducción: *La selección de asuntos; una labor configuradora de la casación foral aragonesa*. Ponente: don Ángel BONET NAVARRO, Catedrático de Derecho Procesal, Universidad de Zaragoza.

Ponencias:

- «El Tribunal Superior de Justicia de Aragón». Ponente: Don Fernando ZUBIRI DE SALINAS, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.
- «La casación foral aragonesa». Ponente: Doña María del Carmen SAMANES ARA, Magistrada de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.
- «Los motivos de apertura del recurso de casación». Ponente: Don Julio Javier MUERZA ESPARZA, Catedrático de Derecho Procesal, Universidad de Navarra.
- «El motivo de impugnación en el recurso de casación foral». Ponente: Don Juan Francisco HERRERO PEREZAGUA, Profesor Titular de Derecho Procesal, Universidad de Zaragoza.
- «La jurisprudencia foral». Ponente: Doña María Ángeles PARRA LUCÁN, Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza.
- «Análisis comparativo de la casación aragonesa con otras casaciones forales». Ponente: Don Francisco Javier HERNÁNDEZ URZAINQUI,

Magistrado de la Sala Civil y Penal, Tribunal Superior de Justicia de Navarra.

- «La experiencia práctica casacional aragonesa». Mesa redonda. Participantes: Don Ignacio MARTÍNEZ LASSIERRA, Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal, Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y don Javier SANCHO-ARROYO Y LÓPEZ-RIOBOO, Abogado, Colegio de Abogados de Zaragoza.

* * *

Los días 4 y 5 de noviembre tuvieron lugar las JORNADAS organizadas por el Colegio Oficial de Graduados Sociales, con el siguiente programa:

Inauguración: a cargo del Ilmo. Presidente del Colegio Oficial de Graduados Sociales de Zaragoza, el Excmo. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y el Excmo. Presidente del Consejo General de Colegios Oficiales de Graduados Sociales de España.

Ponencias:

- «Ley 17/200, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Incidencia a los Colegios Profesionales y colegiados». Ponente: Excmo. Señor don Javier SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, Presidente del Consejo General de Colegios Oficiales de Graduados Sociales de España. Moderador: Ilmo. Señor don Arturo SANCHO BERNAL, Presidente del Colegio Oficial de Graduados Sociales de Zaragoza.
- «Actuaciones delictivas contra los derechos de los trabajadores». Ponente: Ilmo. Señor don Rafael SOTERAS ESCARTÍN, Fiscal Titular de los Juzgados de Instrucción y Penal de Zaragoza. Moderador: Don Emilio SIERRA BUISÁN, Vicepresidente 2.º del Colegio de Graduados Sociales de Zaragoza.
- «Mesa debate sobre aspectos técnicos de la Reforma Laboral». Ponentes: Organizaciones Sindicales y Patronales. Moderador: Don Héctor MUÑOZ SANZ, Vocal del Colegio de Graduados Sociales de Zaragoza.
- «Posibilidad del empresario de retractarse del reconocimiento de improcedencia del despido con ofrecimiento de indemnización y plantear en el acto de juicio la procedencia del despido». Ponente: Ilmo. Señor don César DE TOMÁS FANJUL, Magistrado Juez del Juzgado de lo Social, número 2 de Zaragoza. Moderadora: Doña M.ª Pilar LA CHICA SANTOS, Tesorera del Colegio de Graduados Sociales de Zaragoza.
- «Novedades en materia de acción protectora de la Seguridad Social». Ponente: Don Joaquín MUR TORRES, Director Provincial del INSS de Zaragoza.

- «Aplicación informática TESOL». Ponente: Doña Carmen SEBASTIÁN MODREGO, coordinadora de CAISS. Moderador: Don Guillermo ANDALUZ CARNICER, Vicepresidente 1.º del Colegio de Graduados Sociales de Zaragoza.

Clausura de las Jornadas por el Ilmo. Presidente del Colegio Oficial de Graduados Sociales de Zaragoza y por el Ilmo. Presidente de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

* * *

Los días 4, 18 y 25 de noviembre, organizadas por el Gobierno de Aragón, dentro del Programa Empresa, tuvieron lugar, en la provincia de Huesca, las CONFERENCIAS SOBRE *LA REFORMA LABORAL, LA LEY DE MOROSIDAD, COBROS Y PAGOS Y TIPO REDUCIDO DEL IVA*.

Ponentes: Don José María CETINA JOVÉ, Asesor fiscal de la Confederación Empresarial de la Provincia de Huesca desde 1985; don Ramón CISNEROS y don Ángel MORENO, responsables del Departamento Laboral del Despacho Garrigues en Zaragoza.

* * *

El día 8 de noviembre, la Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios, en colaboración con el Instituto de Derecho Público de Barcelona, organizó el I OBSERVATORIO *NOVEDADES DEL FEDERALISMO EN EUROPA*, con el siguiente programa:

Inauguración: a cargo de don Francisco PINA CUENCA, Presidente de las Cortes de Aragón; don José TUDELA ARANDA, Secretario General de la Fundación Manuel Giménez Abad; Joan VINTRÒ I CASTELLS, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Barcelona, y don Lothar WITTE, Delegado de la Fundación Friedrich Ebert en España.

Ponencias:

- «El Reino Unido y la independencia de Escocia. Resultados del proceso de descentralización (devolution) en el RU», por don Charlie JEFFERY, Profesor de Política y Director de la Escuela de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Edimburgo.
- «Federalismo y sostenibilidad de Bélgica», por don Lieven DE WINTER, Profesor de la Universidad Católica de Louvaina.
- «Fines y resultados del federalismo alemán», por don Roland STURM, Catedrático de Ciencia Política de la Universidad Friedrich-Alexander Erlangen-Nürnberg.

* * *

En el mes de noviembre tuvieron lugar los XX ENCUENTROS DEL *FORO DE DERECHO ARAGONÉS*, organizados por el Justicia de Aragón y con los que colabora, entre otros, el Decanato de los Registradores de Aragón, con arreglo al siguiente programa:

Día 9 de noviembre en Zaragoza: «Enajenación de Bienes de Entidades Locales».

Ponente: Don José María GIMENO FELIÚ, Catedrático de Derecho Administrativo.

Coponentes: Don Miguel TEMPRADO AGUADO, Registrador de la Propiedad, y don Jesús COLÁS TENA, Oficial Mayor de la Diputación de Zaragoza.

Día 16 de noviembre en Zaragoza: «El derecho de abolorio en la nueva ley de Derecho Civil Patrimonial».

Ponente: Doña Aurora LÓPEZ AZCONA, Profesora de Derecho Civil.

Coponentes: Don Manuel DOMÍNGUEZ PÉREZ, Registrador de la Propiedad, y don Javier MAZANA PUYOL, Notario.

Día 23 de noviembre en Zaragoza: «La Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres. Regulación de la guarda y custodia compartida. La mediación familiar».

Ponente: Don Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Catedrático de Derecho Civil.

Coponentes: Don Javier FORCADA MIRANDA, Magistrado, y doña María José BALDA MEDARDE, Abogada.

Día 30 de noviembre en Huesca: «Cooperativas de viviendas».

Ponente: Don Ángel Luis MONGE GIL, Profesor de Derecho Mercantil.

Coponentes: Don Luis DE CODES DÍAZ-QUETCUTI, Notario, y doña Mercedes ZUBIRI DE SALINAS, Profesora de Derecho Mercantil.

* * *

Los días 10 y 11 de noviembre tuvo lugar el *FORO EMPRESA 2010*, organizado por el Gobierno de Aragón, con el siguiente programa:

Inauguración: a cargo de don Arturo ALIAGA, Consejero de Industria, Comercio y Turismo del Gobierno de Aragón.

Ponencias:

- «Retos y oportunidades», por don Miguel ROCA, Socio Presidente de Roca Junyent Abogados y Ponente de la Constitución Española. Presenta y modera: Arturo ALIAGA.

- «Nuevas oportunidades de negocio en la red», por don José Manuel VILLANUEVA, Socio Fundador de Privalia. Presenta y modera: Ramón AÑÑOS.
- «El futuro de los medios de comunicación», por don José Manuel LARA, Presidente del Grupo Planeta. Presenta y modera: Antonio GASIÓN.
- «Una experiencia de diferenciación», por doña Margarita ÁLVAREZ, Presidenta del Instituto Coca-Cola de la Felicidad. Presenta y modera: Lorena RUANO.
- «Excelencia e innovación: Las dos caras de la misma moneda», por don Francisco José GUTIÉRREZ, Director General de Tea-Cegos Deployment.

Mesa redonda: *Innovación y Excelencia*: don Ramón ALEJANDRO; Presidente de SAICA; don Jesús GÓMEZ LAGUNA, Director General de MASTER D. Modera: Francisco José GUTIÉRREZ.

- *Una visión del sistema financiero*, por don José Antonio OLAVARRIETA, Director General de la Confederación Española de Cajas de Ahorros. Presenta y modera: Luis Humberto MENÉNDEZ.

Conferencia de clausura: *Estrategia competitiva*, por don Javier RODRÍGUEZ ZAPATERO, Director General de Google España, Portugal y Turquía. Presenta y modera: Lorena RUANO.

* * *

El día 11 de noviembre dio comienzo el *SEMINARIO DE DERECHO LOCAL* de la Fundación Ramón Sáinz de Varanda, correspondiente al curso 2010-2011, con el que colabora el Gobierno de Aragón.

* * *

Los días 18 y 19 de noviembre tuvo lugar en Zaragoza la XI CONFERENCIA DE PRESIDENTES DE REGIONES CON PODER LEGISLATIVO.

La inauguración corrió a cargo de don Marcelino IGLESIAS, Presidente del Gobierno de Aragón, quien deja la presidencia de REGLEG. Asistieron la Presidenta del Comité de las Regiones, doña Mercedes BRESSO; el Vicepresidente del Parlamento Europeo, don Miguel Ángel MARTÍNEZ; el Vicepresidente tercero del Gobierno de España, don Manuel CHAVES; el Secretario de Estado para la Unión Europea, don Diego LÓPEZ GARRIDO, y los eurodiputados doña Inés AYALA e Íñigo MÉNDEZ, entre otros.

* * *

Los días 2 y 3 de diciembre, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza y el Justicia de Aragón, se celebraron las OCTAVAS JORNADAS CONSTITUCIONALES: *CONFLICTOS SOCIALES, CRISIS ECONÓMICA Y CONSTITUCIÓN*, con el siguiente programa:

Día 2: *Los conflictos de trabajo en la crisis económica y su dimensión constitucional.*

- «La huelga como exteriorización del conflicto en la empresa: Del reconocimiento constitucional al Derecho Comparado», por el Doctor don JAVIER GARATE CASTRO, Catedrático del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Santiago.
- «La solución de los conflictos de trabajo en la crisis económica: De la vía judicial a los nuevos espacios de la autotutela colectiva», por el Excmo. Señor don ANTONIO MARTÍN VALVERDE, Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.
- «Conflictos de trabajo y Constitución Española», por la Excm. Señora doña EMILIA CASAS BAAMONDE, Presidenta del Tribunal Constitucional.

Mesa redonda: *Los interlocutores sociales ante los conflictos de trabajo en la crisis económica.* Intervinientes: Don JESÚS MORTE BONAFONTE, Presidente de la Confederación de Empresarios de Aragón; don AURELIO LÓPEZ DE HITA, Presidente de la Confederación de Pequeña y Mediana Empresa Aragonesa; don JULIÁN LÓRIZ PALACIO, Secretario General UGT-Aragón; don JULIÁN BUEY SUÑÉN, Secretario General CC.OO.-Aragón; doña M.^a Concepción GIL BLANCO, Gerente del Servicio Aragonés de Mediación y Arbitraje; modera el Doctor don JUAN GARCÍA BLASCO, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza.

Día 3: *Conflictos sociales, marginación y Constitución.*

- «Derechos y oportunidades para personas en situación de exclusión social», por don FRANCISCO YAGÜE ÁGREDÁ, Secretario General de Cáritas Diocesanas de Zaragoza y de Aragón.
- «Políticas de inclusión en Aragón», por don JUAN CARLOS CASTRO, Director Gerente del Instituto Aragonés de Servicios Sociales.
- «Ascenso de la vulnerabilidad y pobreza. Debilidades de la democracia», por el Doctor don RAÚL SUSÍN BETRÁN, Profesor Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de La Rioja.

Coloquio. Moderadora: Doctora doña M.^a JOSÉ GONZÁLEZ ORDOVÁS, Vicedecana de Relaciones Internacionales, Institucionales y Proyección Social.

* * *

El día 14 de diciembre, organizados por la Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, tuvieron lugar los *DIÁLOGOS SOBRE ÚLTIMAS TENDENCIAS DEL FEDERALISMO AMERICANO*. Con la participación de doña Eva SÁENZ ROYO, Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de Zaragoza, y de don Tomás DE LA QUADRA SALCEDO JANINI, Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid.

MADRID

El día 28 de octubre de 2010, en la sede de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, patrocinada por el Colegio de Registradores, tuvo lugar un nuevo SEMINARIO: *EL MERCADO DE LA VIRTUD*.

Sesión de mañana: «El mercado de la virtud».

Ponente: Michael BAURMANN, Catedrático de Sociología en la Universidad de Düsseldorf.

Contraponente: Josep Lluís MARTÍ, Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad Pompeu Fabra.

Sesión de tarde. «Una consideración sociológica del fundamentalismo».

Ponente: Michael BAURMANN.

Contraponente: Pablo DE LORA, Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid.

* * *

El día 13 de enero de 2011, en la sede de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, patrocinada por el Colegio de Registradores, tuvo lugar un nuevo SEMINARIO: *TEORÍA DE LA JUSTICIA EN RAWLS*.

Sesión de mañana: «¿Cuan Kantiano es Rawls?»

Ponente: Carlos PEÑA, Rector de la Universidad Diego Portales (Santiago de Chile).

Contraponente: Hugo SELEME. Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina).

Sesión de tarde: «Verdad y política en Rawls y Habermas».

Ponente: Carlos PEÑA.

Contraponente: Fernando VALLESPÍN. Catedrático de Ciencia Política y Relaciones Internacionales en la Universidad Autónoma de Madrid.

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

VIVAS TESÓN, Inmaculada, *La dignidad de las personas con discapacidad: Logros y retos jurídicos*. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2010, 219 págs.

por

M.^a FERNANDA MORETÓN SANZ
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil UNED
Secretaria IDADFE

Como es sabido, nuestra Constitución declara en su artículo 49 que «los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos». Este precepto integrado —como el inmediatamente posterior dedicado a la tercera edad— en el capítulo tercero del Título primero sobre los Derechos y deberes fundamentales, ha de ser interpretado conjuntamente entre otra normativa, con la del régimen público de la Seguridad Social y la protección a la familia en los ámbitos social, económico y jurídico.

Por su parte, el legislador ordinario ha ido desarrollando dichos mandatos constitucionales, con la particularidad de que la incorporación de nociones como las de «discapacidad» o de «dependencia» al Código Civil resulta relativamente reciente. En particular, el sistema estatal de protección de las personas con autonomía limitada ha variado desde que se hiciera titular y destinataria de ciertas políticas públicas a la persona con discapacidad, siempre y cuando ostente administrativamente dicha circunstancia. Y es en este esquema donde se integran las modificaciones en el Derecho Privado, fruto tanto de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, como las operadas por la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad sobre accesibilidad universal.

Como decíamos, las dos normas mencionadas presentan como característica fundamental el haber erigido a la persona con discapacidad como elemento subjetivo determinante para la aplicación de ciertas medidas. Con todo, esta revolucionaria incorporación al Derecho Civil de categorías procedentes de otros ámbitos como el Derecho Laboral o el Derecho de la Protección Social, no concluyeron con dichas normas. Posteriormente, otra nueva política pública introduce una noción adicional a la de discapacidad referida, ahora, a la

situación de dependencia. Previa a su configuración jurídica y técnica, tuvo entrada en el Ordenamiento privado común al incorporarse al Código Civil. De este modo y según la redacción dada por la Ley 15/2005, de 18 de julio, en materia de separación y divorcio, dice su artículo 68: «los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo». La concreción de esta nueva categorización de la persona sería realizada por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia.

No quedaría completo este panorama previo sobre el complejo entramado jurídico que aborda la Profesora VIVAS TESÓN, si no mencionásemos también la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, aprobada en sesión plenaria de la Asamblea General el 13 de diciembre de 2006. Como afirma la autora, se trata de un hito legislativo (y sociocultural) de enorme repercusión que ha venido a cambiar radicalmente el panorama jurídico en esta materia, no por establecer nuevos derechos, que no los establece, sino por iniciar «una nueva manera de pensar y afrontar la discapacidad».

En su Preámbulo, la mencionada Convención de 2006 reitera la convicción de que «la familia es la unidad colectiva natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a recibir protección de ésta y del Estado, y de que las personas con discapacidad y sus familiares deben recibir la protección y la asistencia necesarias para que las familias puedan contribuir a que la persona con discapacidad goce de sus derechos plenamente y en igualdad de condiciones». De modo tal que no se oculta que los Estados que lo suscriban aceptan un amplio conjunto de obligaciones y compromisos, como la futura adopción de políticas legislativas activas capaces de remover los obstáculos que impidan la promoción y protección de los sujetos titulares. En particular, la adopción de políticas contra los «prejuicios y las prácticas nocivas respecto de las personas con discapacidad, incluidos los que se basan en el género o la edad, en todos los ámbitos de la vida».

Precisamente esta obligación asumida por el Estado español al ratificar el Convenio, añadida a la presencia constitucional del artículo décimo que en su párrafo segundo determina que: «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», exige tener en cuenta el sistema de garantías y control de la aplicación del contenido del Convenio por parte de los Estados firmantes. A estos aspectos también la Profesora VIVAS TESÓN dedica parte de su trabajo, por lo que el panorama jurídico y el examen que de él hace se puede afirmar que es completo.

Bosquejados estos antecedentes, corresponde ahora hacer una breve reseña sobre el recorrido académico e investigador de la autora de la monografía que se comenta. La profesora Inmaculada VIVAS TESÓN es una joven profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla, discípula del profesor LÓPEZ Y LÓPEZ, y autora de una extensa producción científica en otros campos del Derecho Civil y también en materia de Discapacidad, Incapacitación y Dependencia. Esta acreditada actividad investigadora se materializa, entre otras, en las siguientes publicaciones. Así, la monografía titulada *La protección económica de la discapacidad*, editorial Bosch, Barcelona, 2009; en cuanto a capítulos de libros podemos destacar: «Mujer y discapacidad», en *Investi-*

gación y Género. *Avances en las distintas áreas del conocimiento*, Universidad de Sevilla, 2009, págs. 1469-1487; «La constitución del patrimonio protegido a favor de la persona con discapacidad: una valoración crítica», en *Pensamientos jurídicos y palabras dedicados a Rafael Ballarín Hernández*; M.^a Luisa ATIENZA NAVARRO, Raquel EVANGELIO LLORCA, M.^a Dolores MAS BADÍA, M.^a Pilar MONTES RODRÍGUEZ (coords.), Publicaciones de la Universidad de Valencia, 2009, págs. 975-984; «Mecanismos de apoyo legal a la capacidad de obrar de la persona no autónoma: especial consideración a la figura italiana del “amministratore di sostegno”», en *Actas del Congreso Internacional «La protección de las personas mayores: apoyo familiar y prestaciones sociales»*, Universidad de Córdoba-UNED e IDADFE, Córdoba, 2010; «Los efectos civiles del reconocimiento de la minusvalía tras la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad», en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, págs. 1053-1083. En cuanto a las publicaciones en distintas revistas nacionales e internacionales son: «Una aproximación al patrimonio protegido a favor de la persona con discapacidad», en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, vol. 22, núm. 1, julio de 2009, págs. 55-76; «Personas con discapacidad, barreras arquitectónicas y Propiedad Horizontal», en la *Revista Administración Rústica y Urbana*, editada por el Consejo General de Colegios de Administradores de Fincas, núm. 149, julio de 2009, págs. 42-45; «La trascendencia civil del reconocimiento de la minusvalía», en *Diario La Ley*, 7292, Sección Doctrina, 26 de noviembre de 2009, Año XXX, Referencia: D-364, págs. 4-9; «La autotutela en Derecho Comparado: un mecanismo de autoprotección en previsión de una futura incapacitación judicial», en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año 2, núm. 2, marzo de 2010, La Ley, Buenos Aires, págs. 207-214, y «La solemnidad formal del patrimonio protegido a favor de la persona con discapacidad», en *RCDI*, núm. 718, marzo-abril de 2010, págs. 585-618.

A mayor abundamiento, el trabajo está salpicado por continuas referencias al Derecho Comparado, especialmente al italiano, donde las políticas normativas sobre la protección jurídica de las personas en situación de especial debilidad tienen ciertos paralelismos con las del legislador estatal y autonómico español. En particular dispensa una cuidada atención a la figura italiana de la «amministrazione di sostegno» en la certeza de que «esta figura, de filosofía muy distinta a la incapacitación judicial, ofrece grandes ventajas y merecería un detenido análisis por parte del legislador español para configurar un similar modelo de apoyo en nuestro Ordenamiento que, en lo posible, respete al máximo la capacidad de obrar de una persona frágil o vulnerable jurídicamente que reclama protección, sin anularla ni restringir innecesariamente sus derechos más básicos, que resultan salvaguardados».

En cuanto a la cuidada estructura interna de *La dignidad de las personas con discapacidad: Logros y retos jurídicos*, ésta se divide en cuatro capítulos, precedido del capítulo introductorio, y acompañado por tres anexos, uno legislativo, otro jurisprudencial y bibliográfico. En el capítulo introductorio, la profesora VIVAS TESÓN desde su epígrafe sobre las «Consideraciones preliminares», plantea tanto la dimensión cuantitativa de la discapacidad como el panorama previo del Derecho Civil y las soluciones que aportaba para la mejor tutela de las personas en situaciones de las que se ve comprometida su capacidad de autogobierno y facultades volitivas. Una vez apuntado el panorama legislativo con sus novedades recientes y compromisos de futuro que el legis-

lador tiene de pendiente desarrollo, la autora también recoge las últimas novedades jurisprudenciales, en particular, la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de abril de 2009, donde la ponente ROCA TRIAS apuntala la esencia de la institución de la incapacitación destinada no a la exclusión del presunto incapaz sino al sistema de protección de sus intereses. El último epígrafe de este Capítulo I está destinado a la necesaria precisión terminológica, coincidiendo con la mejor doctrina que de lo que se trata en esta materia es de la «persona», y no las situaciones adjetivas que acompañan al interesado.

Por su parte, el Capítulo II tiene por objeto el estudio de los efectos civiles de la discapacidad, por lo que su epígrafiado aborda los elementos diferenciadores de la tradicional incapacitación con la discapacidad. A evitar equívocos dedica la autora parte de sus líneas, incluyendo un esquema que facilita la visualización de los elementos diferenciadores entre una y otra, enlazándolas con las novedades incluidas por la Ley 41/2003 en el Código Civil. Sobre esta Ley, la profesora VIVAS TESÓN destaca que «ha provocado ciertos desajustes o fricciones entre ambos términos que deberían ser solventados lo antes posible y que, creemos, podían haberlo sido de la mano de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, reformadora de la LPPD».

«Las medidas relativas a la capacidad de obrar» es el título del tercero de los capítulos de la monografía, en donde se abordan dos cuestiones fundamentales: El procedimiento de incapacitación judicial (*de modificación de la capacidad de obrar*) y el tratamiento ambulatorio involuntario como cuestión legal sin resolver.

En cuanto al cuarto de los capítulos, lleva por título: «Instrumentos jurídico-privados de protección de las personas con discapacidad». A su vez, aborda su estudio desde la perspectiva de los mecanismos *inter vivos*, donde incluye la autotutela y apoderamiento preventivo, el contrato de alimentos, la nueva figura del patrimonio protegido y la hipoteca inversa. En cuanto a las disposiciones *mortis causa* analiza la sustitución fideicomisaria en la legítima estricta, la nueva causa de indignidad, la constitución (voluntaria o legal) de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual, así como los gastos no colacionables.

Finalmente la obra se acompaña de tres anexos, el legislativo, el jurisprudencial y el bibliográfico, donde se recoge un amplio elenco de fuentes sobre la pluralidad institucional abordada en el estudio.

De todo lo dicho se puede afirmar que *La dignidad de las personas con discapacidad: Logros y retos jurídicos* es una monografía elaborada tras una consistente trayectoria investigadora previa sobre el fenómeno de la «discapacidad». Téngase en cuenta que se trata de una materia relativamente reciente para el Derecho Civil y que ha protagonizado, sin embargo, multitud de publicaciones en los últimos tiempos. La dificultad de cualquier estudio es, precisamente, acotarlo, y la especialidad que tiene el campo de la discapacidad es que exige al investigador no «atrincherarse» en su disciplina, sino seguir el entramado institucional que resulta del estudio y abordar con rigor, también, el análisis de figuras que a los civilistas nos resultaban ajenas y, desde luego, extrañas al Derecho Privado. Empero, con frecuencia, la propia novedad de la disciplina ha hecho confundir en ciertos estudios a las personas con discapacidad con quienes están incapacitados judicialmente, y a la dependencia técnica con la discapacidad en general. Pero a evitar estos equívocos contribuyen obras como las de la profesora Inmaculada VIVAS TESÓN, escritas desde el compromiso intelectual y universitario con la ciencia y, cómo no, con la función tuitiva que el Derecho Privado es capaz de dispensar a la persona.

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.