

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 LXXXVI • Septiembre-Octubre 2010 • Núm. 721

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

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

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

Don Vicente Guilarte Gutiérrez
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

S U M A R I O

Págs.

ESTUDIOS

«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», por JOSÉ A. ÁLVAREZ CAPEPOCHIPI	2045
«Embargo de inmuebles, transmisión del dominio y publicidad registral: supuestos y consecuencias», por ANA LÓPEZ FRÍAS	2079
«La donación modal y los efectos del incumplimiento de la carga», por MARÍA MEDINA ALCOZ	2127
«Los pisos tutelados como alternativa de alojamiento a los establecimientos residenciales de personas mayores: cuestiones sobre su régimen y naturaleza jurídica», por MARÍA DEL CARMEN NÚÑEZ MUÑIZ	2175

DICTÁMENES Y NOTAS

«Las modificaciones estructurales de sociedades mercantiles a la luz de la Ley 3/2009, de 3 de abril: sus repercusiones registrales», por ROSANA PÉREZ GURREA	2223

DERECHO COMPARADO

«Hacia una mejora de la calidad en la producción normativa (<i>better regulation</i>)», por FEDERICO ALBÍN IZUIBEJERES	2253
«Sobre el análisis económico en materia de derechos reales: apreciaciones básicas desde el sistema argentino», por GABRIEL DE REINA TARTIÈRE	2267
«La unificación del Derecho Privado europeo en el ámbito contractual y la posibilidad de ampliación a la propiedad inmobiliaria», por MARÍA DEL ROSARIO DÍAZ ROMERO	2281

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

Resoluciones publicadas en el *BOE*, por JUAN JOSÉ JURADO JURADO ... 2319

ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general:

- Pérdida de la vecindad civil del causante y los derechos derivados de la troncalidad del País Vasco, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE 2331

1.2. Derecho de familia:

- Consideraciones generales sobre la obligación legal de alimentos entre parientes, por ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT 2334
- La falta de legitimación del tutor y la nulidad del testamento por incapacidad del otorgante, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE 2393

1.3. Derechos reales:

- El alma como titular registral de fincas, por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA 2397

1.4. Sucesiones:

- El legado alternativo y la facultad de elección o concentración: la mediación como fórmula recomendada judicialmente para la resolución de controversias patrimoniales y familiares derivadas de la sucesión *mortis causa*, por MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ ... 2406

1.5. Obligaciones y contratos:

- La compraventa de finca rústica constando un arrendamiento histórico inscrito en la finca de procedencia: análisis de la RDGRN de 5 de abril de 2010, por ROSANA PÉREZ GURREA 2425

1.6. Responsabilidad civil:

- Consideraciones en torno a la publicidad confusionalista a la luz de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, por LOURDES TEJEDOR MUÑOZ 2433

2. MERCANTIL

- La falta de interrupción de la prescripción en las obligaciones mercantiles en la sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de octubre de 2009, por FRANCISCO REDONDO TRIGO 2448

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

- La calificación registral de actos de ejecución del planeamiento, por GABRIEL SORIA MARTÍNEZ 2466

ACTUALIDAD JURÍDICA

- Información legislativa y de actividades 2477

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS:

- «La ética protestante y el espíritu del capitalismo», de HANS KELSEN, por JESÚS LÓPEZ MEDEL 2497
- «Cuestiones esenciales sobre relaciones contractuales en el sector de la automoción», de JAVIER AVILÉS GARCÍA, por MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ 2500

- REVISTA DE REVISTAS** 2509

ESTUDIOS

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)

por

JOSE A. ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ
*Profesor Titular, acreditado Catedrático
Magistrado*

SUMARIO

1. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL MÁS RECIENTE CONSIDERA EL REMATANTE TERCERO HIPOTECARIO SI CUMPLE LAS CONDICIONES DEL ARTÍCULO 34 LH.
2. LA ADQUISICIÓN EN SUBASTA JUDICIAL NO PUEDE GARANTIZAR LA IDENTIDAD DE LA FINCA SUBASTADA, POR LOS FRECUENTES ERRORES AL IDENTIFICAR EL OBJETO O SUJETOS DE LA ACCIÓN EJECUTIVA.
3. LA ADQUISICIÓN EN SUBASTAS JUDICIALES TAMPOCO GARANTIZA FRENTE A LAS CARGAS REALES MANIFIESTAS O LIMITACIONES LEGALES DEL DOMINIO.
4. LA POSESIÓN PÚBLICA ANTERIOR A LA AP DE EMBARGO ES OPO-NIBLE AL REMATANTE.
5. EL REGISTRO NO PUEDE GARANTIZAR LA PROPIEDAD AL TERCERO QUE INSCRIBE UN REMATE:
 - 5.1. EL REMATE NO CUMPLE LAS CONDICIONES DEL ARTÍCULO 34 LH: ES UN ACTO DE NATURALEZA ALEATORIA Y QUE NO PROVIENE DEL TITULAR INSCRITO.
 - 5.2. LA PROTECCIÓN DEL TERCERO HIPOTECARIO ESTÁ EN CONTRADICCIÓN CON LA NATURALEZA PROCESAL DEL REMATE.
 - 5.3. LA FALTA DE INSCRIPCIÓN NO PUEDE SER SANCIONADA CON LA PÉRDIDA DE LA PROPIEDAD PORQUE EL PROPIETARIO ESTÁ TUTELADO POR LA CONSTITUCIÓN Y NO PUEDE SER OBLIGADO A INSCRIBIR NI A PARTICIPAR EN EL PROCESO EJECUTIVO.
 - 5.4. LA EXIGENCIA DE BUENA FE NO BASTA PARA JUSTIFICAR LA PROTECCIÓN REGISTRAL DEL REMATANTE.

6. LA CLÁSICA DISTINCIÓN JURISPRUDENCIAL ENTRE DOBLE VENTA Y VENTA DE COSA AJENA MANIFIESTA LA DISTINCIÓN ENTRE INOPONIBILIDAD Y PUBLICIDAD.
 7. LA ADQUISICIÓN A *NON DOMINO* DEL REMATANTE CONTRADICE EL CARÁCTER SUMARIO DEL PROCESO EJECUTIVO Y LA COHERENCIA REGISTRAL DE LAS PREFERENCIAS DEL CRÉDITO EN LA EJECUCIÓN:
 - 7.1. OBSERVACIÓN PRELIMINAR: EL ARTÍCULO 594 LEC NO PROCLAMA LA ADQUISICIÓN A *NON DOMINO* DEL REMATANTE.
 - 7.2. LA PREFERENCIA DE LA ANOTACIÓN DE EMBARGO Y EL SIGNIFICADO DE LA INOPONIBILIDAD.
 - 7.3. CARÁCTER IDEAL DEL EMBARGO, CONCURRENCIA DE EMBARGOS QUE SE EJERCITAN EN PROCESO EJECUTIVO E INCONSECUENCIA DE LA PUBLICIDAD DEL REMATE.
-
1. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL MÁS RECIENTE CONSIDERA EL REMATANTE TERCERO HIPOTECARIO SI CUMPLE LAS CONDICIONES DEL ARTÍCULO 34 LH

La STS de 5 de marzo de 2007 dictada con unanimidad por el pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo, y redactada por el Exmo. Señor don Francisco Marín Castán, concluye que después de un procedimiento de apremio (judicial o administrativo) sobre bienes que consten en el Registro a nombre del embargado, si el rematante inscribe, el artículo 34 LH ampara su adquisición *a non domino*. La sentencia realiza un riguroso y detallado examen de las previas vacilaciones jurisprudenciales, y concluye que la adquisición del rematante se apoya en el registro, que salva el defecto de titularidad o de poder de disposición del transmitente (1). La sentencia reniega también de la distinción jurisprudencial entre doble venta y venta de cosa ajena, y considera el remate como una segunda venta, que si se inscribe debe prevalecer sobre la anterior no inscrita (2).

(1) Véase detallado el comentario de GORDILLO CAÑAS, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 75, pág. 1413 y sigs.

(2) Y tal doctrina ha sido reiterada en las sentencias de 7 de septiembre de 2007 (véase el comentario de INIESTA DELGADO, *CCJC*, 77, pág. 807 y sigs.), 17 de mayo, 8 de octubre, 20 de noviembre y 18 de diciembre de 2008. La renovación jurisprudencial parece que se extiende también (con cita expresa de la STS de 5 de marzo de 2007) a otro tema que no comentaré ahora, y sobre el que había también una antigua contradicción jurisprudencial: el de la hipoteca constituida por un no propietario, que también se entiende constituida *a non domino* (SSTS de 10 de octubre de 2007 y 2 de diciembre de 2008, en éstas la hipoteca se constituye cuando un promotor había antes vendido las viviendas en documento privado y cobrado la mayor parte del precio). Con anterioridad, la jurisprudencia mayoritaria declaraba que en el proceso ejecutivo no se valora ni se declara la propiedad, lo que es propio del juicio plenario. Y se concluía que el anotante de embargo y el rematante en proceso de ejecución (judicial o administrativo) es causahabiente y sucesor de la misma titularidad del embargado, y no adquiere más propiedad que la que tenía el

El nuevo criterio jurisprudencial está ligado a una doctrina crítica, que se habría iniciado recientemente, quizá como un clamor ante la falta de seguridad de las adquisiciones en subastas judiciales, y por la escandalosa devaluación, en ocasiones, de la propiedad en la ejecución (3). En particular, después de la reforma de 1992, y sobre todo tras la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, muchos autores se declaran partidarios de aplicar el principio de publicidad registral a favor del rematante (4). A mí, sin embargo, me parece que

embargado. En las adjudicaciones judiciales y administrativas de inmuebles se consideraba nulo el remate de bienes ajenos, y en consecuencia cabía reivindicar la propiedad y demostrar que la cosa no pertenecía al titular registral, aún después de la enajenación judicial e inscripción del remate. Ver estudio detallado y riguroso de la evolución de la jurisprudencia en la propia sentencia de 5 de marzo de 2007 y en ERDOZAIN LÓPEZ, *Anotaciones preventivas de embargo, prelación de créditos y transmisiones a terceros*, Pamplona, 1998, pág. 56 y sigs.; SARMIENTO RAMOS, *En torno a la naturaleza jurídica del embargo*, Madrid, 1993, pág. 213, con cita de la más antigua jurisprudencia en nota 13. Hasta hace poco la ausencia de publicidad registral en favor del rematante en las subastas judiciales y administrativas era mantenida también por la generalidad de la doctrina hipotecaria y civil, en relación con la poca eficacia que se presuponía a la AP. ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, II, 2.ª ed., Barcelona, 1950, pág. 426 y sigs., con cita extensa de Jerónimo González, presupone que sólo hay publicidad del artículo 34 LH para las adquisiciones que provienen de contrato, no para las transmisiones forzosas en proceso ejecutivo, aunque subraya que la redacción del precepto no es tan clara en este punto después de la reforma hipotecaria de 1944-46. Yo, tras buscar los manuales civiles, procesales e hipotecarios sobre este punto, me da la impresión de que hasta época reciente la opinión de ROCA SASTRE se repite incesantemente (véase, por ejemplo, últimamente, GARBERI LLOBREGAT (director), «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», IV, los procesos civiles, Barcelona, 2001, pág. 853, y AMORÓS, «Las anotaciones de embargo y las recientes reformas legislativas», en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 2005, pág. 871, aun niegan la protección hipotecaria al rematante, por no tratarse de una venta voluntaria que proceda del vendedor), aunque sólo hay escasas referencias incidentales, y en general se presta poca atención al tema. Alguna jurisprudencia y doctrina aislada, desde antiguo, se opone a la doctrina mayoritaria y propugna aplicar la noción de tercero hipotecario al rematante (así, RAMOS FOLQUES, «La anotación preventiva de embargo en los casos de disconformidad entre realidad y registro: sus efectos después de la reforma de 1944», en *RDP*, 1951, pág. 553 y sigs.; quien parece propugnar tras criticar a ROCA SASTRE, extender la publicidad aun desde la misma anotación preventiva, y que «una vez anotado su derecho personal (por el acreedor) no puede perjudicarle quien alegue derechos dominicales sobre la misma finca». Insiste luego sobre la misma tesis en un interesante artículo: «El precedente real de las anotaciones de embargo», *RDP*, 1952, pág. 703 y sigs.).

(3) En ese sentido, ROBLEDÓ VILLAR, *La subasta judicial, el remate*, Barcelona, 1998, pág. 373; ALONSO SÁNCHEZ, B., *Las adjudicaciones procesales de bienes en los procedimientos de ejecución*, Madrid, 1999, pág. 95; DÍAZ FRAILE, «Las tercerías de dominio en relación con el Registro de la Propiedad», en *Consultor Inmobiliario*, 2005, pág. 6; PARDO MUÑOZ, «La adquisición de la propiedad en subasta judicial: protección y límites de responsabilidad», en *Propiedad y Derecho Civil*, Madrid, 2006, pág. 283 y sigs.; PÉREZ GARCÍA, *El valor de los bienes en la ejecución*, Madrid, 2007.

(4) Con diversos argumentos, GARCÍA GARCÍA, «El tópico de los efectos limitados de las anotaciones de embargo», en *Ponencias y comunicaciones presentadas al VI Congreso Registral*, Madrid, 1988, pág. 233 y sigs.; *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, II, Madrid, 1993, pág. 256. CUENA CASAS, M., *Función del poder de disposición en*

pudieran existir razones que quizá deberían hacer reconsiderar la nueva doctrina del Tribunal Supremo, y que paso a exponer a continuación.

2. LA ADQUISICIÓN EN SUBASTA JUDICIAL NO PUEDE GARANTIZAR LA IDENTIDAD DE LA FINCA SUBASTADA POR LOS FRECUENTES ERRORES AL IDENTIFICAR EL OBJETO O SUJETOS DE LA ACCIÓN EJECUTIVA

Parece que el primer gran escollo para defender dogmáticamente la extensión del principio de publicidad a los remates judiciales es la imprecisión en la identificación exacta del objeto y sujetos del proceso ejecutivo, mucho más grave que en las inscripciones ordinarias; y el registro no ejerce ni puede ejercer sobre el mandamiento de embargo, ni siquiera los controles de identidad material y personal que exige a las escrituras ordinarias que fundan una inscripción (art. 51 RH). Los errores y defectuosa descripción de fincas (en su identidad o extensión), y los errores en la identificación de los titulares de las fincas, son relativamente frecuentes en las anotaciones preventivas de embargo y anuncios de subasta, y por lo tanto en los remates. Aunque el artículo 166 RH

los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales, Barcelona, 1996, pág. 327; VEGAS TORRES, *Derecho Procesal Civil, ejecución forzosa, procesos especiales*, Madrid, 2000, pág. 151; GÓMEZ GÁLLIGO, «La normalización del Derecho Hipotecario Procesal. La ejecución hipotecaria en la nueva LEC», en *RCDI*, 2000, pág. 1875; RIVAS TORRALVA, *Aspectos registrales del nuevo proceso de ejecución*, Madrid, 2001, pág. 33; DÍAZ MARTÍNEZ, *La ejecución forzosa de bienes inmuebles en la nueva LEC*, Pamplona, 2001; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, «Comentario a la STS de 10 de junio de 2003», en *RCDI*, 2004, pág. 1964 y sigs.; VELA SÁNCHEZ, «Sentencia de 14 de octubre de 2002: Subasta pública judicial y su eficacia sobre la transmisión dominical de inmuebles. Requisitos para que se cumpla la doctrina del título y el modo, y para que, adjudicada la finca, desconociendo la inexistencia registral, el rematante goce de la condición de tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 61, 2003, págs. 185-196; «La controversia jurisprudencial sobre la concurrencia de título y modo en las ventas judiciales: ¿cual es su trascendencia práctica?», en *RCDI*, 2007, pág. 2217; «La fe pública registral en las ventas judiciales derivadas de embargos inmobiliarios», en *Anuario de Derecho Civil*, 2007, págs. 67-118; «La doctrina jurisprudencial consolidada en sede de doble venta judicial inmobiliaria», en *Diario La Ley*, núm. 7143, 2009; SABORIDO SÁNCHEZ, «Eficacia de la anotación preventiva de embargo y tercero hipotecario», en *RD Patrimonial*, 17, 2006-2; MARTÍNEZ ESCRIBANO, «La eficacia del embargo y su alcance frente a terceros», en *Cizur Menor*, 2006, pág. 56; Díez Soto, *Concurrencia y prelación de créditos, teoría general*, Madrid, 2006, pág. 169; ESPEJO LERDO DE TEJADA, «La buena fe requerida por el adquirente en remate a *debitore non domino*», en *Revista de Derecho Patrimonial*, 2007; MONDEJAR PEÑA, «Las adquisiciones a *non domino* de bienes inmuebles en los procedimientos de apremio al amparo del artículo 34 LH», en *Diario de Jurisprudencia El Derecho*, 2007, núm. 2487, pág. 1. Y de algún modo el líder espiritual de la nueva doctrina hipotecaria parece ser GORDILLO CAÑAS, A., «Comentario a la sentencia de 8 de marzo de 1993», en *CCJC*, núm. 31, 1993, pág. 273; también: «Adquisición en procedimiento de embargo y protección registral», en *AC*, 2007, pág. 597 y sigs.; «El principio de la fe pública registral», II, en *ADC*, 2008, pág. 1073.

establece que las anotaciones preventivas se practicarán en la misma forma que las inscripciones, el artículo 75 LH al regular la nulidad de las anotaciones se muestra muy poco riguroso con la falta de identidad o descripción inadecuada de la finca o de su titular, pues basta que *pueda venirse en conocimiento de la finca o derecho anotado, de la persona a quien afecte* (5).

De todos es sabido que 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 situación real y localización de los bienes inmuebles subastados (6). La finca embargada puede no existir o puede ser difícil de identificar, o tener superficie o linderos muy distintos de los referidos en la anotación de embargo, o puede tratarse de un embargo no determinado de «resto» de finca, difícil de concretar después de varias segregaciones o agregaciones; o identificarse la finca en calles, lugares o localidades confusas o equivocadas (7). Y las

(5) El artículo 73.1 LH se muestra también muy poco riguroso en la exigencia de aquellas «circunstancias... que deba contener la anotación preventiva», pues sólo son sustanciales (art. 72 LH y art. 166.3 RH) expresar la causa del embargo y el importe de la obligación que lo hubiera originado, no la exacta identificación de la finca; y el artículo 20 LH aun parece facilitar más el embargo en causas criminales: «*cuando a juicio del juez o tribunal existan indicios racionales de que el verdadero titular de los mismos es el imputado, haciéndolo constar así en el mandamiento*». La doctrina registral se refiere a la comprensión de la descripción de la finca o de los sujetos de la acción ejecutiva en «*términos flexibles*» (Resoluciones de 13 de julio de 1971 y 15 de octubre de 1991); y no puede ser de otro modo, porque si el registro se mostrase riguroso en la identidad (si por ejemplo se toma en serio sus nuevos instrumentos georeferenciados), la práctica de la anotación preventiva de embargo se dificultaría gravemente, amén de crearse fuertes tensiones entre el registro y el poder judicial. La cuestión se plantea en multitud de Resoluciones de la DGR: por citar sólo Resoluciones recientes, la Resolución de 10-2-2006 no cumplimenta el mandamiento de cancelación de una AP de embargo porque la descripción que se hace en el título judicial presenta una notable diferencia con la superficie que consta en el registro; la Resolución de 27 de marzo de 2007 subraya que no puede rechazarse un mandamiento judicial «por no coincidir exactamente los datos registrales de la finca»; y cuando el mandamiento de embargo no puede practicarse exactamente sobre la parcela descrita en el registro debe cumplimentarse «en la parte que sea posible», Resolución de 28 de mayo de 1987 (véase en detalle, AGUILERA ANEGÓN, «Calificación registral de embargo de bienes inmuebles», en *La Ley*, 2006, 2, D-104).

(6) Y eso desde antiguo, véase: ROBLEDO VILLAR, «La subasta judicial y su problemática», en *RGD*, junio de 1966, pág. 6598 y sigs. Se refiere RENTERÍA AROCENA («Efectos de la inscripción en el registro de la propiedad de enajenaciones anteriores a la AP de embargo», en *Estudios en homenaje a Chico Ortiz*, Madrid, 1995, pág. 769), a la inseguridad de las adquisiciones en procedimientos de apremio y a su inadecuada identificación, consecuencia de las muchas veces insuficiente titulación en que se fundamentan.

(7) Teóricamente la situación posesoria y lindes del inmueble y por tanto su realidad material exacta se tiene que hacer constar en los edictos que anuncian la subasta (arts. 646.2 y 661 LEC), pero ordinariamente el juzgado se limita a decir que no le consta la situación posesoria o alguno de sus elementos de identificación (ACHÓN BRUÑÉN, *La problemática...*, pág. 12); también se puede requerir al ejecutado para que manifieste la situación posesoria del inmueble (art. 589 LEC), pero ello muchas veces no se hace, y cuando se hace puede ser con graves errores o inexactitudes, porque podemos dudar fundamentalmente de la leal colaboración del ejecutado con su propia ejecución. Las dudas sobre la

irregularidades en la identificación de los titulares registrales de fincas son también frecuentes (8).

La doble inmatriculación es un problema distinto de la extensión de los efectos de la publicidad a los datos de hecho, pero cabalmente ligado al mismo (9); la falta de constancia de la identidad física de la finca es la razón

identidad de la finca se prevén con anterioridad a la traba del embargo, pero una vez trabado las dudas de identidad no impiden que se continúe el proceso ejecutivo salvo la oportuna tercería (arts. 593.2 y 3 LEC), que es infrecuente por cuestiones de identidad o de lindes. Respecto de la identidad material de la cosa subastada, son corrientes las denegaciones de inscripción de ventas judiciales por la defectuosa descripción del bien embargado que no permite su correcta identificación (así STS de 11 de febrero de 1991). Una jurisprudencia reiterada afirma que la adquisición en subasta judicial no acredita la identidad y lindes de la finca (STS de 28 de marzo de 1996), lo que sólo es una manifestación del principio registral de que la publicidad registral no protege los datos de hecho. La STS de 9 de diciembre de 2004 examina un error en la designación de una finca hipotecada a favor de La Caixa en cuya escritura de constitución inscrita se consigna entresuelo 1.º en vez de entresuelo 3.º La sentencia no admite la ejecución contra los auténticos propietarios legítimos poseedores, afirmando la evidencia del error derivada de la posesión continuada del matrimonio comprador y del pago del precio a lo largo de diez años. La STS de 21 de enero de 2008 examina la nulidad de un proceso ejecutivo en el que se notifica el requerimiento de pago en un domicilio equivocado que es el que figuraba en el embargo; la STS de 23 de mayo de 2008 examina una doble ejecución de la misma finca que ha sido incorrectamente identificada en la segunda ejecución, pues aunque la finca estaba en Ibi (Alicante) y era correcto su número registral, la dirección estaba equivocada. El tema se plantea frecuentemente en la ejecución hipotecaria. El propio artículo 113 LH se refiere a una inadecuación entre la descripción registral y la realidad material de la finca hipotecada, y expresamente resuelve el tema de construcciones y accesiones posteriores a la constitución de la hipoteca desde la perspectiva de la separabilidad y tutela del propietario: «*Si las accesiones o mejoras no pudieran separarse sin menoscabo de la finca, el dueño de las mismas cobrará su importe, aunque la entidad restante no alcance para cubrir el crédito hipotecario*». La STS de 15 diciembre de 1997 afirma que la hipoteca no se extiende a dos pisos que fueron construidos sobre el bajo objeto de hipoteca, pero que no se describen en la misma; la STS de 18 de noviembre de 2005 refiere que una hipoteca no se extiende a un chalet construido con posterioridad y que no se puede aplicar el artículo 34 LH porque no puede haber buena fe «cuando se conoce la situación física y jurídica de la finca, o hubo posibilidad de conocerla con una mínima diligencia».

(8) Puede identificarse el demandando titular registral sin que conste edad, estado civil o profesión (Resoluciones de 28 de marzo de 1969, 13 de julio de 1971 y 15 de marzo de 1975; destacándose que es «muy conveniente» hacer constar domicilio y DNI). La Resolución de 15 de marzo de 2006 se refiere a una cancelación en cuyo mandamiento no figuran correctamente los datos del titular registral (que admite). RODRÍGUEZ LÓPEZ-TRIGO PORTELA («Las relaciones entre el embargo y el Registro de la Propiedad», en *Práctica de tribunales*, 2006, 25, pág. 19), afirman que es frecuente que se proceda contra los bienes de personas que tienen idénticos nombre y apellidos cuando no consta el DNI, pues se utilizan conjuntamente todas las bases de datos de todos los registros de España. La identificación de los titulares es aún más crítica cuando se procede contra herederos indeterminados (véase Resolución de 22 de enero de 2003); según la Resolución de 19 de octubre de 2007, el procedimiento de apremio contra una herencia yacente basta se sustancie contra quien, según el título sucesorio, es verosímil que sea miembro o partícipe de la citada herencia (aunque no basta la demanda genérica a los causahabientes. Resolución de 6 octubre de 2007).

(9) ARRIETA SEVILLA, «La doble inmatriculación registral», en *Cizur Menor*, 2009, pág. 235.

por la que la jurisprudencia, en general, niega la eficacia de la publicidad registral en la doble inmatriculación, aunque la misma provenga de vendedores distintos (10).

Se plantea entonces el problema de si puede garantizarse la publicidad del remate cuando no hay un hecho cierto (ni subjetivo, ni objetivo) que lo sustente (11). El objeto del remate: ¿resulta de la realidad, del proceso ejecutivo o resulta de la descripción del registro? Se plantea también qué debe hacer el juez si descubre, a lo largo de la ejecución, que la finca embargada está deficientemente identificada en los títulos ejecutivos, en la anotación o si descubre que el inmueble ejecutado está doblemente inmatriculado (bien porque existe una doble inmatriculación, bien porque por efecto de la defectuosa descripción una finca esta enclavada en la otra), o si descubre que la identidad física en la realidad difiere sustancialmente de la que se describe en la anotación de embargo. Yo creo que la respuesta es que el juez debe continuar la ejecución (12), haciendo la advertencia pertinente, pero ello sólo tiene sentido porque el registro no garantiza la propiedad *a non domino*, sino

(10) *Ibidem*, pág. 222. Recientemente se defiende por CLEMENTE MEORO (*Doble inmatriculación de fincas en el Registro de la Propiedad*, Valencia, 1997), la publicidad registral en la doble inmatriculación cuando uno sólo de los titulares registrales cumple las condiciones del artículo 34 LH y el otro inmatricula o es adquirente a título gratuito. En el mismo sentido, HERRERO OVIEDO, «Pluralidad de folios registrales para una misma finca: eliminación de la disfunción», en *Estudios en homenaje a Amorós Guardiola*, Madrid, 2006, pág. 2447 y sigs., quien propugna cuando ambos titulares son terceros registrales bien remontarse a descubrir el origen de la irregularidad o cuando esto no sea posible dirimir el problema por la usucapión. ARRIETA SEVILLA admite también excepcionalmente la publicidad registral si hay dos titulares registrales distintos ninguno de los cuales es verdadero propietario y el titular auténtico es extrarregistral, o cuando el primer adquirente no inscribe, pero hay una segunda inmatriculación distinta de la del segundo adquirente (pág. 229), y limita la eficacia de la publicidad de la finca inmatriculada porque afirma que quien ha inscrito su título en el RP debe poder confiar en la protección que el registro le proporciona. La jurisprudencia continúa perpleja en este punto, recientemente la STS de 13 de noviembre de 2008 resuelve que ante la doble inmatriculación no prevalece el tercero hipotecario, pero las SSTs de 20 de marzo de 2007 y 30 de junio de 2008 parecen resolver lo contrario y afirman que basta confiar en el folio real de la finca. A mi juicio la justicia de estas sentencias que admiten publicidad en la doble inmatriculación es muy dudosa y se ampara de hecho la apropiación posesoria por una promotora, de fincas que incluso constaban en el folio registral de los demandantes. Yo creo que la titularidad registral pierde su capacidad legitimadora y queda bajo sospecha si existen dos inmatriculaciones de la misma finca. Y me parece ontológicamente contradictorio que dos folios estén prestando a la vez publicidad registral.

(11) La publicidad en general no se extiende a los datos de hecho; aunque recientemente se asiste a ciertos comentarios críticos: FAJARDO FERNÁNDEZ y ARRIETA SEVILLA, «La fe pública registral en la invasión tabular parcial de finca no inmatriculada», en *RCDI*, 2007, pág. 1569 y sigs., propugnan una interpretación que favorezca la publicidad de lo que llaman cabida «delimitadora».

(12) Artículo 594 LEC y la Resolución de 22 de noviembre de 2007 parece darlo por supuesto cuando afirma que una demanda de rectificación del folio registral debe dirigirse también contra el titular de una hipoteca.

que es el rematante el que debe investigar primero y defender después la realidad y exactitud de la titularidad inscrita y rematada (13).

3. LA ADQUISICIÓN EN SUBASTAS JUDICIALES TAMPOCO GARANTIZA FRENTE A LAS CARGAS REALES MANIFIESTAS O LIMITACIONES LEGALES DEL DOMINIO

El adjudicatario de un remate debe aceptar la subsistencia de todos los gravámenes anteriores (art. 670 LEC), lo que comprende todos aquellos gravámenes registrales y manifiestos que hayan de subsistir, y también las limitaciones legales del dominio (14). La finca se adquiere con sus cargas legales: el artículo 1.640 del Código Civil lo refiere expresamente para el retracto enfiteútico, el artículo 37.3 LH a los retractos legales. El artículo 593.2.II LEC permite específicamente a un tercero acreditar el carácter de vivienda familiar del inmueble embargado para oponerse al embargo (15).

La razón dogmática para la subsistencia de las limitaciones legales es justamente su carácter de manifiestas (puestas de manifiesto por la ley o por la realidad de hecho). Y, a mi juicio, en aplicación del mismo principio, el derecho manifiesto por antonomasia es la propiedad (definido por la ley constitu-

(13) Y ello es porque la subasta no debe garantizar la propiedad, que debe tener un significado aleatorio. El remate debe hacerse, en todo caso, a riesgo y ventura del rematante, sin que éste pueda ampararse en la publicidad del registro, y mucho menos en la publicidad de la anotación de embargo, que es la que identifica el objeto de la ejecución (aunque se puede oponer la inoponibilidad de lo no inscrito).

(14) Respecto de las servidumbres manifiestas hay mucha jurisprudencia que afirma que se adquiere la finca que se embargó, y no tal como se describe en el registro o en la publicidad de los edictos. La STS de 24 de marzo de 1993 contempla la hipótesis de subasta judicial de bienes que el plan de urbanización declara como de servicio público, y que por ello no podía ser dedicado a edificación; la sentencia declara que incumbe al licitador investigar la cuestión de hecho antes de concurrir a la subasta, lo que significa el tratamiento del plan de urbanismo (o la afectación demanial del bien) como una carga pública preferente (con cita de la STS de 15 de diciembre de 1992), que el adquirente en subasta judicial tiene obligación de conocer. Los retractos legales son oponibles al rematante: ARCOS VIERA, «Criterios jurisprudenciales acerca del ejercicio de la acción de retracto legal en supuesto de venta en pública subasta judicial», en *Aranzadi Civil*, 1961, 1 pág. 171. Y en particular los retractos arrendaticios de los artículos 25 y 31 de la LAU (MARINA REIG, «Enajenación forzosa y ejercicio de los derechos de adquisición preferente de los artículos 25 y 31 de la LAU», en *SEPÍN*, diciembre de 1996, pág. 4. Véase también SSTs de 2 de marzo de 1959, 23 de enero de 1971, 30 de octubre de 1990, 27 de julio de 1996, 9 de marzo de 1999 y 14 de junio de 2004).

(15) La STS de 22 de abril de 2004 sostiene que el derecho de uso de la vivienda familiar es oponible frente a terceros, y preferente frente al derecho de uso del adjudicatario en subasta judicial. Sin embargo, la STS de 19 de septiembre de 2007 no admite frente al tercero hipotecario la oponibilidad de un pacto de no disposición de la vivienda adjudicada a la esposa, y tampoco admite la oponibilidad del pacto de donarla a los hijos al llegar a la mayoría de edad.

cional y la realidad manifiesta), y por ello es el derecho que con más razón debe prevalecer frente al «tercero» en las subastas judiciales; y el registro sólo puede ofrecer, en consecuencia, un reforzamiento de las garantías del remate en el sentido de inoponibilidad, no de la publicidad. Y no tiene sentido que tengan mayor protección frente al remate el titular de un retracto legal o de una servidumbre manifiesta, que el propietario (cuyo título tiene una particular excelencia, pues tiene el rango de los rangos: la protección constitucional).

4. LA POSESIÓN PÚBLICA ANTERIOR A LA AP DE EMBARGO ES OPONIBLE AL REMATANTE

Según el régimen establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, en el proceso ejecutivo se ha debido requerir al embargado que señale si el inmueble embargado está ocupado por alguna persona, y el título que ostentan para esta ocupación (art. 589.1 LEC); se ha debido notificar la ejecución y requerir a los poseedores su título de posesión (art. 661 LEC). Y a petición del ejecutante debe valorarse la situación posesoria del inmueble ejecutado lo que puede hacerse antes (art. 661 LEC) o después del remate (art. 675 LEC); y en la ejecución hipotecaria se puede pedir también la administración o posesión interina de la finca o bien hipotecado (art. 690 LEC).

En términos generales en el juicio ejecutivo se puede consumir el lanzamiento de los ocupantes sin título, pero el rematante debe respetar las relaciones posesorias constituidas sobre el bien embargado antes de la anotación de embargo, y excepcionalmente prevalecen también ciertos arrendamientos protegidos, aunque sean posteriores a la anotación de embargo o constitución de la hipoteca (16), lo que se funda habitualmente en la subsistencia de cargas

(16) La cuestión está contemplada en el artículo 13 LAU de 1994, a cuyo tenor, si durante los cinco primeros años de duración del contrato el derecho del arrendador quedara resuelto por la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria, el arrendatario tendrá derecho a continuar en el arrendamiento hasta que se cumplan cinco años; y en los contratos de duración pactada superior a cinco años, si quedara resuelto por esa misma causa una vez transcurridos los cinco primeros años, quedará extinguido el arrendamiento, salvo que haya accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendado. La jurisprudencia de los arrendamientos posteriores es más comprometida, pues era frecuente en el anterior régimen procesal introducir por el embargado un arrendatario que entorpecía la ejecución. La Exposición de Motivos de la LEC 2000 se refiere al incidente en la ejecución que permite desalojar inmediatamente a quienes puedan ser considerados ocupantes de mero hecho o sin título suficiente, que en principio son los que no tienen título o éste es posterior a la AP de embargo. Sobre el artículo 13 LAU de 1994, hay una copiosa bibliografía. Véase M. I. POVEDA BERNAL, «Ejecución hipotecaria y extinción de los arrendamientos», en *RCDI*, 1999, pág. 89; ALONSO SÁNCHEZ, pág. 169. La mayoritaria en la doctrina se manifiesta en ese sentido: ESTRADA ALONSO, «La eficacia de los contratos de arrendamiento sobre los bienes inmuebles hipotecados», en *RCDI*, 1989, pág. 411 y sigs. REDONDO

manifiestas y anteriores (17). La específica protección de todo poseedor es el resultado de la jurisprudencia constitucional sobre este punto (18).

A mi parecer si se concibe al rematante que inscribe como tercero hipotecario adquirente *a non domino* de la propiedad, resultaría que el poseedor (en base al carácter manifiesto de su derecho) tendría más protección que el propietario (también manifiesto), porque el poseedor es mantenido en su posesión si tiene un título posesorio anterior a la anotación de embargo (aunque no esté inscrito), pero no se protege al propietario frente al tercero rematante de buena fe (aunque tenga un título y una situación socialmente consolidada anterior al embargo).

5. EL REGISTRO NO PUEDE GARANTIZAR LA PROPIEDAD AL TERCERO QUE INSCRIBE UN REMATE

Además de las razones formales que he explicado para negar la publicidad en el remate: la falta de control de la identidad y realidad física de la finca en el proceso ejecutivo, la falta de garantía de la realidad manifiesta y de la legalidad que le afecta (también podría añadir la falta de control efectivo del registro de la primera inscripción, y la falta de control efectivo de la realidad de las transmisiones que publica), existen razones materiales específicas para negar la publicidad del remate: el remate no puede asimilarse a una compraventa onerosa pues es un acto de naturaleza aleatoria, que no se funda en un precio justo, ni proviene del titular registral. Además el juicio ejecutivo

GARCÍA, *La entrega de la posesión en los procesos de ejecución de inmuebles*, Madrid, 2002; ACHÓN BRUÑEN, «Problemática relativa al desalojo de los terceros ocupantes de inmuebles subastados», en *RCDI*, 2004, pág. 11 y sigs.; AZOFRA MACKKI, «La ejecución hipotecaria y los arrendamientos para uso distinto de vivienda», en *RCDI*, 2005, pág. 525 y sigs.; PÉREZ GURREA, «Análisis jurisprudencial de los efectos que produce la ejecución hipotecaria sobre los arrendamientos posteriores a su constitución», en *RCDI*, 2006, pág. 1215 y sigs.

(17) En detalle, REDONDO GARCÍA, *La entrega de la posesión en los procesos de ejecución de inmuebles*, Barcelona, 2002.

(18) Las SSTC de 16 de enero de 1992 y 24 de enero de 1995, disponen que el arrendatario posterior en todo caso tiene derecho a ser oído, lo que se basa en la tutela jurisdiccional de la propiedad y en evitar la indefensión, principio que yo entiendo se debería aplicar también a la propiedad. El Tribunal Constitucional después, perfilando el criterio en sentencias 158/1997 ó 223/1997, declara que el poseedor actual, con el fin de evitar su indefensión, y «al tener conocimiento de la ejecución mediante los obligados requerimientos, tiene la posibilidad de aducir la existencia de un derecho que en apariencia puede subsistir»... «Más la decisión en cada una de las situaciones posesorias, como cuestión de legalidad, habrá de acordarse por el Juez o Tribunal, estableciendo si ha de hacerse efectivo el lanzamiento en el seno del procedimiento de ejecución hipotecaria, o bien si, por constatar que existe un título que resulta suficiente para amparar la continuidad de su situación posesoria, aquella diligencia no debe llevarse a cabo». Doctrina que se reitera en la STC 154/2007.

no proclama la propiedad *erga omnes*, y hay que partir de que la inscripción del remate no puede sustantivizarse como propiedad, pues el remate es un acto procesal consecuencia de una AP de embargo de la que depende.

5.1. EL REMATE NO CUMPLE LAS CONDICIONES DEL ARTÍCULO 34 LH: ES UN ACTO DE NATURALEZA ALEATORIA Y QUE NO PROVIENE DEL TITULAR INSCRITO

El artículo 34 LH dice textualmente: «El tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho *de persona* que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo...». Entiendo que el remate no cumple las condiciones del artículo 34 LH, pues el remate ni es una adquisición a título oneroso (es un acto aleatorio), ni proviene de persona que en el Registro aparece con facultades para transmitirlo (pues lo transmite el juez). El remate es aleatorio por la falta de correspondencia entre precio y valor, es la razón que justifica la rebaja drástica de los precios de adjudicación, que si no habría o podrían ser tenidos por usurarios (19).

Y no se cumple un segundo requisito del artículo 34 LH: el remate tampoco es un acto que procede del titular inscrito (exigencia literal del art. 34 LH), sino del Juez. Como todos los actos y contratos litigiosos en razón de la sospecha que representan, entiendo que debe estar sometido a un particular régimen de ineficacia y tutela (arts. 1291.5 y 1.535 CC), que en este caso proclama la primacía de la tutela del propietario real, sobre el «tercero» rematante.

5.2. LA PROTECCIÓN DEL TERCERO HIPOTECARIO ESTÁ EN CONTRADICCIÓN CON LA NATURALEZA PROCESAL DEL REMATE

El juicio ejecutivo no declara derechos, sólo realiza bienes; del mismo modo la acción de tercería no produce efecto de cosa juzgada, ni declara derechos (art. 603 LEC). La *litis* se plantea en la acción ejecutiva exclusivamente frente al embargado (y aun en la tercería se dirige contra el embargado y el embargante); es una acción sumaria entre las partes litigantes, no *erga omnes*, lo que significa que no declara y ni siquiera constata la propiedad. Y

(19) La asimilación del remate a una venta es un argumento de la sentencia reiterado por la doctrina para sostener la adquisición *a non domino* del rematante. Afirma, por ejemplo, GORDILLO, que la venta en pública subasta no deja de ser una venta, y el subastado está realmente inscrito (*El principio*, cit., pág. 1077), y añade ESPEJO LERDO DE TEJADA que lo mismo que en el remate sucede en la enajenación voluntaria y allí nadie duda de la condición de tercero hipotecario del adquirente («La buena fe requerida por el adquirente en remate *a debitore non domino*», en *Revista de Derecho Patrimonial*, 2007, págs. 406, 408).

porque nadie en ningún momento del proceso ejecutivo ha afirmado y menos garantizado la propiedad, puede concluirse que 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 (20).

Y aun se puede añadir un segundo argumento procesal: la eficacia sustantiva del remate queda traicionada por su dependencia del proceso ejecutivo, que se hace efectiva mediante la anotación preventiva; y en efecto 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 (21). Y esto pone el acento en una cuestión básica previa: el remate no es la continuación o sucesión de una inscripción (que limpie el defecto de titularidad) sino la consecuencia de una anotación preventiva, que publica el proceso, no la titularidad. Y el remate por ello debe estar afecto a la preferencia procesal del embargo, y el rango y preferencia de la anotación del crédito ejecutado, que es la causa de la ejecución, y por ello el remate no puede sustantivizarse (*a non domino*) respecto de la propiedad manifiesta o del orden de las preferencias que publica el propio registro.

(20) La eficacia del remate está ligada a la naturaleza del embargo. La enajenación voluntaria tiene un alma, se confía en un vendedor, hay un responsable y un tracto, y se le puede pedir responsabilidad si enajena y no era el propietario (estafa, etc.); es una relación (causal y de fe) entre vendedor y comprador; mientras que en las enajenaciones judiciales no hay justiprecio, ni transmisión propiamente dicha: el juez no transmite, constata la deuda y la ejecutividad del título; y ninguna tutela penal existe frente a errores de determinación de la titularidad o identidad del bien o del titular registral. Y no es ningún secreto que la presencia de «subasteros» ha desacreditado socialmente las subastas judiciales, que compran porque la propiedad subastada no vale nada (aleatoriedad). ¿Y se puede afirmar que ahí empieza la verdad jurídica de la propiedad, como propiedad creada de la nada: *a non domino*?

(21) No se admiten cancelaciones ni adjudicaciones en virtud de AP caducada, lo que es un supuesto común: Resoluciones de 8 de marzo de 2006, 14 de marzo de 2006, 27 de diciembre de 2006, 30 de junio de 2007, 19 de julio de 2007, etc. El supuesto es también común en la jurisprudencia (SSTS de 21 de noviembre de 2006, 18 de junio y 2 de julio de 2008, que declaran ineficaces los remates en virtud de una anotación caducada). Ver ACHÓN BRUNÉN, «El tercer poseedor de los bienes embargados y su intervención en el proceso de ejecución», en *RCDI*, 2005, pág. 438, nota 17. La Resolución de 14 de marzo de 2006 es comentada por DOMÍNGUEZ LUELMO (*CCJC*, 73, pág. 369), que opina que se debe poder inscribir el remate pero no la cancelación de cargas, pues al haber caducado la AP, las cargas posteriores mejoran su rango, una opinión dudosa, pues siendo el proceso, aun sumario, un medio de conocimiento de superior «rango» formal del registro quizá debe reconocérsele al juez la disponibilidad con carácter sumario del folio en el proceso, siempre que acredite haber oído a los titulares de cargas cuya cancelación ordena; y la razón de fondo es que, a mi juicio, el registro debe estar al servicio del proceso y no el proceso al servicio del registro.

5.3. LA FALTA DE INSCRIPCIÓN NO PUEDE SER SANCIONADA CON LA PÉRDIDA DE LA PROPIEDAD, PORQUE EL PROPIETARIO ESTÁ TUTELADO POR LA CONSTITUCIÓN Y NO PUEDE SER OBLIGADO A INSCRIBIR NI A PARTICIPAR EN EL PROCESO EJECUTIVO

Considero infundado culpar al propietario por falta de diligencia al no inscribir, o por no participar con la oportuna tercería en el proceso ejecutivo (22). La propiedad es anterior al registro y superior a una ejecución sumaria; existe en sí misma y por sí misma, se inscriba o no se inscriba, se participe o no se

(22) Lo que VELA SÁNCHEZ llama negligencia en la constancia registral de su derecho («La controversia jurisprudencial sobre la concurrencia de título y modo en las ventas judiciales: ¿cuál es su trascendencia práctica?», en *RCDI*, 2007, pág. 2217). Según este autor protege contra el primer comprador que no inscribe al segundo que lleva su adquisición al registro, premiando así su mayor diligencia y su colaboración con la seguridad del tráfico («La fe publica registral en las ventas judiciales derivadas de embargos inmobiliarios», en *ADC*, 2007, pág. 91); VELA SÁNCHEZ afirma también que el comprador *poco diligente* sólo puede proteger su derecho sustantivo por la oportuna tercería (*la fe pública*, cit., págs. 99 y 100); un brillante autor y una brillante exposición que, a mi parecer, encubre la radicalidad de someter la persona, la justicia, la propiedad y el derecho a la sola fe registral (la última fe sobre la faz de la tierra, en nuestro secularizado mundo jurídico). También ESPEJO LERDO DE TEJADA («La buena fe requerida por el adquirente en remate a *debitor non domino*», en *Revista de Derecho Patrimonial*, 2007, pág. 393), dice que el propietario ha debido participar en la tercería de dominio. MARTÍNEZ ESCRIBANO (pág. 61) después de afirmar que la propiedad sólo puede declararse en vía judicial en un procedimiento contradictorio, se refiere al «desinterés» del propietario que no interpone la oportuna tercería, y al «fin disuasorio de su desidia», y a la «sanción» de su inactividad. Los procesalistas gustan de añadir leña al fuego al subrayar particularmente que la tercería de dominio es una carga procesal del propietario (NADAL GÓMEZ, Irene, *La transmisión a terceros de inmuebles en el proceso de ejecución*, Madrid, 2001, pág. 156; DE LA OLIVA, DÍEZ PICAZO, VEGAS, *Derecho procesal civil, ejecución forzosa, procesos especiales*, 3.ª ed., Madrid, 2005, págs. 201 y 273, aunque facilitada su posición por la tercería registral, artículo 658 LEC. MONTERO AROCA, *Tratado del proceso de ejecución civil*, II, Valencia, 2004, pág. 1527, afirma que las preferencias establecidas por la ley deben hacerse valer por la oportuna tercería). Y en esto también los registradores se muestran de acuerdo con civilistas y procesalistas: ARNAÍZ RAMOS («La AP de embargo en la Ley 1/2000, de 7 de enero», en *RCDI*, 2001, pág. 1571, se refiere en parecidos términos al comprador poco diligente que se atrasa en acudir al registro y que sólo puede hacer valer su preferencia por la oportuna tercería). La doctrina mayoritaria no se preocupa por la justicia de estas pretendidas adquisiciones *a non domino* en las subastas judiciales, y se escuda en una pretendida falta de diligencia del propietario. ¿Cómo puede explicarse la confiscación del propietario? ¿Es un acto de soberanía estatal? ¿Del juez? La propiedad sabemos porqué la pierde el embargado (por no pagar) pero... ¿por qué la pierde el propietario? ¿Por qué la gana el rematante? ALONSO SÁNCHEZ (*Las adjudicaciones procesales de bienes en los procedimientos de ejecución*, Madrid, 1999) opina que el juez actúa no en funciones de representación del embargado, sino de «ejercicio de potestad jurisdiccional ejecutiva» (pág. 73), a mí ésta me parece una terrible expresión, vacía pero estremecedora, que hace del juez el ejecutor ciego de los designios registrales, y que simplifica en demasía el fundamento del registro, del proceso y de la propiedad.

participe en tercerías (23). La supuesta «culpa» del propietario es además insostenible cuando en la ejecución común, y más en la hipotecaria, las causas de oposición están drásticamente limitadas, e incluso hay ejecuciones administrativas que no admiten siquiera tercerías de dominio o mejor derecho. ¿Y cómo va a participar el propietario en la oportuna tercería cuando, por ejemplo, puede no haberse enterado del embargo y la posterior adjudicación? (24).

5.4. LA EXIGENCIA DE BUENA FE NO BASTA PARA JUSTIFICAR LA PROTECCIÓN REGISTRAL DEL REMATANTE

Doctrina y jurisprudencia se estremecen ante las posibles consecuencias en sede de ejecución de la protección del tercero por el registro, pero confían en que la exigencia de buena fe en el rematante evite las secuelas extremas de esta novedosa doctrina (25).

Yo creo que con la llamada redentora a la buena «fe» se ha creado un subterfugio para encubrir las auténticas cuestiones de fondo planteadas. La buena fe es una generalidad imprecisa, que simplifica en exceso el espectáculo del triunfo de la fe registral sobre el derecho no inscrito; del poder

(23) La Constitución promete protección a los propietarios, no específicamente a los que inscriben en el registro. La propiedad, entidad anterior al registro, preferencia paradigmática del sistema patrimonial, significa la persona, la libertad individual, y es fundamento del Estado como realidad de la persona y su libertad. No puede ser traicionada (*a non domino*) más que excepcionalmente en las adquisiciones voluntarias, y nunca en el remate. A mi juicio, en el remate no se puede privar al propietario de la propiedad sin ser oído y sin asumir un justo precio para tal expropiación; sería ni más ni menos una confiscación.

(24) Piénsese también que como el recurso contra la inscripción sólo está previsto en la calificación negativa, nunca contra la inscripción misma, si un tercero inmatricula una finca mía, o parte de ella, yo ni siquiera puedo recurrir naturalmente (gubernativamente) y tendría que ejercitar una acción reivindicatoria, y tendría que presentarme como tercerista de mejor derecho cada vez que se embargue al titular registral, y ya el colmo según alguna doctrina como hay publicidad registral en la doble inmatriculación (aunque yo sea propietario y aunque lo tenga inscrito) en ciertos casos podría perder mi propiedad por una inscripción ajena si se admitiese la publicidad registral a pesar de la doble inmatriculación.

(25) El fundamento octavo de la de 5 de marzo de 2007 plantea el problema de compradores de vivienda que se ven 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 que continúa siendo titular registral, y refiere un posible remedio: la demostración de la falta de buena fe del rematante. También en la doctrina se repite ese argumento, así ROBLEDO VILLAR (*La subasta judicial, el remate*, Barcelona, 1998, pág. 377) refiere que, en este caso, el tercero no puede tener buena fe; y emplea el mismo argumento ESPEJO LERDO DE TEJADA, que destaca la posible falta de buena fe por evidencia de posesión contraria consolidada. VELA SÁNCHEZ subraya también que si había una inscripción o anotación posterior, el tercero registral no puede desconocerla porque carece de buena fe, y lo que le concede es una cómoda posición registral al trasladar la carga de la prueba (*La fe pública*, pág. 104).

sobre la realidad social. La «fe» pública registral a favor del rematante se ampara en la buena «fe» del rematante («fe» que se presume); a mi juicio demasiada «fe» en una sola línea: impropio de un discurso de juristas. ¿Es la escritura pública y la inscripción en el registro el principio del derecho patrimonial o es sólo la ritualización formal de una realidad de hecho que les precede y condiciona? Esa es la pregunta que hay que contestar, y en ese contexto investigar la fe del rematante es eludir la respuesta dogmática al principio primero que se cuestiona. Y es que, a mi juicio, resolver la eficacia de la titulación y del registro con una llamada a la buena fe del rematante es resolver un problema jurídico con discrecionalidad judicial, es decir renunciar al derecho como criterio objetivo y coherente anterior a la sentencia.

Yo creo que en la doctrina que critico, de protección registral *a non domino* del rematante, hay previamente una doble discrecionalidad: discrecionalidad en decidir si se recurre a la buena fe, y discrecionalidad en decidir si existe buena fe. A mí me parece que las sentencias que aplican o niegan la adquisición *a non domino* por el rematante o bien asumen *a priori*, sin cuestionar su justicia, una radical eficacia de la inscripción (se apoyan en que la buena fe se presume), o bien asumen un inadmisibles grado de discrecionalidad judicial en la resolución (y declaran la falta de buena fe). En particular, me parece que a partir de la sentencia de 5 de marzo de 2007 se han multiplicado las sentencias que discuten sobre la buena fe del rematante, y estas sentencias se pueden dividir en dos grandes categorías, una es la de aquellas sentencias que simplifican en demasía el problema planteado, resolviendo la cuestión jurídica a través de artificios formalistas y rituales, quizá sin dar la importancia que merece a la realidad de hecho, como justicia del caso concreto (26). Y una segunda categoría de sentencias valoran a través de la buena fe la situación posesoria de hecho, o la justa equivalencia de prestaciones, evitando la inconsecuencia dogmática de la fe pública (27); en esta

(26) En la STS de 2 de diciembre de 2008 un promotor hipoteca unas viviendas, anteriormente vendidas, y distribuye arbitrariamente la responsabilidad hipotecaria entre ellas. La sentencia declara la mala fe en la distribución de la responsabilidad, pero no en la constitución de la hipoteca o en el remate, pero, ¿por qué no se valora si se podía haber conocido sin esfuerzo que el promotor había vendido antes las viviendas y que estaban habitadas? La STS de 22 de septiembre de 2008 resuelve a favor de un comprador en periodo de retroacción de la quiebra, respecto del rematante en un proceso ejecutivo instado por unos trabajadores. En esta sentencia que a mi parecer carece de razones jurídicas de fondo, la llamada a la buena fe habilita una resolución discrecional del fondo. La STS de 18 de junio de 2008 se plantea el conflicto entre dos adjudicaciones: una en virtud de una AP de embargo caducada y otra en la que no había una previa anotación de embargo, y resuelve a favor del adquirente extrarregistral anterior, porque dice que su buena fe se presume, solución que a mí me resulta superficial y muy pobre en cuanto a razonamiento de fondo.

(27) A mí me parece que, en general, tienen mayor mérito y profundidad aquellas sentencias que niegan la buena fe del rematante, porque han entrado a valorar la situación de fondo, aunque desde luego flotando a la deriva en el mar de los conceptos jurídicos.

segunda categoría efectivamente la jurisprudencia hace gala de su preocupación por la tutela de la justicia del caso, pero ello es a costa de sacrificar el rigor dogmático del discurso jurídico y su coherencia.

Es obvio por otra parte que en materia de aplicar la buena fe y proteger al rematante, muchas sentencias se contradicen, porque en tiempos de libertad religiosa nadie sabe que es la mala fe; y en casos idénticos o similares unas sentencias admiten la oponibilidad de la «maldad» del tercero hipotecario y otras muchas no la admiten, y presumen que el tercero es bueno; y también hay notorias contradicciones en tema del remate y valoración de la realidad de hecho, y en cuanto al remate y la doble inmatriculación. Es decir se ha pretendido unificar la doctrina jurisprudencial y lo que ha hecho es propiciar la discrecionalidad judicial, y además llevar la misma contradicción doctrinal sobre la fe pública a otras sedes jurídicas (28).

6. LA CLÁSICA DISTINCIÓN JURISPRUDENCIAL ENTRE DOBLE VENTA Y VENTA DE COSA AJENA MANIFIESTA LA DISTINCIÓN ENTRE INOPONIBILIDAD Y PUBLICIDAD

La nueva corriente jurisprudencial entiende aplicable el artículo 34 LH a la «doble venta» en subastas judiciales, e insiste muy particularmente en derogar la antigua y consolidada distinción jurisprudencial entre doble venta

Así, la STS de 14 de mayo de 2008, que afirma que el juicio ejecutivo era simulado. La STS de 21 de enero de 2008 declara la nulidad de un proceso ejecutivo por no haberse requerido de pago a los deudores, y niega también la condición de terceros hipotecarios al rematante y sucesivos adquirentes porque afirma «que conocían que en la vivienda vivían personas que poseían a título de dueño», lo que, a mi juicio, es el problema de fondo reconocer la propiedad (que se prueba por la posesión) como oponible al remate. La STS de 28 de diciembre de 2007 niega la buena fe por no haberse acreditado el pago del precio y declara la nulidad de la segunda compraventa por simulación. La STS de 14 de septiembre de 2007 niega la buena fe porque se debió haber conocido la venta anterior. También la STS de 7 de septiembre de 2007 niega la buena fe en el rematante por ser la realidad de hecho notoria: la demandada poseía la finca habitaba en ella y estaba separada por una valla metálica.

(28) Y el argumento histórico incidental que emplea la sentencia de 5 de marzo de 2007 a favor del tercero hipotecario en el remate carece de consistencia. Es evidente que el sistema que crea la Ley Hipotecaria de 1861-69 es un sistema respetuoso con el sistema histórico de registro de inoponibilidad de títulos, que pretende crear la hipoteca inmobiliaria como base de un crédito seguro. La reforma hipotecaria de 1909 es el relato del fracaso del principal intento de importar un derecho registral germánico, de legitimación registral radical, que incorpora el hecho al registro. La «importación» radical de una publicidad absoluta para el tercero hipotecario es una innovación de la normativa hipotecaria de 1944-46, basado en una ideología totalitaria del Estado, y sus perfiles están poco delineados legislativamente. En todo caso es absolutamente claro que ninguno de los padres del Derecho Hipotecario hace el más mínimo comentario a favor de reconocer la condición de tercero hipotecario al rematante, sino todo lo contrario.

y venta de cosa ajena (29). La jurisprudencia unificada por la STS, de 5 de marzo de 2007, puede también incardinarse en una radical evolución de la doctrina en este punto (30). Esta innovación es, a mi juicio, doblemente criticable: porque aplica una doctrina errónea de la publicidad registral a la doble venta, y además porque, como he dicho, a un remate ni siquiera se le puede llamar venta.

(29) Una jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo distinguía dos supuestos: a) *Doble venta*: cuando la primera compraventa —que se opone a la segunda que causó inscripción registral— no se hubiera consumado en el sentido de no haberse producido la posesión real o de hecho del bien adquirido, o de no haberse consumado la adquisición por pago del precio y vida continuada en el inmueble, en cuyo caso la venta que prevalece y resulta válida es la primera que se inscribe en el Registro de la Propiedad. b) *Venta de cosa ajena*: cuando la primera compraventa resulte plenamente realizada por pago íntegro del precio y entrega de la cosa al vendedor, que accede efectivamente a su posesión inmediata y disfrute, y que puede considerarse socialmente consolidada, en cuyo caso no ha lugar a la preferencia de la posterior inscripción registral. Nótese que el concepto de cosa ajena que se planteaba la pretérita jurisprudencia es más restringido que el de doble venta en sentido estricto, en el que el primer comprador haya simplemente recibido por *traditio*, real, simbólica o instrumental, la cosa vendida y se vuelva a vender a un tercero que inscribe o que se trate de dos ventas que provienen de distintos compradores (lo que la doctrina también solía considerar incluido en el art. 1.473 CC, ver SÁNCHEZ CEBRIÁN, *Doble venta y publicidad registral*, Madrid, 2004, pág. 217, nota 33).

(30) PETIT SEGURA, *La doble venta y la doble disposición de la cosa*, Barcelona, 1990, que califica la doble venta del artículo 1.473 del Código Civil como una subespecie de las adquisiciones *a non domino*; GARCÍA GARCÍA dice: «debería diferenciarse el caso de doble venta del supuesto de «venta de cosa ajena», para llegar a la conclusión de que mientras en este segundo supuesto hay «adquisición *a non domino*», que es nula a efectos reales, en el primer caso hay adquisición *a domino*, que es válida y eficaz en virtud de la inscripción en el Registro», en *Derecho Inmobiliario Registral*, t. II, Madrid, 1993, págs. 80-81 y 87. Este planteamiento se generaliza: por ejemplo, RUBIO GARRIDO, *Doble venta y doble disposición*, Barcelona, 1994, que insiste se trata el artículo 1.473 del Código Civil de consumir adquisiciones *a non domino*; CANO MARTÍNEZ, *Doble venta, una situación de pendencia*, Barcelona, 2000; PAU PEDRÓN, «La doble venta de inmuebles y la publicidad registral», en *La Publicidad Registral*, Madrid, 2001; BUSTOS PUECHE, «El sujeto beneficiario de la protección registral», en *RCDI*, 2003, pág. 2627 y sigs.; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, «Comentario a la sentencia del TS de 10 de junio de 2003», en *RCDI*, 2004, pág. 1965, define la venta de cosa ajena como válida pero ineficaz y el registro purga esa ineficacia; AMORÓS GUARDIOLA, «Comentario al artículo 606 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, pág. 343 y sigs.; GORDILLO, que considera en base al artículo 1.473 del Código Civil que la inscripción en el registro es un modo atributivo de la propiedad; SÁNCHEZ CEBRIÁN, para quien ha inscrito el negocio válido en el que funda su adquisición podrá hacer valer su derecho frente a todos y, en particular, frente al adquirente en virtud de título anterior que no lo inscribió» (cit., pág. 521); GARCÍA BERNARDO LANDETA, «La doble venta y la venta de cosa ajena de bienes inmuebles», en *RDN*, 2007, pág. 59 y sigs., no comprende cómo una diferencia temporal cualitativa se convierte en cuantitativa; PÉREZ UREÑA, «La venta de cosa ajena a la luz de los principios registrales de prioridad y buena fe», en *Boletín de Contratación Inmobiliaria*, 54, febrero de 2009, se muestra favorable al nuevo criterio jurisprudencial; SABORIDO SÁNCHEZ, cit., pág. 131 y sigs.; VELA SÁNCHEZ, «La doctrina jurisprudencial consolidada en sede de doble venta judicial inmobiliaria», en *LL*, 26 de marzo de 2009, pág. 6.

A mi parecer la adquisición *a non domino* en la doble venta significa reconocer una eficacia a la inscripción que no se corresponde con los presupuestos técnicos del registro (falta de control de la identidad y realidad física de la finca, de la titularidad de la primera inscripción; falta de control de la realidad de la transmisión); no se corresponde con la facilidad de acceder al registro situaciones inexactas o fraudulentas; no se corresponde con la naturaleza del registro como instrumento de protección del crédito. A mi entender en la doble «venta» la protección del tercero debe ser por la vía de la inoponibilidad, sin garantía de una adquisición *a non domino*. El registro no debe garantizar la propiedad sino que la cosa vendida no se ha vendido antes, o que la venta anterior no se ha consolidado (este es el límite de la publicidad y de la buena fe) (31).

La desorbitada interpretación del artículo 34 LH, contorna la distinción entre inoponibilidad y publicidad, elude la esencial excepcionalidad de la publicidad (dados sus perfiles inconstitucionales) y permitiría suprimir los artículos 1.473 CC y 32 LH, que resultarían superfluos (32). A mi entender la inscripción no puede convalidar los actos nulos y la venta de una cosa vendida anteriormente, cuando es evidente que hay propietario manifiesto o un adquirente que ha consolidado de forma pública y durante largo tiempo su titularidad han de asimilarse a los actos radicalmente nulos, que no se convalidan por la inscripción registral; porque la realidad notoria y manifiesta tiene la publicidad en sí misma (clama desde la tierra) que es superior a la

(31) La distinción entre doble venta y venta de cosa ajena es la realidad del llamado iter pluscuamperfecto de la propiedad que expone PETIT GARCÍA (pág. 316), también por MOLINA GARCÍA (pág. 316), y luego se reitera con diversas terminologías por muchos autores. GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, II, pág. 82, dice que la doble venta no es un supuesto de adquisición *a non domino* sino *a vero domino*, porque el primero que adquiere realmente es el primero en la inscripción; CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La doble venta. Una situación de pendencia*, Barcelona, 2000, págs. 16 y 37, se refiere a la situación del primer comprador como de pendencia, hasta que se conozcan todas las circunstancias del caso; y SÁNCHEZ CEBRIÁN, *Doble venta inmobiliaria y publicidad registral*, Madrid, 2006, pág. 497, lo explica, con muy buen criterio por la ineficacia de títulos que no se inscriben. A mí me parece que hay que llevar a sus últimas consecuencias esta brillante doctrina: hay tres escalones en la publicidad de una transmisión: la posesión (*traditio*), la inscripción y la consolidación de la propiedad. Yo creo que para entender el artículo 1.473 II CC y 32 LH hay que comprender que la adquisición efectiva de la propiedad se basa en la publicidad de la transmisión (*traditio*), pero el registro añade algo más, que es la notificación pública de la transmisión, con una expresión más perfecta de las circunstancias de la misma (tiempo, causa, sujetos, condiciones), y por ello, por ser una publicidad más perfecta que la mera transmisión privada de la posesión, es lógico que ordinariamente prevalezca en caso de doble venta, pero siempre respetando la propiedad socialmente consolidada con posesión manifiesta, que es una relación jurídica que nace de la tierra misma y existe por sí misma como fundamento del derecho y de la libertad personal, sin intermediación del registro o del Estado.

(32) Dice, de modo quizá irreverente, BUSTOS PUCHE, que el Supremo no sabe qué hacer con el artículo 32 LH, pág. 1075.

artificial del registro (33). A mi entender, si la cosa se había vendido antes, mucho antes, y la situación estaba socialmente consolidada, y el precio pagado era justo, está claro que el vendedor no sólo no tenía poder de disposición y no era titular, sino que ni siquiera tenía intención de transmitir (no puede haber consentimiento sin intención de transmitir), pues el consentimiento se presta sobre la cosa y sobre la causa; además existía una causa ilícita (ánimo de defraudar al primer comprador, de enriquecerse torticeramente) y como el objeto era imposible (de modo tanto físico como jurídico) no podía ni nacer, ni existir obligación.

En todo caso y muy en particular debe insistirse en la imposible asimilación entre venta y remate, y que por lo tanto el régimen de la doble venta no es aplicable al remate; y la preferencia del remate en razón de su naturaleza y de su natural dependencia de una anotación preventiva, se rige por sus propias reglas procesales, registrales y materiales, no por el régimen de la compraventa. Como ya he explicado, todo remate tiene un sentido aleatorio, toda privación forzosa de la propiedad es sospechosa y requiere en el adquirente un mayor grado de diligencia; y el proceso ejecutivo no declara derechos, ni los trasmite, pues subroga al rematante en la posición del titular registral. También aquí la jurisprudencia y doctrina resuelven las incoherencias clamando por la buena fe, y la crítica a este circunloquio «espiritual» ya la hemos hecho antes (34).

(33) Según MIQUEL (*Comentario al art. 609*, comentarios al Código Civil, Ministerio de Justicia, I, pág. 1546 y sigs.), no se puede decir que la segunda venta es nula porque la compraventa produce efectos obligacionales no reales; y afirma en otro trabajo («El Registro Inmobiliario y las adquisiciones de la propiedad», en *RD Patrimonial*, 1, 1998, pág. 56) que si había una inscripción contraria, la posesión no llega siquiera a consumar la transmisión de la propiedad por *traditio* (lo que, a mi juicio, desconoce la supremacía de la legitimación posesoria sobre la registral). En el mismo sentido que Miquel opinan: SÁNCHEZ CEBRIÁN, cit., pág. 224; y también GORDILLO: la ajeneidad de la cosa no afecta al título de transmisión («Comentario a la STS de 5 de marzo de 2007», en *CCJC*, pág. 1436); SABORIDO SÁNCHEZ, por el contrario, le llama «argumentación esencial», y también convence a ARRIETA SEVILLA, que dice que hay falta de poder de disposición, no falta de objeto, pág. 176.

(34) Las dobles «ventas» se han mostrado particularmente frecuentes en casos de concurrencia de procesos de ejecución (véase GONZÁLEZ PILLADO, *La acumulación de ejecuciones en el proceso laboral*, Valencia, 1998, pág. 55). El supuesto más común en la jurisprudencia es el del comprador que toma posesión pero no inscribe, y luego el bien es embargado por deudas de su vendedor que continúa como titular registral, ¿puede el rematante considerarse después que inscribe adquirente a *non domino*? Por ejemplo, en el supuesto de hecho de la STS de 15 de julio de 2004, el señor Eduardo vendió nueve pisos con poder suficiente y consentimiento de una promotora (Paraje de Fuente Nueva, S. A.), pisos que los compradores ocuparon efectivamente; sin perjuicio de lo cual, «se atrevió ésta» (*sic* en la sentencia) a volver a vender los citados inmuebles a otra mercantil, y por medio de la madre política del citado, de sesenta y tres años, actuando la misma como representante de la promotora. Normalmente la jurisprudencia resuelve este problema clamando por la buena fe. A mi juicio, el acierto de la STS de 20 de noviembre de

7. LA ADQUISICIÓN A *NON DOMINO* DEL REMATANTE CONTRADICE EL CARÁCTER SUMARIO DEL PROCESO EJECUTIVO Y LA COHERENCIA REGISTRAL DE LAS PREFERENCIAS DEL CRÉDITO EN LA EJECUCIÓN

7.1. OBSERVACIÓN PRELIMINAR: EL ARTÍCULO 594 LEC NO PROCLAMA LA ADQUISICIÓN A *NON DOMINO* DEL REMATANTE

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 afirma de modo tajante que el embargo sobre bienes que no son del ejecutado es eficaz (art. 594 LEC). Es una norma que expresamente deroga la doctrina jurisprudencial anterior que proclamaba la nulidad del embargo de cosa ajena; y en consecuencia también declaraba nulo el remate de cosa ajena (35). Muchos autores suponen que tras la reforma procesal de la nueva LEC, el artículo 594 LEC establece la publicidad registral *ex* artículo 34 LH en favor del rematante (36). Como

2008 es extraordinariamente dudoso: el demandante adquiere un inmueble en documento privado en 1979 de la entidad ADADA, S. L., y ejerce allí un negocio, pero el inmueble sigue inscrito a nombre de Adada; muchos años después se ejecuta el inmueble por deudas de Adada. ¿Merece ser el rematante protegido por el registro? ¿Por qué no plantearse si el ejecutante pudo haber fácilmente conocido la realidad de la transmisión previa de la propiedad y la posesión contraria? También me parece dudoso el acierto de la STS de 5 de mayo de 2008: una señora compra una finca en 1987 y vive en ella, el vendedor sigue como titular registral y se embarga en 1993 y se adjudica en 1997 por deudas de la Hacienda Pública del vendedor, ¿no se debió al menos haber notificado la ejecución a la propietaria? (al hablar de la buena fe hemos criticado también en el mismo sentido la STS de 2 de diciembre de 2008).

(35) Antes de la LEC 1/2000 era frecuente en la jurisprudencia declarar la nulidad del embargo de cosa no perteneciente al ejecutado (SSTS de 16 de marzo de 1893, 22 de mayo de 1989, 8 de marzo de 1993, 25 de marzo de 1994, 10 y 16 de junio de 2003 y 25 de mayo de 2006, y la razón es que el titular del embargo no adquiere por el embargo mismo ni por su AP ningún derecho real sobre la cosa (STS de 10 de mayo de 1994).

(36) En particular, GORDILLO, *El principio...*, cit., pág. 1077; también GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, «Comentario a la sentencia del TS de 10 de junio de 2003», en *RCDI*, 2004, pág. 1965, afirma que como el artículo 594 LEC produce su validez, el artículo 34 LH suple su ineficacia; en el mismo sentido, DÍAZ MARTÍNEZ, *La ejecución forzosa de bienes inmuebles en la nueva LEC*, Pamplona, 2001, pág. 75 y sigs.; NADAL GÓMEZ, *La transmisión a terceros de inmuebles en el proceso de ejecución*, cit., pág. 138 y sigs., quien tras exponer la primera opinión de FERNÁNDEZ BALLESTEROS de que el embargo de cosa ajena era nulo, afirma la eficacia constitutiva del embargo, que sólo puede ser levantada con una declaración formal de titularidad del bien en una tercera de dominio, que exige un título anterior al embargo «consolidado» (y el posterior se debe cancelar radicalmente), lo que parece, si yo he entendido bien sus planteamientos, excluir la posibilidad de reivindicar los bienes después del remate, también pág. 198 y sigs.; en la pág. 309 vuelve sobre el tema y afirma que en esa eventual acción declarativa posterior el «tercer» propietario no podrá impugnar la adquisición basándose en que el embargo no debió trabarse por no pertenecer los bienes al ejecutado, ni puede pedir por esa causa la nulidad de actuaciones, quedándole a dicho tercero «ex propietario» la acción de enriquecimiento injusto). En el mismo sentido se manifiestan AMORÓS, «Anotaciones de embargo y las recientes reformas legislati-

he subrayado al comienzo de este trabajo, esta opinión hay que situarla en el contexto de un meritorio esfuerzo doctrinal y jurisprudencial para garantizar la eficacia del proceso ejecutivo, pero creo que hoy en día doctrina y jurisprudencia se exceden en este punto, porque si la opción del artículo 594 de la LEC 1/2000 es favorecer la eficacia y rapidez del proceso ejecutivo no se puede exagerar la eficacia adquisitiva de un procedimiento ejecutivo sin garantías de la titularidad (37).

El artículo 594 LEC se entiende si se sitúa en el contexto histórico que explica sus orígenes doctrinales y jurisprudenciales. Con anterioridad a las reformas legislativas de 1992 era frecuente que un proceso ejecutivo fuese defraudado por la presentación en el registro, en los momentos inmediatamente anteriores al remate, de una escritura pública de enajenación extrarregistral por el embargado de fecha anterior a la anotación de embargo; esta escritura se consideraba inscribible, y se afirmaba que cerraba el registro al remate (38). La Ley de 30 de abril de 1992, de Reforma urgente en materia

vas», en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 35, 2005, pág. 838, y VELA SÁNCHEZ, «La doctrina jurisprudencial consolidada en sede de doble venta judicial inmobiliaria», en *LL*, 26 de marzo de 2009, pág. 8. La STS de 5 de marzo de 2007 parece hacer esa misma lectura del artículo 594 LEC.

(37) BUSTOS PUECHE, «Intento del TS por fijar la doctrina jurisprudencial sobre el artículo 34 LH», en *Libro homenaje a Cuadrado Iglesias*, 2008, pág. 1076, piensa que el nuevo criterio establecido por el legislador en el artículo 594 LEC ha pesado sobre la decisión jurisprudencial, pero el artículo 594 no se inclina por la validez de la enajenación, sino por la validez del embargo. A su parecer, como el negocio se intenta hacer valer por una de las partes que ha participado en la negociación debe prevalecer el artículo 33 LH. A mí me parece que el artículo 594 LEC es el corolario y consecuencia del artículo 593 LEC, que ordena al juez antes de ordenar la traba que investigue diligentemente si los bienes son titularidad del embargado y le notifique el embargo trabado a todo aquel que pudiera ser propietario de la cosa embargada. Entiendo que el artículo 594 LEC autoriza al juez a seguir la ejecución aunque tenga dudas fundadas de la titularidad de los bienes embargados, pero siempre a expensas, riesgo y ventura del acreedor embargante y del rematante, porque el embargo de bienes ajenos es naturalmente ineficaz, salvo la eficacia singular de la inoponibilidad de títulos no inscritos, que es a lo que entiendo se refiere el inciso final del artículo 594.1 LEC. Un argumento que entiendo decisivo es que la primera redacción del proyecto de reforma de la LEC establecía en el artículo 607, apartado 1, el carácter irreivindicable de la adquisición del rematante, en el anteproyecto pasa a ser el artículo 597, que suaviza el precepto al añadir: «salvo las excepciones establecidas por las leyes», y el texto definitivo del artículo 594 actual se introduce tras el informe de la ponencia del Senado, que cambia sustancialmente su primitiva redacción, y que ya no establece el carácter irreivindicable de la adquisición en remate judicial (en detalle, SERRERA CONTRERAS, «Anotación preventiva de embargo. ¿Aun en ascenso?», en *RCDI*, 2001, pág. 1275 y sigs.).

(38) Idéntico sucedía con la constitución de una hipoteca, aun posterior a una AP de embargo, que subsistía tras el remate por decirse que la hipoteca era de mejor rango que la AP (Resoluciones de 20 de marzo y 28 de septiembre de 1968). Algún autor mantuvo en aplicación del principio de prioridad la preferencia del rematante sobre el adquirente anterior a la AP que no había inscrito su compra o la ineficacia de la hipoteca posterior, pero era una postura muy minoritaria (DE LA RICA ARENAL, «Meditaciones hipotecarias. El

procesal, tiene una preocupación muy particular por la protección y eficacia del juicio ejecutivo, que entiende se consigue estableciendo una radical prioridad de la anotación de embargo; la ley citada modifica en este sentido los artículos 1.512 y 1.518 LEC, y establece, tras el remate, la cancelación de los asientos posteriores a la anotación preventiva de embargo, lo que otorga una peculiar ofensiva a la anotación de embargo (establece la ineficacia de títulos fehacientes anteriores no inscritos) (39).

A mi parecer el artículo 594 LEC hay que situarlo en ese contexto. A partir de 1992 se reconoce al embargo validez en sí mismo, y también prioridad y preferencia (eficacia ofensiva) derivada de la inoponibilidad de títulos no inscritos tras la anotación del embargo en el registro. Entiendo que ésta es la opción que asume la LEC 1/2000, y que se incorpora, entre otros, al artículo 594 LEC.

principio de prioridad y las inscripciones retrasadas», en RCDI, 1958, pág. 794 y sigs.; FRANCO ARIAS, *El procedimiento de apremio*, Barcelona, 1987, pág. 114 y sigs.; criterio también seguido por alguna resolución DGR en su tiempo extravagante: Resolución de 20 de mayo de 1944; y yo mismo en el *Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, 1986).

(39) En el mismo sentido, el Real Decreto 1386/1992, de 13 de noviembre, realiza una reforma del artículo 175.2, RH. En su nueva versión se dispone por dicho artículo que «cuando en virtud de procedimiento de apremio contra bienes inmuebles se enajene judicialmente la finca o derecho embargado, se cancelarán las inscripciones y anotaciones posteriores a la correspondiente anotación de embargo, aunque se refieran a enajenaciones o gravámenes anteriores». En opinión de SARMIENTO RAMOS, si el embargo persigue y produce la vinculación de un bien a un proceso encaminado a su ejecución... habrá que admitirse igualmente que, por efecto del principio de prioridad, todos los gravámenes que recaen sobre el bien ya trabado deberán también quedar extinguidos al ejecutarse aquel en el procedimiento en que se acordó la traba (pág. 146), lo que se sustenta, según dicho autor, no sólo en la coherencia y eficacia de la prioridad registral, sino también en la eficacia y simplificación del procedimiento ejecutivo y en la seguridad de los postores de la subasta (véase, en particular, pág. 104 y sigs., y véase también, en ese sentido, RIVAS TORRALBA, pág. 31; MONSERRAT VALERO, «La anotación de embargo y las cargas reales anteriores cuando el crédito anotado es preferente al garantizado por éstas», en *Diario La Ley*, núm. 5190, jueves, 23 de noviembre de 2000; NADAL GÓMEZ, *La transmisión a terceros de inmuebles en el proceso de ejecución*, Madrid, 2001, pág. 305 y sigs.). Tras la reforma de 1992, la Dirección General sostiene la ineficacia de los actos de disposición que no constan en el registro en el momento de la AP de embargo (véase Resoluciones de la DGRN de 23 de marzo y 5 de mayo de 1993), y doctrina y jurisprudencia sostienen mayoritariamente la ineficacia de una hipoteca constituida con posterioridad a una anotación de embargo, porque en el momento de nacer la hipoteca el embargo ya estaba publicado (véase MERINO GUTIÉRREZ, «El tercero hipotecario y la anotación de embargo», en *ADC*, I, 1994, pág. 91 y sigs.; NADAL GÓMEZ, pág. 50 y sigs.). Hoy este tema no parece conflictivo y a esta solución llegan las SSTs de 21 de junio de 2007 (con comentario de DOMÍNGUEZ LUELMO, *CCJC*, 76, pág. 215 y sigs.) y 3 de diciembre de 2007, el adquirente, según el registro, no tiene la protección del artículo 34 LH, si cuando va a inscribir existe una AP de embargo, aunque esta anotación sea posterior a la fecha fehaciente de su adquisición y el argumento principal de la sentencia parece ser que igual protección merece la confianza del comprador que del embargante. Frente al claro sentido de la reforma, algunos autores (por ejemplo, RENTERÍA, pág. 737 y sigs.) hacen una encendida defensa del régimen tradicional y sostienen que anotación e inscripción no son asientos homogéneos y no pueden cancelarse automáticamente por una inscripción posterior.

7.2. LA PREFERENCIA DE LA ANOTACIÓN DE EMBARGO Y EL SIGNIFICADO DE LA INOPONIBILIDAD

La publicidad de la propiedad y del proceso ejecutivo no son dos categorías homogéneas. El embargo (y el remate posterior) es una institución procesal-registral, y debe haber una coordinación del registro con el proceso ejecutivo (que recordemos, no declara derechos y sólo produce efectos entre los litigantes).

En efecto, el registro ofrece al ejecutante una *prioridad procesal*, que con carácter general le otorga derecho a recibir en su día el producto de la realización de los bienes embargados (art. 613.1 LEC). La anotación otorga también una cierta *preferencia al crédito anotado* que se realiza sobre el bien embargado, aunque éste pase a poder de terceros, o incluso (ordinariamente) aunque el bien embargado haya pasado a poder de terceros antes del embargo, si esta transmisión no constaba en el registro con anterioridad a la anotación de embargo (*ius persequendi*) (40). Toda inscripción o anotación posterior

(40) En la LEC 1/2000 el *ius persequendi*, derivado de la anotación de embargo, se desarrolla muy especialmente en el régimen del tercer poseedor. El artículo 658, párrafo 2 LEC asimila el adquirente anterior que inscribe con posterioridad a la AP al tercer poseedor, y por tanto el adquirente anterior al embargo que no ha inscrito su derecho tiene ordinariamente que intervenir el proceso de ejecución comenzada por la vía de la tercería para defender su derecho, salvo, como digo, que su derecho esté reservado por el propio registro o que goce de una titularidad consolidada. El juicio ejecutivo cuya constancia pública se hace efectiva por la anotación preventiva de embargo, prevalece así sobre el adquirente anterior que no ha inscrito (en este sentido, Díez GARCÍA, *El tercer poseedor de finca hipotecada*, Pamplona, 1998; BUSTOS PUECHE, «El sujeto beneficiario de la protección registral», en *RCDI*, 2003). Parece que es verosímil concluir que la nueva LEC, en los artículos 662 y 538.3 LEC, parece reconocer al tercer poseedor una condición análoga a la de parte en el proceso ejecutivo para oponerse a la ejecución que le perjudica, aunque el adquirente anterior al embargo puede limitarse a ejercer las prerrogativas que la LEC ofrece al tercer poseedor: derecho a que el registrador le notifique el proceso de ejecución (art. 559.1), a impugnar las resoluciones del ejecutivo que le afectan (art. 583.3) a proponer y dar su conformidad al convenio de realización (art. 640), a librar el bien mediante pago con subrogación (art. 659.3), y a participar en el reparto del sobrante (art. 672.1). El artículo 126 LH llama tercer poseedor al adquirente de un bien hipotecado antes del comienzo de la ejecución, sin distinguir si la adquisición se produjo antes o después del inicio de la ejecución o antes o después de la constitución de la hipoteca. En sentido contrario, se opone a su condición de tercer poseedor, ACHÓN BRUNÉN (*La ejecución dineraria, cuestiones conflictivas*, Madrid, 2009, pág. 264), y se opone a la eficacia radical de la prioridad derivada de la inoponibilidad de títulos, SERRERA CONTRERAS («La anotación preventiva de embargo y la prelación de créditos tributarios», en *RCDI*, 2004, pág. 2892), aduce que es frecuente adquirir viviendas por documento privado de las que se va pagando el precio y que sólo se escrituran públicamente tras pagar todo el precio, pero a mi parecer esto es lo que efectivamente se remedia con la tutela jurisdiccional de la propiedad, cuando la propiedad está consolidada en el adquirente anterior, repite pues el autor una argumentación similar contraria a la eficacia ofensiva de la anotación preventiva que ya había expuesto en su trabajo: «La imparable ascesión de la anotación preventiva de embargo», en *RCDI*, 1994, pág. 90) donde sostienen la preferencia de la adquisición anterior sobre

a la AP de embargo está ordinariamente destinada a ser cancelada, tras el remate, en el nuevo régimen de *cancelación de cargas* (art. 674 LEC) (41).

Y es que por la *inoponibilidad de títulos* no inscritos se reconoce a la anotación preventiva una eficacia ofensiva que limpia después del remate todas las cargas no manifiestas del bien embargado; y significa que después de la AP de embargo no son oponibles al rematante títulos de propiedad, gravámenes provenientes del titular registral que no están inscritos, aún anteriores a la anotación de embargo (salvo si son manifiestos o «socialmente consolidados»); y tampoco son oponibles los derechos de crédito anotados o inscritos con posterioridad, salvo que conste registralmente de modo fehaciente su rango preferente anterior. Pero esta eficacia ofensiva derivada de la inoponibilidad es algo radicalmente distinto de la publicidad *ex* artículo 34 LH. A mi juicio, considerar el rematante tercero hipotecario consagra la confusión entre publicidad e inoponibilidad a costa de destruir la propiedad como derecho anterior al registro, a costa de destruir el sentido del registro como sistema de publicidad del proceso ejecutivo, y a costa de destruir el sentido del registro como garantía del orden y la prioridad de los créditos inscritos o anotados.

A mi juicio, el remate no puede ser fundamento de una protección de derechos *a non domino*, pues la eficacia del remate está determinada por un proceso, un crédito y una anotación de embargo (el proceso ejecutivo tiene una prioridad procesal, la anotación tiene un rango y el crédito que se ejecuta una preferencia). El remate coloca al rematante en la posición del titular registral, pero siempre en el contexto de la preferencia procesal derivada de la prioridad del juicio ejecutivo (*ius prioritatis*), el rango de la anotación preventiva de embargo (*ius perseguendi*) y la preferencia del crédito ejecutado (si está publicada por el registro). El remate es en definitiva un acto

la anotación de embargo posterior. La jurisprudencia admite sin problemas al adquirente anterior que no inscribe como tercer poseedor; por ejemplo, la STS de 18 de diciembre de 2008, respecto de un adjudicatario en 1996, que inscribe en 1997, frente a compradores anteriores que inscribieron después de la anotación de embargo.

(41) Una reiterada jurisprudencia admite la doble eficacia (*ius prioritatis*, *ius perseguendi*) del embargo (SSTS de 10 de diciembre de 2002, 30 de noviembre de 2004 y 21 de junio de 2007. Dice textualmente la STS de 3 de diciembre de 2007: «la norma establecida en el artículo 38, párrafo 5.º, de la Ley Hipotecaria, que precisamente regula los supuestos en que los bienes sobre los que ha sido anotado un embargo pasen a poder de un tercer poseedor, determina que cualquier derecho nacido con posterioridad a la anotación de embargo resulta afectado por la misma, en el sentido de que al garantizado por dicha anotación se otorga rango preferente sobre los actos dispositivos celebrados y sobre los créditos contraídos con posterioridad a la fecha en que la misma se ha practicado»). Sobre la dualidad *ius perseguendi*, *ius prioritatis*, ligados al embargo y a su anotación (MONTERO AROCA-FLORES MATIES, *Derecho Jurisdiccional*, II, *Proceso civil*, 7.ª ed., Valencia, 1997, págs. 538 y sigs.; *Tratado del proceso de ejecución civil*, II, Valencia, 2004, pág. 1525 y sigs.; NADAL GÓMEZ, *La transmisión a terceros de inmuebles en el proceso de ejecución*, Madrid, 2001, pág. 96 y sigs.; FERNÁNDEZ BALLESTEROS, «La ejecución forzosa y las medidas cautelares», en *Cizur Menor*, 2002, pág. 293 y sigs.). Yo entiendo que esta doble eficacia del embargo no es sino la otra cara de la inoponibilidad de títulos.

causal en su triple perspectiva: procesal, registral y material, no un acto de adquisición *a non domino*. En ese contexto la llamada purificadora a la buena fe del tercero que inscribe su remate es una inferencia vulgarizadora que destruye los principios más fundamentales del proceso ejecutivo y de la concurrencia de créditos en el registro.

7.3. CARÁCTER IDEAL DEL EMBARGO, CONCURRENCIA DE EMBARGOS QUE SE EJERCITAN EN PROCESO EJECUTIVO E INCONSECUENCIA DE LA PUBLICIDAD DEL REMATE

La prioridad y rango del embargo, basado en la inoponibilidad de lo no inscrito, resuelve el problema procesal y sustantivo que plantea el régimen de concurrencia y pluralidad de embargos que, a mi juicio, carece de coherencia si se parte de un régimen de publicidad del remate.

En efecto, el embargo ha cambiado de naturaleza a causa del registro. En el derecho histórico se suponía (hipoteca judicial) la desposesión del embargado, y la puesta de los bienes embargados en administración. La ley de reforma hipotecaria de 1909 consuma un proceso histórico de «idealización» del embargo, iniciado en la ley hipotecaria de 1861-69. El embargo está ahora protegido o sustentado por la anotación registral, y es posible un embargo sin desposesión del embargado (42).

El precio a pagar en el nuevo régimen del embargo es alto: la pérdida de «realidad» del embargo. El embargo es o puede ser un acto judicial de mera traba «ideal»; y aún hoy en día, como hemos visto, se acrecienta su «idealismo» y la traba existe (art. 594 LEC) sin garantía no sólo de la propiedad, sino ni siquiera de la existencia, consistencia o identidad del bien embargado. Por eso mismo, porque el embargo es un acto ideal, el embargado conserva su facultad de disposición sobre los bienes embargados (arts. 71, 38.5 LH; art. 143 RH; arts. 613, 658, 662 LEC), y el registro está abierto a inscripciones y anotaciones posteriores contradictorias con la anotación de embargo: de actos de disposición y gravamen anteriores (que acceden con posterioridad) o posteriores al embargo.

Y como el embargo es un acto ideal también pueden concurrir una pluralidad de embargos y de ejecuciones singulares sobre el mismo bien (43). A

(42) Véase RAMOS FOLQUES, *El precedente...*, cit., pág. 704; SARMIENTO RAMOS, pág. 12; ARROYO Y AMAYUELAS, «De las hipotecas judiciales a las anotaciones preventivas de embargo y de sentencia. Los precedentes de los artículos 42.2 y 42.3 LH», en *Estudios en honor a Díez Picazo*, III, Madrid, 2003, pág. 3521 y sigs.; MARTÍNEZ ESCRIBANO, «La eficacia del embargo. Su alcance frente a terceros», en *Cizur Menor*, 2006, págs. 21 y sigs.

(43) La posible existencia de una pluralidad de embargos y ejecuciones simultáneas había sido desechada bajo el imperio de la anterior LEC por diversos autores: IPIENS

mí me parece que no eran ni son realistas las dudas de procesalistas e hipotecaristas a la posible concurrencia de embargos y ejecuciones singulares

LLORCA, «Anotaciones de embargo e hipotecas. Algunas reflexiones en torno a su concurrencia en los procesos de ejecución singular de bienes inmuebles», en *AAMN*, 1974, pág. 45, para quien el procedimiento de apremio no es el adecuado para resolver las cuestiones de preferencia que se deben, en todo caso, resolver por la oportuna tercería (ver pág. 50 y sigs.); PRIETO CASTRO, *Derecho Procesal Civil*, 2.^a ed., 1974, pág. 233. Tampoco SARMIENTO RAMOS admite la concurrencia de embargos o la simultaneidad de dos ejecuciones sobre el mismo bien más que como medida cautelar para hacer efectivo el segundo embargo sobre el sobrante (págs. 16 y 17, y págs. 159 y sigs.); por su parte, ERDOZAIN LÓPEZ parece dudar y reconoce en el juez facultades de ordenar créditos en la ejecución ordinaria, sin perjuicio de que los afectados puedan acudir a la oportuna tercería si no están de acuerdo. La jurisprudencia más antigua también había rechazado incidentalmente la acumulación de ejecuciones (STS de 8 de mayo de 1924, para evitar la incongruencia de fallos cuando se ha dictado sentencia firme). Pero no era una postura unánime, pues aun en la anterior LEC algún autor sostiene la posibilidad o conveniencia de acumular ejecuciones singulares. Así REYES MONTERREAL, «La acumulación y el proceso ejecutivo», en *ADC*, XXI, 1968, pág. 337 y sigs.; y particularmente importante el estudio de ORTIZ NAVACERRADA, *Concurrencia de acreedores en el proceso de ejecución*, Salamanca, 1979, destaca este autor el quebranto que producen operaciones ejecutorias contradictorias, subraya la defectuosa construcción legal de la protección de terceros en la ejecución singular, y propugna que se reconozca el concurso en la ejecución singular con una interpretación extensiva del artículo 165 LEC, para permitir la acumulación de ejecuciones; estudia en este contexto el régimen de cancelación de cargas preferentes, y cuál es la naturaleza de la tercería, concluyendo que la tercera de dominio es un concurso de acreedores en la ejecución singular, aunque subraya la dificultad de llevar adelante la caracterización que propugna ante la falta de regulación positiva. RÍOS SALMERÓN destaca incidentalmente la complejidad e inconvenientes de la tercería de mejor derecho y propugna la acumulación de ejecuciones («Aspectos procedimentales del privilegio salarial», en *REDT*, 1983, pág. 246 y sigs.). GONZÁLEZ PILLADO, *La acumulación de ejecuciones en el proceso laboral*, Valencia, 1998, explica que la práctica de acumular ejecuciones se inicia desde antiguo en el proceso laboral como *usus fori*, porque es injusto que un trabajador tuviera preferencia por embargar primero frente a sus compañeros por créditos de la misma naturaleza salarial, concluyendo que la ejecución está presidida por la concursabilidad de los créditos que se ejecutan. También en el nuevo régimen inaugurado por la LEC 1/2000, me parece insostenible mantener que no es posible la concurrencia (o acumulación de ejecuciones), aunque tal interpretación (entiendo de espaldas a la legalidad positiva) no deja de tener sus defensores: ÁVILA NAVARRO («La certificación de cargas y el mandamiento de cancelación en el procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados», en *RCDI*, 2000, pág. 645) opina que no pueden coexistir a la vez dos procesos ejecutivos sobre el mismo bien, y que si una vez expedida la certificación de cargas se constata que hay una ejecución posterior debe ésta sobreseerse, lo que se basa en la preferencia jurisdiccional y procesal de la ejecución anterior y el régimen de la tercería de mejor derecho. En el mismo sentido, SABATER MARTÍN (*Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, coordinados por Fernández Ballesteros, Rifé, Valls, II, Madrid, 2000, pág. 2654), para quien la acumulación de ejecuciones no impide la aplicación del artículo 613 LEC y la preferencia del primer embargante, pues la preferencia de los embargantes posteriores debe hacerse valer en todo caso en una tercería. Según GÓMEZ SALVAGO (*Los privilegios en la ejecución singular*, Valencia, 2006, pág. 37 y sigs.), tratar de resolver en un mismo proceso de ejecución el carácter preferente del crédito que se ejecuta frente a los demás, y apoyándose en el criterio de ordenar las cargas anteriores y preferentes en una ejecución singular, no hace sino convertir el proceso de ejecución estricta en un proceso

sobre el mismo bien, y si no lo eran en el anterior régimen procesal civil mucho menos en el actual (44). Como la acumulación es facultativa del acreedor, a falta de acumulación necesariamente habrá concurrencia simultánea de embargos (45). Basta el examen de cualquier colección jurisprudencial o de

de ejecución cuasi universal... provocando la acumulación automática de las diversas ejecuciones... y dejando sin contenido la tercería, que nunca tendría lugar. Según GÓMEZ SALVAGO, la finalidad esencial de la tercería de mejor derecho es excluir la prioridad que el embargo otorga al ejecutante (pág. 19). MARTÍNEZ ESCRIBANO (pág. 139 y sigs.) parece concluir que el régimen legal del reembolso predica la cancelación automática de asientos posteriores y la imposibilidad de ejecuciones singulares simultáneas, y que los acreedores, una vez que hay un proceso ejecutivo en curso, deben hacer valer su preferencia por la oportuna tercería. Negar la concurrencia de ejecuciones era, por otra parte, el régimen propuesto por el artículo 1.925 del Código Civil en el proyecto de ley sobre concurrencia y prelación de créditos de 2006.

(44) A mi juicio, está claro que la nueva LEC permite la existencia simultánea de dos procesos de ejecución sobre el mismo bien; la concurrencia de ejecuciones no está prevista como causa de denegación de un despacho de ejecución (art. 551) o como defecto procesal que impida la continuación de una ejecución (art. 559), y el artículo 555 regula expresamente la acumulación de ejecuciones. El artículo 555.2 LEC sólo exige, para que haya una acumulación de ejecuciones, la identidad de deudor, y por ello creo que puede hacerse la acumulación aunque haya una pluralidad de jurisdicciones implicadas, y aunque se trate de procesos ejecutivos de distinta naturaleza.

(45) El artículo 613.3 regula un supuesto derivado de una pluralidad de ejecuciones; y para la ejecución laboral, el artículo 246 LPL prevé expresamente la concurrencia de embargos, y los artículos 268 y 269 LPL la acumulación de ejecuciones. La concurrencia de ejecuciones está admitida por la práctica procesal y reiteradamente tratada en la mejor doctrina procesal: SALINAS MOLINA, «Concurrencia de ejecuciones singulares en vía jurisdiccional y en vía administrativa», en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 3, 1993, pág. 256, se refiere a la concurrencia frecuente de ejecuciones singulares laborales y laborales y administrativas sobre el mismo bien, y se refiere también a las «carreras» de acreedores que favorecidos por el principio *prior tempore* pretenden burlar el orden legal de las preferencias y el carácter irregular que esto supone de liquidación singular del patrimonio del ejecutado (pág. 248). Yo mismo lo trato en detalle en mi libro *El Registro de la Propiedad y las preferencias del crédito en la ejecución y en el concurso*, Granada, 2004, pág. 52 y sigs.; MARTÍNEZ SANTOS, «La acumulación de ejecuciones en el proceso civil», en *LL*, 2002, 3, D-92, pág. 1754, destaca la importancia de la acumulación para la coordinación de los procesos ejecutivos y para la satisfacción de todos los ejecutantes; sostiene que los derechos no tienen porqué estar condicionados a la celeridad del órgano ejecutor, y que debe repartirse el producto de la ejecución proporcionalmente y respetando las preferencias (pág. 1754); las preferencias se ventilan en el mismo juicio ejecutivo sin necesidad de acudir a tercerías (pág. 1755); y el mismo autor en un artículo posterior, «Un proceso de ejecución civil necesitado de reforma», en *LL*, D-113, 2009-2, pág. 1425, subraya que la acumulación de procesos civiles de ejecución se justifica en la coordinación de los títulos ejecutivos y en la posibilidad de satisfacer a todos los ejecutantes. GONZÁLEZ PILLADO, «Pluralidad de acreedores y acumulación de ejecuciones», en *Ejecución Civil. Estudios de Derecho Judicial*, Madrid, 2004, subraya el caos de la actividad ejecutiva y su difícil solución, las carreras de ejecutores y la incoherencia de favorecer al primer ejecutor (*prior tempore*), considera que el novedoso artículo 555 LEC viene a resolver en parte la problemática derivada de la pluralidad de ejecuciones, lo que justifica en la economía procesal de gastos y trámites, y en evitar actividades ejecutivas contradictorias, y sobre todo en prestar racionalidad al orden de preferencia de los acreedores en la eje-

resoluciones de la Dirección General de los Registros para constatar que la concurrencia de procesos singulares de ejecución sobre el mismo bien es una realidad frecuente y cotidiana, y puede haber varias ejecuciones y embargos a la vez sobre un mismo bien en varios juzgados u órganos administrativos distintos (46).

La prioridad y rango de la anotación preventiva, que publica los embargos en el registro, resuelve la concurrencia de diversos embargos y ejecuciones singulares sobre el mismo bien. A mi parecer, el rango de la AP de embargo se deriva ordinariamente de su prioridad procesal, artículo 613 LEC, pero también en ocasiones de la preferencia o del derecho reservado que el registro publica fehacientemente. Resolver la problemática que plantea la validez, prioridad y rango del embargo merece sin duda un trabajo más extenso y específico, y no es el tema del presente comentario; aquí sólo quiero subrayar que, a mi entender, el principio «ontológico» de resolución de la concurrencia de embargos y ejecuciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 639, 642, 657, 666, 674, etc.) es el régimen de subsistencia de cargas anteriores y preferentes tras el remate; que, a mi juicio, debe partir de considerar al rematante subrogado en la posición del titular registral (no adquirente de éste y nunca *a non domino*), pues esto es lo que significa la causalidad procesal y registral del remate: respetar las cargas anteriores y preferentes (47).

cución; y concluye que la acumulación de ejecuciones supone «la creación de una especie de concurso de acreedores en la ejecución singular» (pág. 215). RODRÍGUEZ SERRANO, «Alcance del embargo anotado. Especial referencia al apremio administrativo», en *Actualidad Civil*, 1 de enero de 2009, pág. 8, admite la posible existencia de embargos sucesivos y propugna superar un sistema procesalista en el que los acreedores se ven obligados a personarse en la primera ejecución, a la vez que propugna un sistema registral de yuxtaposición de ejecuciones, y que ningún acreedor pueda aspirar a alterar en su favor el orden de la prioridad registral. MONTERO AROCA se refiere a la posibilidad de acumular la ejecución hipotecaria y ordinaria sobre el mismo bien para que el acreedor pueda gozar en toda su extensión de la pretensión personal (*Tratado de Ejecuciones Hipotecarias*, Valencia, 2009, pág. 314).

(46) Además de la jurisprudencia sobre concurrencia de embargos y ejecuciones, citada en mi libro y referida principalmente al anterior régimen procesal, puede citarse mucha jurisprudencia reciente referida a la LEC 1/2000: en la SSTs de 4 de octubre de 2006 y 18 de junio de 2008 el conflicto de dos adjudicaciones judiciales, en la STS de 23 de mayo de 2008, el conflicto resulta de una defectuosa identificación de la calle donde radica el inmueble, y en la Resolución de la DGRN, de 7 de mayo de 1999, la yuxtaposición de dos embargos. La sentencia del tribunal de conflicto de jurisdicciones, de 5 de marzo de 2007, ante el embargo de la administración tributaria anotado el 27 de agosto de 2004 contra una hipoteca constituida en 2002 decide la suspensión de la ejecución hipotecaria posterior que se inicia en mayo de 2006.

(47) La doctrina de la DGRN favorece la cancelación pura y dura tras el remate de los asientos posteriores a la anotación preventiva de embargo, que lo ha causado; es, a mi juicio, un planteamiento superficial, la otra cara del artículo 34 LH mal entendido, consecuencia de la publicidad absoluta como prioridad, que según dicen tiene un apoyo legal firme en el artículo 131 LH y 674 LEC. PAU PEDRÓN (*Manual de Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, 2000) habla de la disociación de dos planos del registral, basado en la

El artículo 698.1 LEC establece que cualquier reclamación de cualquier interesado no suspende el juicio ejecutivo, aunque pueda pedirse el asegura-

prioridad, y el sustantivo; según este autor las preferencias sólo se pueden ejercitar por tercera; y es coherente con una extendida doctrina que afirma que la cancelación automática de todas las cargas posteriores a la AP que ha fundado el remate. En el mismo sentido se manifiesta Díez Soto, *Concurrencia y prelación de créditos; teoría general*, en particular págs. 175 y 293 y sigs., para quien la adjudicación debe producir la cancelación de asientos posteriores sin excepción alguna, incluso de créditos preferentes. La doctrina de la Dirección General es reflejo de esta doctrina hipotecaria. Así en Resolución de 21 de noviembre de 1991 y 15 de diciembre de 1994, se afirma que el acreedor preferente tiene que intervenir por medio de una tercera, y no iniciar un segundo proceso ejecutivo, y por eso la anotación posterior debe cancelarse; las Resoluciones de 22 de noviembre de 1988, 15 de diciembre de 1994 y 30 de septiembre de 2005 afirman que apreciar de oficio la preferencia de un crédito contradice el principio de rogación; la Resolución de 3 de abril de 1998 niega que el superprivilegio del crédito salarial pueda cancelar una hipoteca anterior; la Resolución de 7 de mayo de 1999 afirma que «la colisión de embargos no implica la concurrencia de los créditos» habla del embargo como «una vinculación *erga omnes* al proceso en que se decreta» y que el juez que aprueba la primera traba debe resolver sin ninguna interferencia la ejecución del bien trabado; la Resolución de 28 de junio de 2005 ordena cancelar una AP posterior por un crédito salarial privilegiado. Según la Resolución de 28 de noviembre de 2008, practicada una AP de prohibición de disponer en expediente de disciplina urbanística no pueden inscribirse las transmisiones de participaciones indivisas de dicha finca aunque sean de fecha fehaciente anterior a la AP; la Resolución de 10 de octubre de 2008 declara la preferencia de una AP de embargo por débitos a Hacienda sobre una reserva de dominio inscrita con posterioridad (aunque era fehacientemente anterior). Antes de la reforma de 1992, la DG era mucho más prudente, y pueden encontrarse muchas resoluciones que no eran tan radicales (así se deniega la cancelación de créditos salariales posteriores anotados por ser preferentes: Resolución de 22 de noviembre de 1988, no se puede cancelar una anotación de quiebra posterior por ser preferente la Resolución de 8 noviembre de 1990). Pero a mi entender esta absolutividad de la prioridad sólo es aplicada por la DG cuando le apetece, porque en otras ocasiones la preferencia de los derechos litigiosos no se resuelve en la prioridad, sino que la DG valora el rango de los derechos inscritos u anotados; por ejemplo, es de mejor rango la anotación de prórroga de una anotación anterior aunque haya otra anotación intermedia pero anterior a la misma anotación de prórroga (Resolución de 24 de abril de 2006), y lo mismo las anotaciones de ampliación de embargo (Resoluciones de 26 de septiembre de 2003 y 26 de abril de 2005); el argumento supremo en ambos casos es que «no puede discutirse la validez de las anotaciones de prórroga y ampliación que están bajo el amparo de los tribunales» (yo creo que más están bajo el amparo de los tribunales las anotaciones de rango superior aunque sean posteriores); tampoco aplica la prioridad la Resolución de 5 de abril de 2006, afirma que no procede la cancelación de asientos posteriores a una anotación de demanda de propiedad si los títulos son de fecha anterior a dicha anotación, aunque consten registralmente después, en base al artículo 198 RH; tampoco en caso de ejercicio de una condición resolutoria por el vendedor tiene lugar la cancelación de asientos posteriores a la inscripción de compraventa cuyos titulares no han sido parte en el procedimiento (Resolución de 15 de noviembre de 2005). A mi parecer, la doctrina de la DG es muy discutible que sea sostenible, formulada la prioridad de un modo tan tajante y radical; y sin negar la importancia de la prioridad de la anotación de embargo (art. 613 LEC), la cancelación no puede ser automática para créditos anotados posteriormente que conste registralmente que sean preferentes (por ejemplo, salariales) o para derechos sobre la cosa embargada que han salvado su preferencia por el registro, aunque la anotación o constancia registral sea posterior (como sucede con un ejercicio de retracto, o demanda

miento de la ejecutividad de la sentencia (y la AP ha de ser el aseguramiento más típico). Esto significa que la AP (por ejemplo) de demanda de propiedad posterior al embargo, como acto de aseguramiento, no se debe cancelar aunque sea posterior a la AP de embargo que fundamenta un juicio ejecutivo (48), y entiendo que este régimen se debe aplicar con carácter general a todas las anotaciones de créditos que constatan fehacientemente un mejor rango y aseguran el mismo, aunque sean posteriores a la que sustenta el remate, y las anotaciones posteriores de embargo pueden también reservar una preferencia crediticia ante una ejecución comenzada (49).

de propiedad, ampliación de embargo o cumplimiento de condición, determinación de la realidad física de la finca, etc.); y desde luego el juez puede valorar el rango de anotaciones posteriores como preferentes de modo sumario, pues tiene la plena disponibilidad del folio registral en el juicio ejecutivo, como he defendido detalladamente en un trabajo anterior. A mi juicio, el mandamiento de cancelación valora (sumariamente) el rango de las anotaciones e inscripciones anteriores y posteriores a la que es objeto de cancelación, pues si la cancelación fuera automática, sobraba la valoración del juez, y la podría hacer el propio registrador, y la valoración judicial de la prioridad y rango es necesaria en un régimen de concurrencia de ejecuciones sobre el mismo bien.

(48) La STS de 22 de septiembre de 2008 resuelve que la anotación de demanda produce sus efectos aunque exista una anotación de embargo anterior que no genera preferencia alguna para el anotante frente al resultado de un proceso en el que se debate la propiedad del inmueble.

(49) A mi juicio, la posible concurrencia de embargos y ejecuciones significa que se debe considerar la ejecución singular como ficción de un concurso ideal y simplificado de los créditos y gravámenes del embargado, o al menos de los que constan en el folio registral correspondiente (los que no constan serán desconocidos: inoponibilidad). Y así el registro permite resolver el terrible dilema de la preferencia (de los créditos, embargos y remates), cuando se acumulan ejecuciones o cuando éstas concurren independientemente sin acumularse; y en general el registro presta una utilidad inestimable para una liquidación ordenada del patrimonio del deudor que no está en situación de concurso. ¿Y qué sentido tienen las tercerías si las cargas pueden subsistir después del remate? Entiendo que (como esencia misma de una concurrencia y acumulación prevista y regulada por la ley) la tercería no es preceptiva si la preferencia se define registralmente, aunque sea en virtud de anotación o asiento posterior al que es objeto de ejecución; y la tercería ha de ser considerada un supuesto singular de acumulación de ejecuciones, pues eso sólo explica el sentido del ejercicio de una tercería frente a un proceso de ejecución singular con varias ejecuciones acumuladas (¿cómo ordenar si no procesalmente una tercería contra una pluralidad de ejecuciones acumuladas?). A mí me parece que por la posible concurrencia de procesos ejecutivos la tercería de mejor derecho no queda sin sentido, desde el momento en que el tercerista de un crédito preferente puede continuar él solo la ejecución comenzada en su propio provecho. La tercería, por otra parte, tiene su sentido para defender situaciones fácticas extrarregistrales que pueden quedar canceladas o extinguidas por la inoponibilidad de títulos. El juicio ejecutivo termina con el mandamiento de cancelación, según DÍAZ FRAILE (*La ejecución judicial sobre bienes hipotecados*, Madrid, 2000), la cancelación se debe notificar a todos aquellos interesados cuyos derechos sean cancelados, debiendo constar la notificación de la cancelación en el propio asiento; y a mí me parece que como al tercero disconforme (cuya anotación se va a cancelar) le queda siempre la posibilidad de recurrir el mandamiento de cancelación, y por ello es inevitable que el registro pueda, de hecho, transformar toda ejecución en un concurso simplificado entre titulares registrales de anotaciones y cargas, y no se debe imponer una litigiosidad forzada

En conclusión, el remate no puede ser una adquisición *a non domino* por su dependencia procesal de la prioridad y rango de la AP de embargo que lo antecede y justifica; y el remate (por la oponibilidad del derecho de propiedad, del orden procesal del crédito y de las preferencias publicadas) solo se puede explicar como una subrogación del rematante en el lugar del deudor embargado.

RESUMEN

EJECUCIÓN HIPOTECARIA REMATE

La idea fundamental que he intentado justificar en este trabajo es que el rematante debe recibir la propiedad que tenía el embargado y la misma propiedad del embargado. 1. El registro no garantiza al rematante la identidad material del bien rematado, que no es como lo describe el registro o como se describe en el mandamiento de embargo o en el anuncio de subasta, sino que el bien rematado es como es en la realidad, que el rematante debe investigar. 2. La inscripción del remate no garantiza tampoco frente a las cargas manifiestas que pesan sobre la cosa adjudicada, ni garantiza la posesión pública y pacífica de la cosa subastada, ni garantiza frente a las limitaciones legales del dominio: retracts legales, normativa urbanística, dominio público, etc.; y el rematante tiene que investigarlo extrarregistralmente. 3. La publicidad registral no debe extenderse al remate. Además de razones formales para negar la publicidad en el remate: su falta de control de la identidad y realidad física de la finca y la falta de control efectivo de la realidad de las transmisiones que publica, el registro no puede garantizar a non domino (ex art. 34 LH) el derecho de propiedad

ABSTRACT

FORECLOSURE AUCTION

The fundamental idea I have tried to uphold in this paper is that the winning bidder in a foreclosure auction must receive the selfsame identical ownership that the debtor held before him. 1. The registration system does not give the winning bidder any guarantee of the physical identity of the auctioned property, which is not as described in the registry or as described in the foreclosure order or auction announcement, but rather the registration system guarantees that the auctioned property is how it is in reality, and this the winning bidder must investigate. 2. Nor does registration of the adjudication to the winning bidder give any guarantee against publicly declared burdens on the adjudicated thing, nor does it guarantee public, peaceful possession of the auctioned thing, nor does it give any guarantee against legal restrictions on ownership (e.g., legal redemption, city planning legislation, public domain); this the winning bidder must investigate outside the registration system. 3. Registration publicity should not be extended to the winning bid. In addition to there being reasons of form for refusing publicity, the registrar has conducted no check of the identity and physical reality of the pro-

al propietario o acreedor preferente exigiéndole participar en (interminables) tercerías de dominio o mejor derecho impuestas por la amenaza de un remate salvífico y purificador *a non domino*.

sobre la cosa subastada o rematada por dos razones sustanciales: primero porque la propiedad es protegida constitucionalmente, y es un derecho manifiesto, anterior y superior al registro; y entiendo que no tiene ningún sentido que en el remate el propietario tenga menos protección que el poseedor o que el titular de una servidumbre o limitación legal del dominio; y la segunda razón sustancial para negar la publicidad en el remate es que no cumple las condiciones del artículo 34 LH, porque el remate no es una venta, sino que es un acto de naturaleza aleatoria, y no proviene del titular registral sino del juez. 4. A partir de la reforma de 1992, y en la LEC 1/2000, se han reforzado las garantías del juicio ejecutivo reconociendo una particular eficacia (ius prioritatis, ius perseguendi) a la anotación preventiva de embargo, que antecede el remate y lo justifica causalmente. En su virtud, el rematante puede desconocer las ventas, los créditos o preferencias que no estén inscritos o anotados con anterioridad a la anotación de embargo (inoponibilidad de títulos no inscritos); pero deben ser oponibles al rematante los derechos manifiestos (la propiedad entre ellos), y en particular los actos de enajenación de la cosa por el titular registral anteriores al embargo que sean públicos, socialmente consolidados y no presenten sospecha de fraude. Así la clásica distinción jurisprudencial entre venta de cosa ajena y doble venta es sabia y profunda, y responde a la distinción entre inoponibilidad y publicidad registral. 5. El registro está llamado a hacer efectiva la prioridad procesal de la ejecución, el rango y prioridad de la anotación, y puede reservar la preferencia del crédito ejecutado. A mi juicio, la causalidad del remate (en su fundamento procesal, registral y material) es incompatible con la adquisición a non domino del rematante. Y en particular la posible concurrencia de em-

perty, and there has been no effective check of the reality of the transfer. Moreover, the registrar cannot furnish an a non domino guarantee (under the Mortgage Act, §34) of the right of ownership in the auctioned thing for two substantial reasons: first, because ownership is protected by the Constitution and is a manifest right prior and superior to registration, and it is my understanding that it makes no sense for the owner to have less protection in the auction than the possessor or the holder of an easement or a legal restriction on ownership; and the second substantial reason for refusing publicity of the winning bid is that the conditions of the Mortgage Act, §34, are not met, because the auction is not a sale, but an act of random nature, and it is not set in motion by the registered owner of title, but by the judicial authorities. 4. As of the 1992 reform, and in Act 1/2000 on civil procedure, guarantees of foreclosure rulings are reinforced through recognition of the particular efficacy (ius prioritatis, ius perseguendi) of the caveat of attachment that precedes the auction and forms the causal justification of the auction. By virtue thereof, the winning bidder may remain unaware of any sales, credits and preferred rights that are not registered or caveatted before the caveat of attachment (unopposability of unregistered titles); but manifest rights (including ownership) must be opposable against the winning bidder, particularly acts to dispose of the thing that are performed by the registered owner of title before the attachment and are public, socially consolidated and under no suspicion of fraud. Thus, the classic distinction in case law between the sale of another's property and double sale is wise and profound, and it reflects the distinction between unopposability and registration publicity. 5. The registration system is called upon to enforce the procedural priority of foreclosure and the rank and priority of ca-

bargos o acumulación de ejecuciones sobre el mismo bien predica (por la causalidad del remate) que el rematante no adquiere del titular registral, sino que se subroga en su lugar.

veats, and the registration system can reserve preference for the debt at issue in the foreclosure. In my opinion, the causality of the auction (in its procedural, registration-related and physical fundament) is incompatible with the winning bidder's purchase a non domino. And particularly because of the possible concurrence of attachments or accumulation of foreclosures pertaining to the same property (due to the causality of the auction), the winning bidder should not be seen as acquiring ownership from the registered owner of title, but rather as stepping into the place of the registered owner of title through subrogation.

(Trabajo recibido el 1-9-2009 y aceptado para su publicación el 26-7-2010)

Embargo de inmuebles, transmisión del dominio y publicidad registral: supuestos y consecuencias (*)

por

ANA LÓPEZ FRÍAS

Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Granada

SUMARIO

1. PLANTEAMIENTO.
2. TRANSMISIÓN ANTERIOR AL EMBARGO.
 - 2.1. ADQUISICIÓN NO INSCRITA Y EMBARGO ANOTADO.
 - 2.1.1. *El supuesto de hecho básico y sus consecuencias.*
 - 2.1.2. *Venta del inmueble embargado en subasta e inscripción de la adjudicación.*
 - 2.2. INSCRIPCIÓN DE LA TRANSMISIÓN ANTERIOR A LA TRABA TRAS LA ANOTACIÓN DEL EMBARGO.
 - 2.2.1. *El supuesto de hecho básico y sus consecuencias.*
 - 2.2.2. *Inscripción del derecho del primer adquirente tras la aprobación del remate.*
 - a) *¿Cuándo adquiere el dominio el rematante de una subasta celebrada en el seno del procedimiento de ejecución?*
 - b) *¿Hasta qué momento ha de mantener la buena fe el adjudicatario para gozar de la protección del artículo 34 LH?*
- 2.3. EMBARGO NO ANOTADO O CUYA ANOTACIÓN HA CADUCADO.
3. TRANSMISIÓN POSTERIOR AL EMBARGO.
 - 3.1. EMBARGO NO ANOTADO E INSCRIPCIÓN DEL ADQUIRENTE.
 - 3.2. ADQUISICIÓN ANTERIOR A LA ANOTACIÓN DEL EMBARGO QUE SE INSCRIBE DESPUÉS DE ÉSTA.
 - 3.3. ADQUISICIÓN POSTERIOR A LA ANOTACIÓN DE EMBARGO.

(*) El presente estudio ha ganado la IX edición del premio Santiago Gutiérrez Anaya sobre propiedad inmobiliaria.

1. PLANTEAMIENTO

No parece fácil sistematizar y aclarar las distintas situaciones en que el embargo de un inmueble, acompañado o no de su reflejo registral, choca con la adquisición del dominio del mismo por un tercero. La eficacia del embargo y de su anotación en el Registro de la Propiedad sobre los adquirentes de la finca objeto de la traba es un tema complejo, en el que se entremezclan normas civiles, registrales y procesales, cuya conjunción no siempre es sencilla. Los trámites y formalidades que acompañan al embargo, su significación tanto procesal como sustantiva, el sistema de adquisición del dominio y la mecánica registral confluyen en el problema que vamos a abordar. Y aunque esa confluencia es más o menos intensa según el supuesto de hecho que se plantee, lo cierto es que en todo caso son numerosas las variables que el intérprete debe tomar en consideración cuando trata de decidir cómo se resuelve una determinada cuestión o qué interés prevalece en cada supuesto.

A la complejidad de la materia que nos ocupa se añade (y esto es más relevante), la necesidad de contar con unos criterios claros que aporten seguridad a los diferentes agentes implicados y al tráfico jurídico en general. El embargo como concreción de la responsabilidad patrimonial del deudor es una de las piezas clave para la circulación del crédito y para el funcionamiento de la economía en su conjunto. Pero también la seguridad de quien adquiere un inmueble a título oneroso es un valor fundamental dentro del sistema. Debe estar claro, por tanto, cuándo y en qué condiciones hay que proteger al acreedor embargante (o, en su caso, al adjudicatario en la posterior subasta), y cuándo y en qué condiciones merece protección quien adquiere mediante compraventa no forzosa un inmueble que antes o después de su adquisición ha sido objeto de un embargo.

El tema no es en absoluto nuevo, pero en tiempos de inestabilidad económica como el que vivimos, en el que los procesos de ejecución desbordan algunos juzgados, se multiplica su vigencia y se hace más útil clarificar las soluciones a los distintos problemas que plantea. A ello se une que en los últimos años hay nueva y significativa jurisprudencia sobre algunas de las cuestiones que ha debatido la doctrina en este ámbito, lo que supone la presencia de elementos de modernidad en este tema sin duda clásico.

El objetivo es, en definitiva, explicar desde un punto de vista eminentemente práctico y con la mayor claridad posible, los distintos supuestos que se plantean en la confrontación del embargo con el cambio de titularidad del bien embargado, centrando la atención en las cuestiones directamente relacionadas con la atribución del dominio de la finca en litigio y su reflejo registral. Se trata de analizar cómo afecta a la transmisión onerosa de la propiedad de un inmueble el procedimiento de ejecución dirigido contra ese bien por deudas ajenas al adquirente. Y ello teniendo en cuenta el momento en que el

embargo y la transmisión se producen, así como su entrada o no en el Registro de la Propiedad y la fecha de la misma. La combinación de estas variables da como resultado un conjunto de supuestos distintos que conviene separar para conocer mejor sus consecuencias jurídicas en relación con la titularidad de la finca, teniendo en cuenta en cada caso no sólo los aspectos de orden sustantivo sino también la normativa procesal y las actuaciones registrales que resulten de aplicación (1).

Para acometer semejante tarea agruparemos las hipótesis objeto de estudio en dos apartados, según que la transmisión del inmueble preceda al embargo o bien sea posterior a él. Pero antes de examinar cada una de esas situaciones es preciso tomar partido sobre la tesis que se va a seguir en torno a la naturaleza del embargo. No se trata de analizar esta cuestión que tanta literatura jurídica ha generado. Simplemente queremos poner de relieve que existe actualmente una línea jurisprudencial consolidada, aceptada por un sector importante de la doctrina, que defiende la trascendencia jurídico-real del embargo, que le da el carácter de carga o gravamen de naturaleza real, oponible a terceros, sin perjuicio del juego de la fe pública registral (2). Esa es la tesis que nos parece más acertada a la vista de las normas de la LEC, que se refieren a la eficacia del embargo y a la tercería de dominio, como ya han explicado diversos autores (3). Así que partiremos de tal idea básica

(1) No se pretende, sin embargo, abarcar con carácter exhaustivo todas las situaciones posibles, sino dar cuenta de un número significativo de ellas, seleccionándolas en base a su frecuencia, su dificultad y la atención que han merecido en la jurisprudencia reciente.

(2) El embargo «origina un derecho de análogas características al real, ya que recae inmediatamente sobre una cosa y se puede hacer valer frente a todos». Lo dice la STS de 30 de noviembre de 2004, y lo repiten, recogiendo literalmente la doctrina de esta sentencia, las del mismo Tribunal de 14 de junio, 21 de junio y 3 de diciembre de 2007. En sentido análogo, aunque no empleen los mismos términos, se pronuncian otras sentencias del Supremo, como las de 18 de febrero de 2002 y 15 de junio de 2007, y también las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 29 de septiembre de 2000, 28 de marzo de 2001 y 2 de diciembre de 2004.

(3) Vid., por todos, ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Efectos jurídico-reales del embargo de inmuebles en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Aranzadi, 2005, pág. 198 y sigs.; y OLIVA BLÁZQUEZ, F., «La eficacia jurídico-real del embargo no anotado. Comentario a la STS de 30 de noviembre de 2004», en *R.D.Patr.*, núm. 15, 2005, pág. 387 y sigs. Por decirlo sintéticamente: el embargo existe desde que la autoridad judicial lo decreta y no desde su anotación en el Registro (art. 587.1 LEC), y ello es sin perjuicio de las normas de protección del tercero de buena fe (art. 587.2), lo que se interpreta en el sentido de que el embargo sólo no es oponible al tercero del artículo 34, es decir, afecta a terceros con esa única excepción. De igual modo, si el legitimado para interponer la tercería de dominio es quien demuestre que adquirió el bien antes del embargo (art. 595.1 LEC), la consecuencia lógica es que quien adquiere después del embargo no puede liberarlo de la traba: adquiere el inmueble con la carga y ha de asumir sus consecuencias. Ello salvo, nuevamente, que sea de aplicación la fe pública registral.

Lo anterior no se contradice con el hecho de que el embargo sea un acto de origen procesal. Como indica ESPEJO (*op. cit.*, pág. 202), «es preciso distinguir entre el acto constitutivo del embargo, que es obviamente procesal, y el gravamen real que dicho acto pro-

(trascendencia real del embargo) en el análisis de los supuestos que a continuación se van a exponer.

2. TRANSMISIÓN ANTERIOR AL EMBARGO

2.1. ADQUISICIÓN NO INSCRITA Y EMBARGO ANOTADO

2.1.1. *El supuesto de hecho básico y sus consecuencias*

La primera hipótesis que vamos a examinar tiene lugar cuando el titular registral de un inmueble lo transmite a otro sujeto, que no inscribe su adquisición, y después el inmueble es embargado por un acreedor del transmitente, anotándose en el Registro de la Propiedad dicho embargo.

El supuesto de hecho es sencillo en principio (luego veremos que se puede complicar), pues se trata de que se ha embargado un bien que ya no pertenecía al deudor en el momento de realizarse la traba. Y por ello es evidente que el dueño puede levantar ese embargo y liberar el inmueble ejercitando una tercería de dominio. Esta es la solución que la jurisprudencia anterior a la vigencia de la LEC de 2000 ha aplicado en infinidad de ocasiones y que el artículo 595.1 de dicho cuerpo legal consagra actualmente con carácter expreso, al decir que «podrá interponer tercería de dominio, en forma de demanda, quien, sin ser parte en la ejecución, afirme ser dueño de un bien embargado como perteneciente al ejecutado y que no ha adquirido de éste una vez trabado el embargo».

Así pues, si efectivamente se interpone la tercería, prevalece la adquisición no inscrita frente al derecho de crédito del anotante (4). Pero conviene

duce en la cosa. Hecha esta distinción, ninguna dificultad existe en admitir que un acto con eficacia relativa, en este caso el acto procesal del embargo, produce en la cosa embargada un efecto de eficacia absoluta (como sucede, por otra parte, en los casos de constitución voluntaria de los derechos reales)». Es decir: el usufructo o las servidumbres pueden constituirse mediante un contrato (seguido de la tradición), y la eficacia *inter partes* de ese contrato no obsta a la eficacia frente a terceros del derecho real constituido; de la misma manera, aunque el embargo surge en el marco de un determinado proceso, en el que intervienen unas determinadas partes, no hay inconveniente en entender que esa medida procesal afecta o vincula al inmueble incluso si cambia su titular. Precisamente la referencia a la constitución voluntaria de gravámenes, además de lo previsto en los artículos de la LEC antes indicados, sirve a CACHÓN CADENAS como argumento a favor de la eficacia real del embargo: «parece lógico que sea eficaz frente a terceros un acto dispositivo (el embargo) realizado por un órgano público, máxime cuando se admite, sin problemas, la eficacia *erga omnes* de los derechos constituidos sobre los bienes en virtud de actos dispositivos otorgados por particulares» («Comentario al artículo 613 de la LEC», en AA.VV. —Director: LORCA NAVARRETE—: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Lex Nova, 2000, tomo III, pág. 3101).

(4) Ello supone entender que el acreedor embargante no está protegido por la fe pública registral, como se han encargado de aclarar numerosas sentencias del Tribunal

recordar que nos estamos refiriendo a los casos en los que el tercerista ha adquirido mediante escritura pública y, en general, a los supuestos en que concurren a favor del demandante en la tercería los dos elementos del mecanismo transmisivo (título y modo) con anterioridad a la fecha del embargo; la tercería prospera si la adquisición es completa en el momento de la traba. Es diferente la hipótesis en la que el deudor ha vendido el inmueble en documento privado y, cuando aún no lo ha entregado, se decreta el embargo por deudas del vendedor. Aquí la jurisprudencia abrumadoramente mayoritaria deniega la procedencia de la tercería por la razón de no ser dueño el tercerista cuando el embargo tiene lugar (5): como es sabido, el contrato de compraventa por sí solo no hace propietario al comprador, conforme al sistema de transmisión de los derechos reales que resulta en nuestro Ordenamiento de los artículos 609 y 1.095 del Código Civil (6).

Pero, volviendo al supuesto de hecho, que es el objeto inicial de este epígrafe (adquisición no inscrita anterior al embargo anotado), el éxito de la tercería de dominio plantea la cuestión de sus consecuencias registrales. Porque es obvio que el auto dictado por el Juez ordenará la cancelación de la anotación del embargo indebidamente trabado, pero, ¿puede ordenar también que se inscriba el dominio del inmueble a nombre del tercerista?

Para responder a esta cuestión debemos recordar el limitado alcance de la tercería de dominio, cuyo único objeto es decidir sobre la pertinencia o no del embargo. Esto ya lo venía diciendo reiteradamente el Tribunal Supremo bajo

Supremo y también la doctrina mayoritaria. Vid. RIVAS TORRALBA, R., *Anotaciones de embargo*, Centro de Estudios Registrales, 2008, pág. 164 y sigs. Cosa distinta es la posibilidad que tiene el acreedor de ejercitar la acción pauliana (arts. 1.111 y 1291.3 CC) con la finalidad de rescindir la transmisión efectuada por el deudor. Pero ello exigirá que pruebe la concurrencia en el caso concreto de los requisitos de esta acción (en particular, la existencia de fraude, que en las adquisiciones onerosas anteriores al embargo no es fácil de acreditar, y la imposibilidad de cobrar de otro modo lo que se le debe). E incluso cabe pensar en la tutela penal del acreedor a través del delito de alzamiento de bienes (art. 257 del Código Penal), cuando se den los elementos del tipo en cuestión. Se refiere a estas posibilidades, NADAL GÓMEZ, I., *La transmisión a terceros de inmuebles en el proceso de ejecución*, Centro de Estudios Registrales, 2001, pág. 107 y sigs.

(5) Entre otras, SSTs de 26 de noviembre de 1991, 9 de marzo de 1994, 18 de febrero de 1995, 27 de junio de 1996, 18 de septiembre de 1996, 30 de mayo de 1997, 25 de noviembre de 1997, 12 de noviembre de 2003 (Sala 2.ª), 18 de julio de 2005 y 12 de febrero de 2008.

(6) Sin embargo, SANCINENA ASURMENDI, C. («La compraventa inmobiliaria en documento privado. Efectos frente a terceros», en AA.VV., *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, ed. La Ley, 2006, La Ley Digital, ref. 13418/2009) considera que en base al artículo 595.2 de la LEC vigente, el comprador en documento privado está legitimado para ejercitar la tercería de dominio. Dicho precepto dispone: «Podrán también interponer tercerías para el alzamiento del embargo quienes sean titulares de derechos que, por disposición legal expresa, puedan oponerse al embargo o a la realización forzosa de uno o varios bienes embargados como pertenecientes al ejecutado».

la vigencia de la LEC de 1881, y hoy lo recoge con claridad el artículo 603 de la LEC vigente, al afirmar que el pronunciamiento que haga la resolución judicial sobre la pertenencia del inmueble objeto del litigio será «a los únicos efectos de la ejecución en curso, sin que produzca efectos de cosa juzgada en relación con la titularidad del bien» (7).

Está pues muy restringida la eficacia de la declaración dominical que necesariamente contenga el auto que estime la tercería (8). Por ello parece lógico entender que no le corresponde a dicha resolución decidir sobre la inscripción del dominio de la finca. Es el tercerista triunfante quien debe tomar la iniciativa si quiere inscribir, siendo varias las posibilidades de actuación para conseguir ese objetivo, según el caso:

- Podrá presentar en el Registro su título de adquisición si consta en documento público.
- Si no se otorgó en su momento la escritura pública de compraventa, y el deudor no se aviene a suscribirla, el tercerista deberá solicitar judicialmente la elevación a público del documento privado de venta. Y además sería conveniente que solicitase la anotación preventiva de la demanda, para evitar la posible aparición de terceros protegidos por la fe pública registral mientras recae sentencia.
- En todo caso, el propietario tiene la posibilidad de ejercitar la acción declarativa del dominio o la reivindicatoria, dependiendo de que tenga o no la posesión del inmueble, y la sentencia que se dicte en el correspondiente procedimiento sí podrá pronunciarse sobre la inscripción del derecho del demandante. En este supuesto, como en el anterior, la anotación de la demanda sería sin duda igualmente oportuna.

Sin embargo, de hecho ha ocurrido en ocasiones que el Juez que resuelve la tercería ha ordenado que se practique la inscripción a favor del demandante, por lo que la pregunta surge enseguida: dándose tal circunstancia, ¿puede denegar la inscripción el Registrador o está obligado a respetar lo previsto en el documento judicial?

(7) Como afirma FERRER GIL, J. E. («La tercería de dominio», en *Práctica de los Tribunales*, núm. 34, 2007, La Ley Digital, ref. 4360/2006), «en la tercería de dominio no se decide a quién le corresponde la verdad dominical, a diferencia de lo que ocurre en la acción reivindicatoria; lo que no obsta a que la resolución judicial contenga un pronunciamiento sobre la titularidad del bien embargado «como soporte causal para decidir el alzamiento».

(8) Actualmente pone fin a la tercería de dominio un auto, que no es recurrible en casación, mientras que bajo la LEC de 1881 era una sentencia que sí podía llegar hasta el Supremo. Sobre este punto, vid. MONDEJAR PEÑA, M. I., *Las subastas judiciales forzosas*, Centro de Estudios Registrales, 2006, pág. 378; y MARTÍN PÉREZ, J. A., «Comentario al artículo 348 del Código Civil», en AA.VV. (Director PASQUAU LIAÑO): *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, 2.^a ed., Comares, 2009, tomo I, pág. 879.

Varias Resoluciones de la DGRN han tenido por objeto esta cuestión (así, la de 1 de marzo de 2001, 21 de febrero de 2005 y 5 de mayo de 2006). En todas ellas la Dirección General afirma que el respeto a la función jurisdiccional que compete en exclusiva a Jueces y Tribunales impide al Registrador desconocer la eficacia de la declaración judicial relativa al dominio del inmueble objeto de litigio y a su inscripción. Y ello aun reconociendo el Centro Directivo la existencia de reiterada jurisprudencia sobre el limitado alcance de la tercería de dominio (Resolución de 21 de febrero de 2005) e incluso que la actual LEC se pronuncia claramente en ese mismo sentido (Resolución de 5 de mayo de 2006, la cual añade que denegar la inscripción acordada por el Juez «sería entrar en el fondo de la resolución judicial con extralimitación» de las funciones del Registrador).

La cuestión subyacente en estos casos es el ámbito de la calificación registral en los documentos judiciales. El artículo 100 RH establece que dicha calificación se extiende, entre otros extremos, «a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado» (9). ¿Y es congruente el mandato de inscribir la titularidad del inmueble con lo que supone la tercería de dominio? Los Registradores que calificaron los distintos documentos judiciales sobre los que después se pronunció la Dirección General entendieron que faltaba la congruencia a la que alude el artículo 100 RH. Y a la vista de lo que se ha expuesto anteriormente sobre el ámbito de la tercería de dominio y la eficacia del auto mediante el que actualmente se resuelve, no parece que esa opinión sea injustificada (10). Pero es que, además, debe tenerse en cuenta que la pretendida inscripción del dominio a favor del tercerista puede suponer indefensión del titular registral en aquellos casos en que no haya sido parte en el procedimiento de ejecución ni en la tercería. La modificación de los asientos, que están bajo la salvaguardia de los tribunales, requiere el consentimiento del titular registral o bien una resolución judicial recaída en un procedimiento seguido contra él (arts. 1.3 en relación con el 82 LH). Precisamente esta «proscripción de la indefensión del titular inscrito» ha motivado que la RDGRN de 21 de febrero de 2005, antes citada, haya sido anulada por la sentencia (firme) del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Logroño de 20 de febrero de 2006.

(9) La RDGRN de 7 de septiembre de 2009 aclara que «la calificación de la congruencia del mandato judicial con el procedimiento seguido entra en el ámbito de la calificación registral..., y el único alcance que tiene es considerar que no se ha seguido el procedimiento adecuado y con las garantías suficientes en relación al titular registral para permitir su acceso al Registro de la Propiedad, sin que ello signifique en absoluto entrar en la validez, corrección o justicia de la decisión judicial».

(10) En sentido análogo se pronuncia DÍAZ FRAILE, J. M., «Las tercerías de dominio en relación con el Registro de la Propiedad», en *El Consultor Inmobiliario*, núm. 57, mayo de 2005 (La Ley Digital 2733/2007), quien critica la RDGRN de 1 de marzo de 2001.

2.1.2. *Venta del inmueble embargado en subasta e inscripción de la adjudicación*

I. Veamos ahora una variante del caso anterior que se ha presentado con frecuencia en la práctica judicial. Se trata de que el sujeto que adquirió antes de ordenarse el embargo no ejercita la tercería de dominio, de manera que el procedimiento de apremio sigue adelante, la finca sale a subasta y tras los trámites pertinentes, es adjudicada a un tercero o al propio ejecutante. Una vez presentado en el Registro el testimonio del correspondiente auto (ahora, decreto) (11) de adjudicación, se inscribe a nombre del adquirente el dominio del inmueble (12).

¿Queda el adjudicatario protegido en su adquisición o por el contrario está a merced de la acción dominical que le dirija quien compró antes pero no inscribió?

Ante la existencia de jurisprudencia contradictoria sobre esta materia, incluso dentro del propio Alto Tribunal, la ya famosa STS (Pleno de la Sala Civil) de 5 de marzo 2007 fija y consolida con buen criterio la doctrina que debe aplicarse cuando surge el conflicto planteado: el adjudicatario, si es de buena fe, va a ser mantenido en su adquisición en base al artículo 34 LH, pues «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 es que el rematante en la subasta adquiere efectivamente de quien no es dueño (el deudor embargado), pero esa falta de titularidad del transmitente la subsana la fe pública registral. En consecuencia, prevalece la posición del adjudicatario que confió en lo que el Registro publicaba por encima de quien, habiendo adquirido del dueño, no inscribió su adquisición.

Esta doctrina, que se acoge y reitera en sentencias posteriores (13), supone asumir definitivamente que la venta en subasta es válida aunque el bien enajenado no pertenezca al deudor, lo que significa que no puede aplicársele por ese motivo el artículo 33 LH (14).

(11) A partir de la entrada en vigor de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, le corresponde al Secretario judicial, mediante decreto, aprobar el remate o la adjudicación.

(12) Este adquirente puede ser tanto el rematante o mejor postor como el acreedor ejecutante si no hay licitadores y solicita la adjudicación. Para evitar reiteraciones, lo que se diga a lo largo del presente trabajo, en relación con uno de ellos, es también aplicable respecto del otro, a no ser que se realice la especificación pertinente.

(13) Entre otras, SSTs de 16 de marzo de 2007, 7 de septiembre de 2007 (también del Pleno de la Sala Civil), 5 de mayo de 2008, 14 de mayo de 2008, 20 de noviembre de 2008, 3 de noviembre de 2008 y 6 de marzo de 2009.

(14) La cuestión de cuándo es verdaderamente nula una venta en subasta, impidiendo que el rematante se ampare en el artículo 34 LH, la desarrolla VELA SÁNCHEZ, A. J., «La fe pública registral en las ventas judiciales derivadas de embargos inmobiliarios», en ADC,

Tan importante y acertada solución deriva del entendimiento correcto sobre el funcionamiento de la fe pública registral en nuestro Ordenamiento, que lleva consigo una adecuada coordinación de los artículos 33 y 34 LH. La idea básica es ésta: la protección que la fe pública registral brinda al tercero que confía en el Registro implica que ese tercero ha comprado a través de un contrato al que no le falta ningún elemento esencial (por tanto, válido) y al que ha seguido la tradición o entrega, pero tal conjunción de título y modo no ha podido provocar la transmisión dominical porque el vendedor ha resultado no ser dueño de lo que vende (15). Pues bien, justamente para contrarrestar esa irregularidad que supone la falta de titularidad del transmitente, con la finalidad última de otorgar seguridad al tráfico jurídico, existe el artículo 34 LH y los demás preceptos que conforman el principio hipotecario de fe pública: el tercero de buena fe que apoya su adquisición onerosa en lo publicado por el Registro y a su vez inscribe, sabe que queda protegido, que gana una posición inatacable incluso frente al verdadero propietario que tuvo la oportunidad de inscribir y no lo hizo. Y tal protección se da tanto si el título traslativo otorgado a favor del tercero es una compraventa volunta-

2007, pág. 113 y sigs.; y «La doctrina jurisprudencial consolidada en sede de doble venta judicial inmobiliaria», en *Diario La Ley*, núm. 7143, 26 de marzo de 2009, ref. D-101.

Por otra parte, puede plantearse que la protección del adjudicatario deriva de los artículos 1473.2.º CC y 32 LH y no del artículo 34, o bien de una conjunción de todos ellos, aunque la solución no deja de ser la misma. Como también puede discutirse si el supuesto que nos ocupa constituye una adquisición *a non domino*, una doble venta o ambas cosas. Pero dado el carácter eminentemente práctico de este trabajo, no vamos a entrar en esos temas objeto de discusión, que nos llevarían lejos de nuestro objetivo. Para conocer los argumentos de las distintas tesis elaboradas al respecto, pueden consultarse dos estudios diferentes elaborados con motivo de la nueva doctrina jurisprudencial que resulta de la STS de 5 de marzo de 2007. El de GORDILLO CAÑAS, A. («Comentario a la citada sentencia», en *CCJC*, núm. 75, ref. 2008, pág. 1413 y sigs.), y el de CASTILLO MARTÍNEZ, M. C. («El nuevo planteamiento jurisprudencial de los artículos 1.473 del Código Civil y 34 de la Ley Hipotecaria», en *Diario La Ley*, núm. 7080, 19 de diciembre de 2008, ref. D-373).

(15) Dice la STS de 7 de septiembre de 2007 que el artículo 33 LH «podrá impedir la aplicación del artículo 34 si lo nulo es el acto o contrato adquisitivo de quien inscribe, por ejemplo, por falta de consentimiento, pero no si el problema consiste en que ha adquirido de quien ya había vendido y entregado anteriormente la finca a otro que no inscribió su adquisición. En definitiva, la nulidad a que se refiere el artículo 33 de la Ley Hipotecaria no tiene que ver con el poder de disposición del transmitente».

Puede hacerse aquí un paralelismo entre los presupuestos de la fe pública y los de la usucapción ordinaria de bienes inmuebles, ya que ésta también tiene como presupuesto lógico la celebración de un contrato traslativo válido desde el punto de vista obligacional (justo título) que sin embargo no ha tenido eficacia jurídico-real debido a la falta de titularidad del transmitente: ese «defecto» es el que justamente subsana la posesión continuada por parte del comprador de buena fe. Si la validez del título exigiera la pertenencia a quien transmite del objeto vendido al poseedor, la misma figura del justo título y la propia usucapción abreviada carecerían de sentido (vid. MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «El Registro inmobiliario y la adquisición de la propiedad», en *R.D.Patr.*, núm. 1, 1998, ref. BIB 1998/877).

ria como si es una venta forzosa en un procedimiento de apremio, ya que la ley no distingue a estos efectos y la finalidad que la fe pública persigue se cumple en uno y otro caso (16).

La argumentación anterior deriva simplemente del sistema jurídico-inmobiliario que nuestro legislador adoptó en el siglo XIX y que hoy sigue en vigor. Pero por si hubiera alguna duda, el actual artículo 594 de la LEC se pronuncia claramente en el sentido explicado, protegiendo al adjudicatario de bienes embargados indebidamente cuando «los hubiera adquirido de modo irrevindicable, conforme a la legislación sustantiva» (17).

II. Esa adquisición inatacable del adjudicatario exige que dicho sujeto reúna los requisitos del artículo 34 LH. En particular, es necesario que sea de buena fe, es decir, que no conozca la existencia de la venta que tuvo lugar con anterioridad al embargo del que deriva su derecho. Pero aquí se ha suscitado el debate: ¿puede afirmarse la buena fe del adjudicatario cuando el comprador anterior a la traba tiene la posesión del inmueble? Lo que se plantea con esta pregunta es si resulta suficiente para que haya buena fe la consulta del Registro (donde figura como titular dominical el deudor ejecutado), o bien si es precisa una diligencia adicional del adjudicatario. Se trataría en esta segunda opción de exigir al adquirente en subasta que visite la finca sometida al procedimiento de apremio, sin advertir en ella una situación de hecho distinta a lo que publica el Registro. O más genéricamente, que haya realizado averiguaciones sobre el estado posesorio del inmueble además de solicitar información registral del mismo.

Ambas tesis tienen partidarios en la doctrina, sin que pueda decirse que una u otra es actualmente la dominante (18). Y algo parecido ocurre en la

(16) Vid., *in extenso*, los numerosos trabajos que el profesor GORDILLO CAÑAS ha elaborado recientemente sobre el principio hipotecario de fe pública, y en particular, «El principio de fe pública registral (I)», en *ADC*, 2006, pág. 509 y sigs.; «Adquisición en procedimiento de embargo y protección registral», en *AC*, 2007, tomo I, pág. 597 y sigs. (La Ley Digital, ref. 1013/2007), y «El principio de fe pública registral (II)», en *ADC*, 2008, pág. 1057 y sigs.

(17) Aunque la terminología que utiliza este artículo 594 quizá no sea totalmente ajustada, como indica GORDILLO (*Comentario a la STS de 5 de marzo de 2007*, cit., pág. 1435), su significado es incuestionable. Vid., en sentido análogo, ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Remate de un inmueble transmitido anteriormente a un tercero por el deudor ejecutado: ¿adquisición de la propiedad por el rematante?», en *R.D.Patr.*, núm. 15, 2005, pág. 330, y PARDO MUÑOZ, F. J., «La adquisición de la propiedad en subasta judicial: protección y límites de responsabilidad», en AA.VV. (coord.: GUILARTE ZAPATERO): *Propiedad y Derecho Civil*, Centro de Estudios Registrales, 2006, págs. 292 y 293.

(18) Ciñéndonos a los últimos años, defienden que no cabe exigir al tercero hipotecario la diligencia adicional que supone indagar sobre la situación extrarregistral de la finca, GARCÍA GARCÍA, J. M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART), t. VII, vol. 4.º, Edersa, 1999, pág. 487 y sigs.; PAU PEDRÓN, A., *La publicidad registral*, Madrid, 2001, pág. 189; JEREZ DELGADO, C., «La buena fe registral», en *Cuadernos de Derecho Registral*, 2005, pág. 22 y sigs.; 140 y sigs.; y SABORIDO SÁNCHEZ, P., «Reflexiones sobre el tercero hipotecario», en *Cuadernos de*

jurisprudencia, donde podemos encontrar sentencias que fundan la buena fe del adjudicatario en la apariencia registral (salvo que se pruebe que dicho sujeto conocía su inexactitud) (19), y otras que afirman la mala fe del rematante si no se muestra diligente en conocer la situación real de la finca cuando ésta es poseída por persona distinta del ejecutado (20).

La STS de 5 de marzo de 2007, antes comentada, cuya doctrina ha sido tan relevante para aclarar la situación de quien adquiere en venta judicial un bien no perteneciente al deudor, sin embargo no entra a resolver la cuestión concreta que ahora nos ocupa. Porque aunque se refiere a la prueba de la mala fe del adjudicatario como uno de los medios a través de los cuales puede triunfar la posición del comprador que no inscribió, no se pronuncia acerca de si el hecho de poseer ese primer adquirente la finca en litigio implica la falta de buena fe del adquirente en el procedimiento de ejecución (21).

Nuestra posición sobre este tema es favorable a la tesis que defiende la posibilidad de que opere la fe pública registral aunque exista una situación de hecho distinta a lo que resulta de los libros del Registro, siempre que no haya indicios en el mismo procedimiento de que el embargo se ha trabado indebi-

Derecho Registral, 2006, págs. 122 y 123, nota 99. Mientras que exigen esa diligencia especial al tercero del artículo 34 LH, GORDILLO CAÑAS, A., «El principio de fe pública registral (I)», en *ADC*, 2006, pág. 605 y sigs.; y *Comentario a la STS de 5 de marzo de 2007*, cit., págs. 1437 y 1438; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «La buena fe requerida por el adquirente en remate *a debitore non domino*. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007», en *R.D.Patrim.*, núm. 19, 2008, pág. 409 y sigs.; y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, 4.ª ed., tomo II, Centro de Estudios Registrales, 2001, pág. 621.

(19) SSTs de 19 de octubre de 1998, 22 de diciembre de 2000, 10 de julio de 2006, 21 de julio de 2006 y 20 de marzo de 2007.

(20) SSTs de 7 de diciembre de 2004, 30 de diciembre de 2005, 25 de mayo de 2006 y 7 de septiembre de 2007 (esta última, referida a un supuesto «normal» de doble venta, es decir, a un caso en el que ninguno de los compradores en conflicto adquiere en subasta).

(21) Como prueba de que el criterio no es aún uniforme, pueden citarse dos sentencias de Audiencias Provinciales, posteriores a la sentencia del Supremo mencionada, que mantienen posiciones contrarias. Así, la SAP de Cantabria de 10 de enero de 2008 afirma que «resulta una pauta elemental para intervenir en procedimiento de subasta conocer antes la realidad del bien de que se trata para comprobar si interesa su adquisición. Es palmario que en el caso, con haber efectuado tal comprobación, se habría constatado que la plaza de garaje estaba siendo poseída por tercero y la realidad de su situación jurídica, por lo que, o bien se tuvo conocimiento y se despreció tal circunstancia queriendo aprovecharse de la no inscripción (de la venta anterior) o no se actuó con tal mínima cautela, lo que supone, de cualquier forma, la destrucción de la presunción de la buena fe exigida por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria». En cambio, la SAP de Barcelona, de 26 de mayo de 2009, manifiesta que «no resultando del procedimiento judicial de ejecución que pudiera suscitarse alguna duda acerca de la titularidad dominical de la finca embargada tampoco es razonable que se exija a quien actúa fiándose del procedimiento y de la información que resulta del mismo, que inicie una investigación acerca de la realidad extraregistral», añadiéndose que «si se actuara de este modo quedaría desvirtuada la eficacia del Registro de la Propiedad como garante de la titularidad de los derechos reales inscritos, con quiebra del sistema de garantía que se consigue por medio de la publicidad registral».

damente. Y para fundamentar esta opinión nos apoyamos en un argumento principal y en varias ideas complementarias.

El argumento principal es de fondo y se refiere a la finalidad del principio hipotecario de fe pública y, en general, del Registro de la Propiedad. El artículo 34 LH está para dar confianza, para otorgar seguridad a quien consulta en el Registro la titularidad y las circunstancias jurídicas de un inmueble. Significa que quien adquiere un derecho real a título oneroso, apoyándose en los datos registrales e ignorando que esos datos son incompletos o erróneos, una vez que inscriba su adquisición queda protegido, inmune a las reclamaciones basadas en circunstancias que directa o indirectamente hayan dado lugar a la inexactitud registral. Exigir a ese adquirente que, como regla, investigue si la situación posesoria es acorde o no con lo que publica el Registro implicaría dejar vacío de contenido el principio de fe pública (22). Y además supondría condicionar la adquisición segura del tercero a una suerte de doble publicidad del derecho de su transmitente: la publicidad registral acorde a ese derecho y la publicidad posesoria no contraria al mismo; doble condicionante que no tiene apoyo en el tenor del artículo 34 ni en el espíritu que lo sustenta (23).

Junto a lo anterior, nos parece que la diligencia adicional que algunas sentencias y parte de la doctrina exigen al tercero hipotecario es fuente de incertidumbre y, por tanto, de inseguridad jurídica. ¿Cuándo habrá que entender cumplida la diligencia «extra» necesaria para proteger al adjudicatario?; ¿cómo concretar en cada caso las averiguaciones que debe hacer este sujeto, teniendo en cuenta que el inmueble subastado puede ser una vivienda, o una plaza de aparcamiento, o una parcela, o una finca rústica, o un solar?; ¿en qué sentido afectará a las indagaciones que el comprador que no inscribió sea una persona física o una sociedad? Y si hay posesión del inmueble litigioso, ¿hasta dónde hay que investigar para saber si esa posesión es o no en concepto de dueño? (24).

(22) En sentido análogo se pronuncia VELA SÁNCHEZ, A., *La fe pública...*, cit., pág. 74.

(23) Es verdad que el artículo 36 LH, en relación con la usucapión contra tabulas consumada o cuasi consumada, sólo protege al tercero «plusquamperfecto», en terminología de LA RICA, es decir, al que además de reunir los requisitos del artículo 34 no pudo conocer que la finca adquirida estaba siendo poseída en concepto de dueño por alguien distinto de su transmitente. Pero ésta es una exigencia que requiere el artículo 36 para el caso concreto de la prescripción adquisitiva en contra del Registro. Y la exige, como hemos dicho, además de los requisitos del artículo 34, entre los que ya se encuentra la buena fe, por lo que cabe entender que para el legislador no está incluida dentro de ella (vid. ROCA SASTRE, R. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, tomo II, ed. Bosch, 1995, págs. 362, 363 y 578). En consecuencia, pensamos que esa diligencia en relación con la situación de hecho, que sí aparece en el artículo 36, no es en general extrapolable a la protección del tercero hipotecario ni, en particular, a quien adquiere en la vía de apremio un bien no perteneciente al titular registral.

(24) Destaca C. DELGADO JEREZ cómo en la actualidad cada vez se realizan más transacciones entre personas desconocidas, que tienen por objeto inmuebles que no están

El criterio de la diligencia adicional del adjudicatario se nos antoja difícil de aplicar y propenso a cierto subjetivismo. Ello aparte de que en la práctica podría suponer la inversión de la carga de la prueba en contra de la presunción legal de buena fe del adquirente que establece el artículo 34. Pues si se dice que no es de buena fe el que sólo ha confiado en el Registro (y en los autos), será este sujeto el que, frente a la alegación que haga la contraparte de que permaneció inactivo y no conoció por ello la situación real del inmueble, deba demostrar que hizo algo más, que investigó personalmente, que preguntó, que se interesó por el estado posesorio de la finca.

Por otra parte, no debemos olvidar un dato importante. El conflicto de intereses que está en la base de toda esta problemática se plantea entre dos adquirentes de un mismo inmueble y se da la circunstancia de que el primero de ellos, aunque tenga la posesión, ha desaprovechado mecanismos jurídicos que podrían haber evitado la realización del valor de la finca que compró al ejecutado: no ha inscrito su adquisición y tampoco ha ejercitado la tercería de dominio (25). Esto no quiere decir, claro está, que automáticamente deba vencer el adjudicatario que sí inscribe. La buena fe sigue siendo esencial. Y no hay que descartar que el primer comprador pueda acreditar la mala fe del adjudicatario a través de indicios determinantes, incluso relacionados con la posesión (26). Pero, aunque la posesión de la cosa embargada por alguien distinto del deudor pueda ser relevante en algún caso para desvirtuar la presunción de buena fe, no creemos que como regla esa posesión sea incompatible con la buena fe del artículo 34, ni que, como criterio genérico, el rematante deba desplegar una diligencia especial más allá de la información que el Registro y el mismo procedimiento le proporcionan.

próximos al entorno de los contratantes, y que se apoyan en la consulta del Registro de la Propiedad, incluso por vía telemática. «La confianza no descansa ya tanto en el conocimiento del estado posesorio de las fincas, que —por otra parte— es un dato poco fiable, pues la posesión se presta a múltiples equívocos sobre la relación jurídica en virtud de la cual se está poseyendo» (*op. cit.*, pág. 27). Ello sin negar, como es evidente, que siguen siendo abundantes las transacciones entre parientes, allegados o vecinos que sí conocen perfectamente la situación posesoria de los inmuebles sobre los que negocian. Pero lo cierto es que en las ventas forzosas la proximidad personal de los licitadores con el deudor ejecutado o con el inmueble objeto de la ejecución a menudo no se da. De alguna manera el legislador es consciente de tal circunstancia y de hecho en la reforma de la LEC para la implantación de la oficina judicial se ha introducido la posibilidad de que las pujas en la subasta se hagan a través de Internet.

(25) Hay que tener en cuenta, igualmente, que en el seno del procedimiento de ejecución se prevén otros trámites, anteriores a la subasta y a la adjudicación, destinados a proteger el derecho de posibles titulares o poseedores de la finca embargada, según resulta de los artículos 589 y 661 LEC. Normativa esta que supone una innovación de la ley procesal vigente respecto de la de 1881 (vid. MONDEJAR PEÑA, M. I., *Las subastas judiciales...*, cit., pág. 414).

(26) Pensemos, por ejemplo, que el adjudicatario resida en una vivienda colindante a la embargada, donde también habita el comprador no inscrito.

2.2. INSCRIPCIÓN DE LA TRANSMISIÓN ANTERIOR A LA TRABA TRAS LA ANOTACIÓN DEL EMBARGO

2.2.1. *El supuesto de hecho básico y sus consecuencias*

La hipótesis que estudiamos en este momento, que tiene un elemento añadido respecto de la comentada en el epígrafe anterior, responde a la siguiente secuencia cronológica:

- 1.º El titular registral (deudor) transmite la finca.
- 2.º Se decreta el embargo del inmueble por deudas del titular registral y se anota dicho embargo en el Registro.
- 3.º El adquirente anterior al embargo no interpone la tercería de dominio *pero sí inscribe su adquisición*.
- 4.º En el procedimiento de apremio se adjudica el inmueble a un tercero, quien presenta en el Registro de la propiedad el testimonio del auto (ya decreto) de adjudicación a su favor así como el mandamiento de cancelación de cargas expedido conforme al artículo 674 LEC.

Desde el punto de vista registral, la consecuencia de esta situación está clara. El adjudicatario puede inscribir su adquisición. Aunque sea titular registral el primer adquirente y no el ejecutado, no hay problema alguno de tracto sucesivo, porque el citado artículo 674.2 LEC y el artículo 175.2.º RH prevén la cancelación tanto de la anotación de embargo como de las inscripciones y anotaciones posteriores, «aunque se refieran a enajenaciones o gravámenes anteriores» (dice el Reglamento). Por tanto, el derecho del primer comprador queda extinguido registralmente y el rematante puede concatenar su adquisición con la inscripción del deudor ejecutado de quien trae causa (27).

Pero desde el punto de vista sustantivo, es decir, si nos preguntamos quién de los sujetos en conflicto debe reputarse propietario, la cuestión es diferente. Tenemos, por un lado, a un primer adquirente del inmueble que no es titular registral cuando se decreta ni cuando se anota el embargo, pero que

(27) La opción que ha seguido aquí el legislador al establecer la cancelación automática del asiento que publica la adquisición anterior al embargo que llegó retrasada al Registro ha sido objeto de crítica por varios autores, como ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Efectos jurídicos del embargo de inmuebles...*, cit., pág. 236 y sigs., y VELA SÁNCHEZ, A., *La fe pública registral en las ventas judiciales...*, cit., págs. 104 y 105. Por su parte, RENTERÍA AROCENA, A. («Efectos de la inscripción en el Registro de la Propiedad de enajenaciones anteriores a la anotación preventiva de embargo», en *Libro Homenaje a J. M. Chico y Ortiz*, Centro de Estudios Registrales, 1995, pág. 782), antes de que se aprobase la LEC de 2000 y de que se confirmara claramente en ella el criterio del artículo 175.2 RH, defendió la nulidad de este precepto por contravenir lo dispuesto en el artículo 82 LH. El cual dispone que la cancelación de un asiento realizado en virtud de escritura pública exige que consienta el titular registral, que lo ordene una sentencia firme, que resulte del mismo título o que lo establezca la ley.

sí inscribe después de la anotación; y, por otro lado, a un rematante o adjudicatario que logra inscribir su adquisición tras las cancelaciones previstas en los artículos 674.2 LEC y 175.2 RH. Se ha dicho que, a la luz de lo previsto en estos preceptos, la posición del rematante es inatacable (28), pero es preciso tener en cuenta que el adjudicatario, al haber adquirido por vía judicial de quien no era dueño, sólo puede consolidar su situación si está protegido por la fe pública registral, y ello no deriva de que la legislación hipotecaria y la procesal le permitan inscribir su derecho, sino de que concurran en él los requisitos del artículo 34 LH. Esa es la cuestión. Pues bien, en el caso que nos ocupa, cuando al rematante se le adjudica el bien, ya consta en el Registro la titularidad del adquirente anterior. Le falta entonces a dicho rematante la buena fe y no puede alcanzar la categoría de tercero protegido (29). Como luego veremos, la doctrina discute si la buena fe registral debe perdurar hasta el momento en que el tercero inscribe, pero lo que está fuera de duda es la necesidad de que el tercero desconozca la transmisión previa a la suya cuando compra la finca. Y no puede alegarse tal desconocimiento si en esa fecha la enajenación anterior está inscrita (30).

(28) BUSTOS PUECHE, «El sujeto beneficiario de la protección registral (Propuesta de interpretación armónica de los artículos 32, 33 y 34 de la Ley Hipotecaria)», en *RCDI*, 2003, pág. 2638. Es similar la conclusión de GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. («Dos cuestiones sobre la anotación preventiva de embargo: su naturaleza declarativa y su relación con el principio de prioridad registral», en *RCDI*, núm. 715, 2009, pág. 2649) quien afirma que en el supuesto cuestionado, «perdería el dominio del inmueble el titular a favor del adjudicatario».

(29) En el mismo sentido, ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Efectos jurídicos del embargo...*, cit., págs. 243 y 244; *Remate de un inmueble transmitido anteriormente a un tercero...*, cit., págs. 332 y 333; MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Eficacia del embargo y su alcance frente a terceros*, ed. Aranzadi, 2006, pág. 58; MONDEJAR PEÑA, M. I., *Las subastas judiciales...*, cit., págs. 495, 534-535; y VELA SÁNCHEZ, A. J., *La fe pública registral en las ventas judiciales...*, cit., pág. 104; «La controversia jurisprudencial sobre la concurrencia de título y modo en las ventas judiciales: ¿cuál es su trascendencia práctica?», en *RCDI*, núm. 703, 2007, pág. 2189 y sigs.; *Adquisición de la propiedad y aplicación de la fe pública registral en las ventas judiciales inmobiliarias. Estudio doctrinal y jurisprudencial*, ed. Aranzadi, 2009, pág. 175 y sigs.

(30) PARDO MUÑOZ, F. J. (*La adquisición de la propiedad en subasta judicial...*, cit., págs. 294 y 295) mantiene una posición distinta. Se apoya en los artículos 594 LEC (eficacia del embargo de cosa ajena), 658.2 LEC (se mantiene el embargo si se practica una inscripción de dominio con posterioridad a la anotación de aquél) y el citado 175.2 RH, para llegar a la conclusión de que «este particular supuesto de conocimiento por el adquirente de la inexactitud registral no puede tener relevancia alguna en orden a desvirtuar su buena fe y ello por cuanto el legislador ha contemplado dicha posibilidad para, precisamente, considerarla intrascendente». Incluso considera que debe consolidarse la adquisición del adjudicatario aunque la inscripción del primer comprador sea anterior a la fecha en la que el Registrador haya expedido, a instancia del tribunal ante el que se sigue la ejecución, la certificación de dominio y cargas de la finca embargada conforme al artículo 656 LEC. Supuesto en el que constará también en los autos, además de en el propio Registro, que el ejecutado transmitió la finca antes de decretarse el embargo. «Sería absurdo —dice el autor— que el legislador, consciente de la potencial relevancia del

Así pues, la cuestión de fondo, el conflicto dominical, debe resolverse a favor del comprador que inscribió tras la anotación del embargo y antes de la adquisición del adjudicatario. Pero en la hipótesis que se ha planteado es el adjudicatario el último titular registral, y, por tanto, a quien se le presume propietario por aplicación del principio de legitimación (art. 38 LH). Le corresponde entonces al primer adquirente tomar la iniciativa y hacer valer su derecho judicialmente, ejercitando la acción reivindicatoria o declarativa del dominio y solicitando la anotación de la demanda en el Registro. Porque si no lo hace, es posible que el adjudicatario transmita el inmueble a otra persona, y ésta ya sí puede quedar plenamente protegida por la fe pública registral (31).

2.2.2. *Inscripción del derecho del primer adquirente después de la aprobación del remate*

Otro supuesto muy similar al anterior, pero que contiene una variante que lo complica aún más, surge cuando la adquisición del primer comprador se inscribe en un momento en el que ya se ha adjudicado a un tercero el inmueble

defecto en la adquisición por ausencia de buena fe, permitiese el desarrollo y la consumación de una vía de apremio mediante la inscripción del título del adquirente y, a la vez, permitiese que dicho defecto pudiera invocarse ulteriormente en un proceso declarativo promovido por el *verdadero* titular —que, primero, no inscribió el título al tiempo de su adquisición y, luego, no interpuso la correspondiente tercera de dominio— para privar al adquirente en subasta judicial de su condición de tercero hipotecario y obtener la nulidad del proceso de ejecución, lo que representaría un grave quebranto de la seguridad jurídica de la ejecución judicial».

(31) La STS de 11 de junio de 2004 enjuicia un caso idéntico al que nos ocupa, en el que el primer comprador reivindica la finca al rematante, siendo estimada su demanda en todas las instancias judiciales. La solución de fondo es la que se acaba de defender, pero en lo que no hay coincidencia es en la argumentación. El Supremo no entra a analizar la falta de buena fe del adjudicatario inscrito, sino que resuelve el conflicto por otros derroteros:

- El recurrente (el tan citado adjudicatario) intenta fundamentar su derecho sobre la finca invocando como fecha de acceso de su derecho al Registro la de la anotación del embargo, en cuanto que de éste deriva su adquisición. Afirma entonces la sentencia que la anotación de embargo no equivale a una inscripción a los efectos de determinar cuál de los compradores deba ser preferido en virtud del artículo 1.473 del Código Civil. O sea, que no es primero en inscribir el adjudicatario por el hecho de que la anotación de embargo sea anterior a la inscripción del otro comprador. Lo cual es sin duda cierto.
- Pero a continuación manifiesta el Supremo que, en realidad, no se ha producido una doble venta sino una venta de cosa ajena y reproduce la tesis jurisprudencial sobre la «inexistencia de la segunda enajenación por falta de objeto». Tesis ya superada desde la STS del Pleno de la Sala Civil de 7 de septiembre de 2007, que es complementaria de la de 5 de marzo de 2007, antes mencionada. Puede consultarse el comentario de la STS de 7 de septiembre de 2007 realizado por INIESTA DELGADO, J. J., en *CCJC*, núm. 77, ref. 2046, pág. 707 y sigs.

ble sometido a ejecución, pero aún no se ha otorgado el título que después da lugar a la inscripción del derecho del rematante o adjudicatario.

Esta situación es la que da origen a la STS de 18 de diciembre de 2008, en la que el orden cronológico de los hechos, en síntesis, fue el siguiente:

- 1.º Transmisión de la finca.
- 2.º Embargo y anotación en el Registro por deudas tributarias del transmitente.
- 3.º Subasta y adjudicación del inmueble a un tercero.
- 4.º Inscripción de la primera transmisión.
- 5.º Otorgamiento de escritura pública a favor del adjudicatario.
- 6.º Inscripción del dominio a nombre de dicho adjudicatario y consiguiente cancelación de la inscripción realizada a favor del primer comprador.

Es este primer adquirente quien demanda a aquel adjudicatario ejercitando una acción declarativa del dominio.

Debe aclararse que en el caso planteado no se dirigió contra el deudor un procedimiento de ejecución civil sino un procedimiento administrativo de recaudación tributaria. Pero la cuestión básica que se discutió después (la atribución del dominio del inmueble litigioso) es la misma que puede surgir con motivo de una ejecución sometida a la LEC. Por otra parte, hay que mencionar también que la normativa aplicable al procedimiento tributario, por la fecha de los hechos, era el Reglamento General de Recaudación aprobado por Real Decreto 1684/1990, de 20 de diciembre, si bien el Reglamento actualmente en vigor es el aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio. En aquél se preveía como título para inscribir la adjudicación la escritura pública otorgada por la Administración tributaria, mientras que en la norma vigente lo es la certificación del acta de adjudicación expedida por el órgano de recaudación competente (art. 110), sin perjuicio de que el interesado pueda solicitar, si lo estima oportuno, el otorgamiento de la escritura pública de venta del inmueble (art. 111) (32).

Pues bien, en la sentencia de 18 de diciembre de 2008 constituye el asunto debatido, nuevamente, si es válida la venta forzosa de bienes no pertenecientes al deudor y si el adjudicatario está o no protegido por la fe pública registral. El Supremo, después de transcribir la doctrina de la STS de 5 de marzo de 2007, relativa a cómo el artículo 34 LH ampara las adquisiciones *a non domino*, resuelve que el adjudicatario sí está protegido por dicho precepto, «puesto que el embargo efectuado por la Administración tributaria y el procedimiento posterior se efectuó teniendo en cuenta que la deudora figu-

(32) El mismo sistema se establece en el actual Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio (art. 122).

raba en el Registro como titular de la finca, por lo que se debe aplicar la doctrina jurisprudencial reproducida». Pero la sentencia no aclara cuál es la fecha en la que debe considerarse que tuvo lugar la adquisición del inmueble subastado, y tampoco analiza si, en el caso concreto, verdaderamente debía reputarse de buena fe al adjudicatario. Recordemos que cuando se produjo la adjudicación en el procedimiento de apremio la finca constaba inscrita a nombre del deudor, pero cuando se otorga la escritura pública y, por tanto, también en el momento de inscribir el adjudicatario, ya no figura como titular registral el ejecutado, sino que lo es el primer adquirente. En cambio, en la STS de 5 de marzo de 2007 la concatenación de los hechos fue distinta, pues el rematante adquirió e inscribió cuando aún constaba en el Registro como último titular el deudor.

Se plantean, pues, dos cuestiones relacionadas entre sí, en las que la sentencia de 2008 no entra: en qué momento adquiere la propiedad el adjudicatario, y hasta qué momento ha de mantener su buena fe para obtener la tutela que el artículo 34 LH brinda a los terceros.

- a) ¿Cuándo adquiere el dominio el rematante de una subasta celebrada en el seno del procedimiento de ejecución?

La normativa que regula el procedimiento administrativo de apremio por deudas con la Hacienda Pública no resuelve de forma expresa esta cuestión. En cambio, sí hay una referencia indirecta a la misma cuando establece el plazo de interposición de la tercería de dominio. Concretamente, el artículo 119.2 del vigente Reglamento General de Recaudación dispone: «La tercería de dominio no se admitirá con posterioridad al momento en que, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil, se produzca la transmisión de los bienes o derechos a un tercero que los adquiera a través de los procedimientos de enajenación previstos en este reglamento, o a la Hacienda Pública por su adjudicación en pago» (33). Es decir, se produce una remisión genérica al sistema de transmisión del dominio, que regula el Derecho sustantivo, a la hora de precisar el momento de adquisición de la propiedad por parte del adjudicatario, que es la fecha límite para que el tercerista interponga su demanda. Tal remisión se interpreta en el sentido de que también en este ámbito debe regir la teoría del título y el modo, así como, en su caso, las matizaciones a la misma que derivan de la fe pública registral.

En consecuencia, hay que entender transmitido el dominio cuando, además del acuerdo de voluntades derivado de la subasta y la adjudicación del inmue-

(33) El artículo 173.1 del RGR de 1990 establece que: «no será admitida la tercería de dominio después de otorgada la escritura, de consumada la venta de los bienes de que se trate o de su adjudicación para pago al Estado u otro ente acreedor».

ble al mejor postor, se produce la entrega de la posesión de la finca o cualquier otra forma de tradición. Más concretamente, dicha tradición puede tener lugar con el otorgamiento de la escritura pública (si se aplica en Reglamento de 1990 o lo solicita el adquirente) o bien cuando el órgano competente emite la certificación del acta de adjudicación de los bienes conforme al artículo 114 del Reglamento actual, certificación que «constituye un documento público de venta a todos los efectos», según dispone el mencionado precepto (34).

Si aplicamos lo anterior al caso resuelto por la STS de 18 de diciembre de 2008 resulta que la fecha de la adquisición (35) del adjudicatario (día del otorgamiento de la escritura) fue posterior a la inscripción de la primera transmisión. O sea, que en aquel momento el adquirente en el procedimiento de apremio tenía noticia (o podía tenerla) de la venta realizada por el deudor antes de decretarse el embargo.

¿Y qué habría ocurrido si en vez de un procedimiento tributario se hubiese seguido una ejecución ordinaria contra el titular registral? En particular, supongamos que la inscripción de la primera enajenación se produce después de haberse celebrado la subasta y habiéndose dictado auto/decreto de aprobación del remate a favor de un tercero, pero antes de que el Secretario expida el testimonio de dicho auto/decreto, que es el título necesario para inscribir el derecho del adjudicatario (36). ¿Cuándo hay que entender que se pro-

(34) La consulta vinculante de 28 de mayo de 2009 de la Subdirección General del IRPF, en relación con un procedimiento ejecutivo instado por la Tesorería General de la Seguridad Social, sigue el criterio que se acaba de exponer en cuanto al momento de adquisición de un inmueble adjudicado tras la celebración de la correspondiente subasta. Así, afirma la consulta que tal fecha de adquisición sería:

- bien la del otorgamiento de la escritura de venta del bien inmueble objeto de consulta, referida en el artículo 154 del Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social, si la subasta se celebró al amparo de esta última norma;
- bien la fecha de emisión del certificado de adjudicación, o en su caso, de la escritura pública de venta del inmueble objeto de consulta, referidos en el artículo 122 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, si la subasta se celebró al amparo de esta última norma».

También la STS de 19 de junio de 2007 se sitúa en esta línea. La actora ejercita una tercera de dominio y la fundamenta en haber adquirido el inmueble en un procedimiento de apremio seguido a instancia de la Seguridad Social. El Supremo, al igual que las instancias judiciales inferiores, entiende que la tercerista no está legitimada para levantar el embargo, porque no llegó a tomar posesión del bien subastado ni tampoco se otorgó a su favor la escritura pública a la que se refería la normativa anterior sobre recaudación de los recursos del sistema de la Seguridad Social.

(35) Entendida aquí como conjunción de título y modo.

(36) El esquema del supuesto sería:

- 1.º A vende en escritura pública a B.
- 2.º Se decreta el embargo de la finca por deudas de A y se anota el embargo en el Registro, donde aún consta como titular el deudor.

duce la adquisición del rematante en el procedimiento de ejecución dineraria de la LEC?

Desde el punto de vista legal, ocurre en este ámbito lo mismo que en el seno de los procedimientos administrativos de apremio: a la hora de determinar el *dies ad quem* para interponer la tercería de dominio, el artículo 596.2 LEC se refiere al «momento en que, de acuerdo a la legislación civil, se produzca la transmisión del bien al acreedor o al tercero que lo adquiera en pública subasta». Es decir, cuando se ha embargado un bien no perteneciente al deudor, el verdadero propietario puede ejercitar la tercería hasta que el rematante adquiera el bien objeto del embargo, y esto es algo que viene marcado por el Derecho Privado. Sin embargo, no es fácil adaptar a la normativa civil (y, en particular, a la teoría del título y el modo) los trámites del procedimiento de ejecución. Esta es quizá una de las razones por las que existe en la jurisprudencia disparidad de criterios en torno a la fecha de adquisición de la propiedad en las subastas judiciales. Así, son numerosas las sentencias que identifican esa fecha con el día en que el Secretario judicial expide el testimonio del auto (decreto) de aprobación del remate (37). Otras sentencias, en cambio, consideran que el adjudicatario se hace dueño del bien subastado con la «aprobación del remate y la subsiguiente adjudicación» (38), o más específicamente, con el auto/decreto correspondiente (39). E incluso

3.º Sale a subasta el inmueble y, tras los trámites pertinentes, se dicta auto de aprobación del remate a favor de C.

4.º B inscribe su adquisición.

5.º Se expide el testimonio del auto/decreto de aprobación del remate así como el mandamiento de cancelación de cargas.

6.º C inscribe a su nombre el inmueble y se cancela el asiento que publica la adquisición de B.

(37) En tiempos relativamente recientes, pueden citarse como resoluciones especialmente claras en este sentido las SSTS de 6 de abril de 1999, 4 de abril de 2002, 4 de octubre de 2006, 20 de julio de 2006 y 2 de diciembre de 2009 (si bien esta última habla de la «entrega» del testimonio al rematante o cesionario del remate como momento decisivo). También siguen el criterio del testimonio los autos de la AP de Madrid, Sección 20.ª, de 3 de julio de 2006, de la AP de Granada, Sección 3.ª, de 21 de noviembre de 2008 y de la AP de Madrid, Sección 21.ª, de 26 de enero de 2010 («no es desde la fecha del auto de aprobación del remate o de adjudicación sino desde la posterior fecha del testimonio del auto expedido por el Secretario cuando acaba o termina la posibilidad temporal de presentar la demanda de tercería de dominio»).

(38) SSTS de 14 de octubre de 2002, 14 de diciembre de 2007, 26 de febrero de 2009 y 1 de abril de 2009; también la STSJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso), de 1 de diciembre de 2005.

(39) SSTS de 14 de julio de 2008 y 18 de marzo de 2009. En esta última sentencia se plantea desde qué fecha se computa el plazo de ejercicio del retracto legal de comuneros (art. 1.524 CC), cuando la venta de la participación indivisa que se pretende retraer se ha realizado a través de una subasta judicial y no se ha inscrito la adquisición del adjudicatario. El Supremo entiende que dicho plazo se inicia en el momento en que se consuma la compraventa por unirse al título el modo o tradición, «pues sólo entonces se producen los efectos traslativos del dominio que dicha consumación lleva aparejada, lo cual acontece

algún pronunciamiento del Supremo mezcla en sus argumentaciones ambas posibilidades, refiriéndose como momento decisivo a estos efectos, primero a la emisión del auto y poco después a la expedición del testimonio (40).

En cuanto a la doctrina, se ha defendido que la transmisión de la propiedad en las ventas judiciales tiene lugar cuando se dicta el auto/decreto de aprobación del remate, considerando que la autoridad judicial no sólo sustituye el consentimiento del ejecutado, sino también la voluntad de entrega de la cosa por parte de éste (41). Asimismo, se ha manifestado (apelando a la espiritualización de la *traditio*), que debe entenderse transmitido el dominio cuando el adjudicatario paga, es decir, cuando consigna en el Juzgado la diferencia entre el precio del remate y lo depositado previamente para poder participar en la subasta, con independencia de que se haya dictado o no en ese momento el auto/decreto (42). Pero la tesis actualmente mayoritaria es la que identifica el instante traslativo con la expedición del testimonio del mencionado auto/decreto, en cuanto que —se dice— éste es el documento que hace las veces de tradición, al modo en que antes lo hacía para las enajenaciones judiciales la escritura pública (43).

cuando se adjudica al adquirente el bien subastado, esto es, en el momento en que se dicta auto de adjudicación, siendo la fecha de este auto el instante a tomar en cuenta para el inicio del cómputo del plazo de caducidad de la acción, fijado en nueve días». Así pues, lo relevante para esta sentencia es la transmisión al adquirente del bien objeto de la subasta, lo que dice que se produce con el auto de adjudicación. Ese será el *dies a quo* para que ejercite su derecho el retrayente, salvo —como añade la propia resolución— que tal sujeto desconozca que el auto se dictó, en cuyo caso comenzaría el plazo a partir del día siguiente a su notificación.

(40) STS de 10 de junio de 1994. Aunque lo cierto es que, en el caso enjuiciado, la decisión del Tribunal iba a ser la misma se adoptase un criterio o el otro: la tercera interpuesta no podía prosperar en modo alguno, pues se presentó la demanda tres años después de expedirse el testimonio del auto de aprobación del remate. También es confusa, en relación a la materia que nos ocupa, la STS de 7 de diciembre de 2005, la cual, citando doctrina de sentencias anteriores, llega a afirmar que el día de la venta judicial constituye el momento en que hay que entender transmitida la propiedad. Pero dicha afirmación se hace *obiter dictum*, sin condicionar la resolución del problema enjuiciado, que versaba sobre la posible nulidad de una adjudicación en subasta realizada durante el periodo de retroacción de la quiebra del deudor transmitente.

(41) NAVARRO CASTRO, M., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2002», en *CCJC*, núm. 60, ref. 1619, págs. 982 y 983.

(42) PARDO MUÑOZ, F. J. (*La adquisición de la propiedad...*, cit., pág. 290), quien subraya la necesidad de otorgar mayor seguridad jurídica al adquirente en subasta. También explica que la «artificiosa distinción» entre lo que algunas sentencias denominan «aprobación del remate» (título), y la «adjudicación de la finca al rematante» (modo), «en realidad es procesalmente inexistente, pues ambas declaraciones son una y la misma y se realizan mediante un único auto judicial».

(43) En este sentido, ACHÓN BRUÑÉN, M. J., «Embargo de bienes o derechos no pertenecientes al ejecutado», en *Diario La Ley*, 21 de enero de 2004, ref. D-17, *La Ley Digital* 2070/2003; FERRER GIL, J. E., «La tercera de dominio», en *Práctica de los Tribunales*, núm. 34, 2007, *La Ley Digital* 4360/2006; LÓPEZ LÓPEZ, A., «El efecto traslativo de la adjudicación en la subasta en el caso de ejecución dineraria tras la nueva

A nuestro juicio, no hay argumentos definitivos para decantarse con firmeza a favor de una u otra posición, debido a la dificultad, antes comentada, de acoplar el sistema de adquisición derivativa del dominio al iter procesal. A pesar de ello, es preciso pronunciarse. Parece claro que en el proceso de ejecución sobre inmuebles, la venta judicial se perfecciona con el auto/decreto de aprobación del remate, pues con anterioridad a ese momento no hay más que una oferta por parte del mejor postor. Lo que puede discutirse es si la tan citada resolución lleva implícita la *traditio* o bien es preciso para que ésta concurra el otorgamiento del título inscribible, o sea, el testimonio. A estos efectos, nos parece importante tener en cuenta que el testimonio es algo más que una copia del auto/decreto, pues no sólo lo incorpora sino que también da fe de su firmeza y del pago del precio (imprescindible para que no se produzca la quiebra de la subasta y, por tanto, su ineficacia) (44). Partiendo de ahí, creemos más acertado pensar que el testimonio constituye el instrumento necesario para completar el mecanismo traslativo, siguiendo la tesis que le da el valor de modo o tradición. Sin perjuicio, claro está, de que también sea posible entender transmitida la propiedad en los casos (infrecuentes) en que la entrega de la posesión del inmueble anteceda a la expedición del testimonio.

Esta solución no está exenta de dificultades en su aplicación práctica, sobre todo por las dilaciones que a menudo experimentan los trámites y la documentación que emana del proceso con motivo de la falta de los medios personales y materiales necesarios para el buen funcionamiento de los Juzgados: a veces la expedición del testimonio tarda más de lo debido. Por ello, y aun no siendo suficiente para resolver el problema, quizá hubiera resultado oportuno introducir en la LEC una previsión similar a la que aparece ahora en el artículo 587.1 (obligación de ordenar de inmediato la adopción de medidas de publicidad del embargo, una vez que haya sido decretado) en el sentido de imponer al Secretario el deber de expedir también de inmediato, en cuanto se den las condiciones legales, el testimonio del auto/decreto de adjudicación.

Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, tomo II, CRPME y Universidad de Murcia, 2004, pág. 2865; MONDEJAR PEÑA, M. I., *Las subastas judiciales*, cit., pág. 327 y sigs. También VELA SÁNCHEZ acoge en lo sustancial la misma idea, aunque matiza que si el adjudicatario entra en posesión real de los bienes antes de que se dicte el testimonio, ya habrá que entender consumada la venta judicial, igual que ocurriría en una enajenación voluntaria («Comentario a la STS de 14 de octubre de 2002», en *CCJC*, núm. 61, ref. 1649, pág. 194 y sigs.; aborda el tema asimismo en otros trabajos: *La controversia jurisprudencial sobre la concurrencia del título y el modo...*, cit., pág. 2189 y sigs., y *Adquisición de la propiedad y principio de fe pública registral...*, cit., pág. 63 y sigs.).

(44) Subraya MONDEJAR PEÑA, I. (*Las subastas judiciales...*, cit., pág. 253), que «a diferencia de la regulación del Código Civil en el que el pago del precio no es un elemento condicionante de la adquisición del dominio, en el ámbito de estos procedimientos sí que lo es».

Dicho lo anterior, procede recapitular. Hemos llegado a la conclusión de que la transmisión del dominio al adjudicatario tiene lugar a través del auto de aprobación del remate seguido del testimonio correspondiente. Pero no podemos olvidar que ese efecto traslativo sólo se produce realmente cuando el ejecutado es el propietario del inmueble subastado. Si no lo es, o sea, si se ha enajenado mediante ejecución forzosa un bien no perteneciente al deudor (como ocurre en la hipótesis que estudiamos), al adjudicatario no le bastará con que se haya consumado la venta judicial, con que exista a su favor un título y alguna forma de entrega. Solamente podrá convertirse en verdadero dueño bien a través de la usucapión ordinaria (que aquí no se plantea), o bien si reúne los requisitos del tercero hipotecario (45). Esta segunda posibilidad nos conduce de nuevo a analizar si el tan citado adjudicatario es de buena fe. Más específicamente, se hace preciso contestar a la cuestión que antes se planteaba sobre en qué instante ha de apreciarse la buena fe del adjudicatario para que pueda realizar una adquisición inatacable en base a la fe pública registral.

- b) ¿Hasta qué momento ha de mantener la buena fe el adjudicatario para gozar de la protección del artículo 34 LH?

Recordemos que en la situación adoptada como punto de partida la adjudicación del inmueble en subasta es posterior a la transmisión voluntaria del mismo, y que el primer adquirente inscribe su derecho después de la aprobación del remate a favor del mejor postor pero antes de verificarse, según la tesis mantenida, la entrega o tradición a su favor. El orden de los hechos era: venta / ejecución por deudas del vendedor, anotándose el embargo / subasta y adjudicación a un tercero / inscripción del primer comprador / certificación del acta de adjudicación (procedimiento de apremio administrativo), o testimonio del auto de aprobación del remate (procedimiento judicial) / inscripción a nombre del adjudicatario. Por tanto, si tomamos como referencia la ejecución de la LEC, sucede que el rematante es de buena fe cuando concurre a la subasta y cuando se dicta el auto/decreto correspondiente a su favor, pero no puede serlo cuando se expide el testimonio de dicha resolución (ni, en consecuencia, cuando lo presenta en el Registro), pues para entonces ya está inscrita la titularidad del adquirente rezagado. Dicho de otra forma, el adjudicatario es de buena fe cuando se perfecciona la venta pero no en el momento en que normalmente (si el deudor hubiera sido dueño) habría adquirido, y tampoco en el momento de inscribir el inmueble a su nombre. Procede enton-

(45) Vid. VELA SÁNCHEZ, A. J., *La controversia jurisprudencial sobre la concurrencia de título y modo en las ventas judiciales...*, cit., pág. 2223.

ces decidir si, en tales condiciones, se produce o no la adquisición *a non domino* en base a la fe pública registral.

La fijación del elemento temporal de la buena fe en el artículo 34 LH es una discusión ya clásica pero a la vez muy actual, como lo revela el elevado número de autores que recientemente se han ocupado de analizar este tema. Al respecto pueden identificarse cuatro posturas en la doctrina:

- La primera toma como punto de referencia la celebración del contrato: el adquirente ha de ser de buena fe cuando manifiesta su voluntad y se dan todos los elementos para la existencia del negocio traslativo (46).
- La segunda considera que el tercero debe ignorar la inexactitud registral cuando adquiere, o más exactamente, en el momento «en que, de no haber defecto alguno, se habría realizado la transmisión» (47). Ello significa que la buena fe tiene que ponderarse al concurrir el contrato traslativo con la tradición o entrega.
- La tercera tesis, que para algunos supuestos coincide con la anterior, defiende que el momento relevante a estos efectos es el del otorgamiento del título inscribible (48).
- Y la cuarta tesis mantiene que la buena fe debe perdurar hasta el momento en que el tercero hipotecario inscribe su derecho, de manera que si después de haber «adquirido» pero antes de inscribir conoce que su transmitente no era dueño, no queda protegido (49).

(46) Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, *Derecho Inmobiliario Registral*, ed. Bosch, 1984, pág. 189.

(47) JEREZ DELGADO, C., *La buena fe registral*, cit., pág. 126. En la misma línea, vid. ROCA SASTRE, R. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, cit., vol. II, pág. 391 y sigs.; y NADAL GÓMEZ, I., *La transmisión a terceros...*, cit., pág. 219.

(48) GARCÍA GARCÍA, J. M., «Comentario al artículo 34 LH», cit., pág. 510 y sigs., y GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «Comentario a la STS de 17 de febrero de 2004», en *RCDI*, núm. 687, págs. 294-295, nota 5.

(49) Esta es la tesis que defendió hace ya muchos años SANZ FERNÁNDEZ. Hasta hace poco se consideraba minoritaria, pero actualmente un número considerable de autores la sustentan: CLEMENTE MEORO, M., «Sobre el momento en que ha de ser de buena fe el tercero hipotecario», en *RCDI*, núm. 673 (2002), pág. 1866 y sigs.; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Efectos jurídico-reales del embargo...*, cit., págs. 211, 245 y 246; GORDILLO CAÑAS, A., *El principio de fe pública registral*, I, cit., pág. 644; JIMÉNEZ PARÍS, T. A., «El momento de la buena fe», en *Cuadernos de Derecho Registral*, 2006, pág. 161 y sigs.; RODRÍGUEZ OTERO, L., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, ed. Dijusa, 2007, pág. 264; VELA SÁNCHEZ, A., *La fe pública registral en las ventas judiciales...*, cit., pág. 28 y sigs., 98 y 117, y *Adquisición de la propiedad...*, cit., pág. 120 y sigs.

En cuanto al estado de la cuestión en la jurisprudencia, puede verse el estudio detallado que hacen CLEMENTE MEORO y JIMÉNEZ PARÍS, en las obras citadas (pág. 1857 y sigs.; 99 y sigs., respectivamente), de las sentencias que de forma directa o indirecta abordan el tema. Ambos autores concluyen que resulta mayoritaria la llamada tesis de la adquisición, destacando sin embargo que son pocas en número las resoluciones que adoptan esta pos-

Esta última posición doctrinal es la que más nos convence, fijándonos en dos de los principales argumentos que se esgrimen para sustentarla (50). El primero consiste en recordar que cuando de una adquisición *a non domino* se trata, el tercero realmente adquiere, no cuando se produce la conjunción del título y el modo (pues si así fuera no sería necesario el juego de la fe pública registral), sino cuando concurren todos los requisitos del artículo 34 y entre ellos la inscripción. De ahí se concluye que la buena fe debe mantenerse en todo el proceso que culmina con aquella, pues mientras la inscripción no se produce, nada adquiere el que confía en lo que el Registro publica. En cuanto al segundo argumento, deriva del paralelismo que existe entre la fe pública registral y la usucapión ordinaria: en esta forma de usucapión la buena fe ha de darse durante todo el plazo de posesión y no sólo cuando el poseedor

tura como *ratio decidendi*. Cabe añadir a las referencias jurisprudenciales que aparecen en dichos trabajos algunas otras sentencias más recientes:

- Así, la STS de 27 de octubre de 2008, afirma también que la fecha clave para valorar la buena fe es el momento de adquisición, pero debe advertirse que en el caso no se da una mala fe sobrevenida tras la adquisición (entendida como la suma del título y el modo) y previa a la inscripción, sino que ya existía posible conocimiento de la inexactitud registral en el momento de adquirir. De manera que lo que viene a decir esta sentencia es que si hay mala fe en ese instante no hay protección registral, sin plantearse qué ocurre cuando se da buena fe al adquirir y mala fe al inscribir.
- En cambio, el supuesto de hecho es distinto en la STS de 13 de noviembre de 2009. Se celebró una doble venta de varias fincas, la primera en documento privado y la segunda en escritura pública. Tras el otorgamiento de esta última, el primer comprador envió un requerimiento al segundo comunicándole que los inmuebles le habían sido vendidos con anterioridad. Y después el segundo comprador inscribió su adquisición. Una vez planteado judicialmente el conflicto entre los dos adquirentes, el Supremo aplica el artículo 1.473 del Código Civil en relación con el 34 LH, y afirma: «esta Sala ha mantenido y mantiene que el momento en que debe concurrir la buena fe es el otorgamiento del título público que luego se inscribirá». Pero a continuación confirma el criterio de la Audiencia denegando la protección al segundo comprador porque conocía la existencia de la venta previa cuando procedió a la inscripción registral. Llega así el Alto Tribunal a la siguiente conclusión: «quien inscribió sin la concurrencia de la buena fe no deviene propietario». Con lo que de hecho, a pesar de lo transcrito anteriormente, esta sentencia viene a dar por buena la tesis de la inscripción en cuanto al momento de la buena fe del tercero.
- Quizá con mayor claridad, la STS de 30 de noviembre de 2004, cuya doctrina siguen las de 14 y 21 de junio de 2007, mantiene la exigencia de la buena fe hasta la fecha de la inscripción en una hipótesis que se estudia más adelante en el epígrafe 3.2. La secuencia cronológica es la siguiente: embargo en procedimiento de ejecución seguido contra el propietario/ venta del bien embargado/ anotación del embargo/ inscripción del inmueble a nombre del comprador. Hipótesis en la que el Supremo entiende que el adquirente, que inscribió cuando el embargo ya estaba anotado, ha de soportar el gravamen y no está protegido por la fe pública registral.

(50) Vid. CLEMENTE MEORO, M., *Sobre el momento...*, cit., págs. 1866 y 1867; GORDILLO CAÑAS, A., *La fe pública registral*, I, cit., pág. 647; y JIMÉNEZ PARÍS, T. A., *El momento...*, cit., pág. 216 y sigs.

contrata con el dueño aparente o cuando se le entrega el inmueble; la buena fe no se mide en una sola fecha, sino que ha de perdurar desde que el usucapiente decide comprar el inmueble hasta que verdaderamente lo adquiere por agotarse el tiempo de posesión previsto por el Código Civil. De igual modo, la propiedad del bien inmueble ingresa en el patrimonio del tercero hipotecario a partir de que, de buena fe, inscribe su derecho: sólo entonces se produce el efecto de la irreivindicabilidad (51).

Por tanto, la buena fe debe estar presente cuando el tercero contrata, pero también en el momento de la tradición y en el de la inscripción. No ocurre así en la hipótesis que estamos analizando (ni, en consecuencia, en el caso resuelto por la STS de 18 de diciembre de 2008), donde el adjudicatario es de buena fe en la fecha de la aprobación del remate pero no posteriormente, pues antes de que se produzca la entrega y la inscripción accede al Registro la adquisición de un comprador anterior. La conclusión es entonces que el adjudicatario, al inscribir de mala fe, no reúne los requisitos para quedar protegido por la fe pública registral frente a la transmisión previa al embargo. Por lo que esta transmisión debe prevalecer si se plantea el correspondiente juicio dominical entre el primer adquirente y el rematante en la subasta (52).

En realidad, tal conclusión sería la misma de mantenerse la denominada tesis de la adquisición en cuanto al momento de la buena fe. En el supuesto de hecho que contemplamos el conocimiento de la inexactitud registral ya se da en la fecha de la tradición, por lo que, de situar el requisito de la buena fe sólo hasta ese instante, el adjudicatario tampoco quedaría protegido. Pero es claro que hay supuestos de mala fe sobrevenida (posterior a la «adquisición» y previa a su constancia en el Registro) en los que sí es relevante, para que opere o no la fe pública registral a favor del adjudicatario, el acoger aquella teoría o por el contrario la que toma la inscripción como fecha determinante en relación con la buena fe del tercero.

Por otra parte, asumir que la buena fe deba prolongarse hasta la inscripción del rematante hace que, en relación a la cuestión concreta que nos ocupa,

(51) La fecha concreta a tener en cuenta, a nuestro juicio, es la del asiento de presentación y no la del día en que materialmente el Registrador firma el asiento de inscripción, como entiende JIMÉNEZ PARÍS (*op. cit.*, pág. 258). El artículo 24 LH no deja lugar a dudas: «Se considera como fecha de la inscripción para todos los efectos que ésta deba producir, la fecha del asiento de presentación, que deberá constar en la inscripción misma». A todos los efectos, dice el artículo; por tanto no sólo en relación al principio de prioridad, sino también en relación al principio hipotecario de fe pública.

(52) No procede aplicar aquí, como hace el Tribunal Supremo, la doctrina de la sentencia de 5 de marzo de 2007. Los hechos en esta sentencia fueron distintos, ya que en todo el proceso de adquisición del adjudicatario figuraba como titular registral el deudor ejecutado. No accedió al Registro en ningún momento la primera transmisión, y por tanto la presunción de buena fe pudo desplegar toda su eficacia. Ello a diferencia de lo ocurrido en la STS de 18 de octubre de 2008, donde, como ya hemos repetido, la inscripción del adjudicatario estuvo precedida por la del primer comprador.

no sea decisiva la fijación de cuándo se adquiere el dominio (con carácter general) en las subastas judiciales, pues a efectos de que el adjudicatario pueda ampararse o no en el artículo 34 LH, lo importante será que presente en el Registro, de buena fe, el testimonio del auto/decreto de aprobación del remate, al margen de cuándo se haya producido la conjunción del título y el modo. Ello no obstante, para analizar si el tan mencionado adjudicatario realiza o no una adquisición inatacable nos ha parecido conveniente plantear el tema de la consumación de la venta en las subastas, diferenciándolo y relacionándolo al mismo tiempo con el relativo al momento de la buena fe, para conocer las distintas opciones y estar en condiciones de advertir su verdadero alcance (53).

2.3. EMBARGO NO ANOTADO O CUYA ANOTACIÓN HA CADUCADO

Puede ocurrir que antes de que se decrete el embargo el deudor ya haya transmitido el inmueble (como sucede en los casos estudiados hasta ahora), pero que la traba no llegue a anotarse en el Registro de la Propiedad o se anote y caduque el asiento, lo cual provoca ciertas consecuencias procesales y sustantivas. Veamos los distintos supuestos así como su régimen jurídico:

a) Un primer caso se compone de los siguientes hechos, expuestos por orden cronológico:

- 1.º El titular registral de un inmueble lo transmite a otra persona.
- 2.º La finca es embargada por deudas del transmitente y todavía titular registral.
- 3.º Se inscribe la venta, permuta o cesión onerosa previa al embargo.
- 4.º Se presenta en el Registro el mandamiento de embargo para que el mismo se anote.

La consecuencia evidente de esta situación es que el Registrador denegará la práctica de la anotación solicitada en base al artículo 20.7 LH, en cuanto que el actual titular registral «es persona distinta de aquella contra la cual se ha dirigido el procedimiento», o sea, no es el deudor ejecutado. No procede la anotación porque lo impiden los principios registrales de tracto sucesivo, legitimación y la salvaguardia judicial de los asientos (arts. 20, 38 y 1 LH, respectivamente), así como el principio constitucional que proscribe la indefensión (art. 24 CE): si el inmueble ya no figura inscrito a nombre del deman-

(53) En todo caso, debe recordarse que la transmisión del dominio en el procedimiento de ejecución es de gran relevancia práctica en relación con numerosos problemas, como es el caso del plazo de interposición de la tercería de dominio (y en general de las acciones protectoras de la propiedad) o el plazo de ejercicio del retracto legal.

dado porque ha accedido al Registro la enajenación del mismo a un tercero, no cabe reflejar en el folio registral el embargo, pues las deudas que han provocado la traba de la finca no las ha contraído el actual titular registral sino un titular anterior. Esta es la doctrina de la RDGRN de 1 de agosto de 2006, dictada en un caso cuyos hechos coinciden en lo esencial con el supuesto planteado.

Ahora bien, aunque el embargo no se anote, el procedimiento de apremio seguirá su curso. A instancia del Juzgado, el Registrador expedirá la certificación de dominio y cargas a que se refiere el artículo 656 LEC, y de ella resultará que el inmueble no figura inscrito a nombre del deudor, sino que el titular según el Registro es otro sujeto. Procede entonces que, una vez oídas las partes, se decrete de oficio el alzamiento del embargo (54). No es preciso que el dueño acuda a la tercería de dominio para que se levante el embargo y se paralice la ejecución (55), dado que resulta aplicable una de las consecuencias que el principio de legitimación tiene en el ámbito del proceso: la llamada tercería registral, prevista en el artículo 38.3 LH y que actualmente también tiene cobertura legal en el artículo 658.1 LEC (56).

b) Las consecuencias que acabamos de exponer se pueden dar también cuando se ha practicado la anotación del embargo pero el asiento caduca al haber transcurrido su plazo (cuatro años) sin haberse solicitado la correspondiente prórroga. En concreto, los elementos de este supuesto, ordenados por fechas, serían los siguientes:

- 1.º Transmisión del inmueble por parte de su titular registral.
- 2.º Embargo por deudas del transmitente, que se anota en el Registro.
- 3.º Inscripción de la transmisión.
- 4.º Caducidad de la anotación de embargo.
- 5.º Presentación en el Registro de un nuevo mandamiento, derivado del mismo procedimiento de ejecución, ordenando que se vuelva a anotar la traba.

(54) Esta decisión corresponde ahora al Secretario, tras la Ley 13/2009.

(55) Vid. SÁNCHEZ CALERO, F. J. y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *Manual de Derecho Inmobiliario Registral*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, 2009, pág. 123.

(56) Según NADAL GÓMEZ, I. (*La transmisión a terceros de inmuebles en el proceso de ejecución*, cit., pág. 164), «el ámbito de aplicación de la tercería registral y el del artículo 658 coinciden, puesto que ambos contemplan el supuesto de un embargo no anotado y una inscripción de dominio anterior a la certificación de cargas y con virtualidad para conseguir que se alce la traba... Por ello debemos concluir que el artículo 658 ha venido a sustituir al artículo 38.III, situando en sede procesal esta posibilidad de alzar la traba y mejorándola al dar audiencia a las partes de forma previa a la resolución del tribunal». Vid., en sentido análogo, UCEDA OJEDA, J., en AA.VV. (coordinadores: FERNÁNDEZ BALLESTEROS, RIFA SOLER y VALLS COMBAU): *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Iurgium, 2001, tomo III, págs. 3036 y 3037.

Igual que en el caso anterior y por iguales motivos, el Registrador debe denegar la práctica de la anotación. Falta el tracto necesario (57). El hecho de que ya se hubiera anotado el embargo antes de inscribirse la transmisión no cambia las cosas, porque al haber caducado esa anotación preventiva, la misma se tiene por inexistente desde el punto de vista registral, incluso aunque no se haya extendido el correlativo asiento de cancelación (58).

Sin embargo, la RDGRN de 26 de mayo de 2005 no sigue este planteamiento, en lo que a la denegación de la anotación preventiva se refiere, seguramente por las circunstancias especiales del caso concreto. Veámoslas.

Doña Carmen debía ciertas cantidades a la Hacienda Pública. Dicha señora aportó dos inmuebles de los que era titular registral a una sociedad formada por ella y su marido. Un año después se procedió al embargo de esos inmuebles por las referidas deudas tributarias de doña Carmen y se practicaron en el Registro sendas anotaciones preventivas de embargo a favor del Estado. La sociedad interpuso demanda de tercería de dominio e inscribió a su nombre las fincas embargadas. El transcurso del tiempo hizo que caducaran las anotaciones tomadas en su día (la Agencia Tributaria no solicitó las correspondientes prórrogas), por lo que se presentaron en el Registro otros mandamientos ordenando la práctica de nuevas anotaciones de embargo. A dichos mandamientos se acompañaron testimonios de las sentencias que habían desestimado la tercería en todas las instancias judiciales. Desestimación que estuvo fundada en la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica (59).

El Registrador negó la procedencia de las nuevas anotaciones por estar inscritas las fincas a nombre de persona distinta de la demandada y porque, no habiéndose decretado judicialmente la nulidad de la aportación a la sociedad ni de la inscripción de los inmuebles a favor de la misma, tal asiento de inscripción seguía vigente y bajo la salvaguardia de los tribunales. Sin embargo la Resolución que comentamos estima el recurso interpuesto por el Abogado del Estado y afirma: «es excesivamente formalista entender que el principio de tracto sucesivo impide las anotaciones solicitadas por el mero hecho de que no se ha declarado la nulidad de la adquisición por el tercero al no haberse solicitado dicha declaración, pues paladinamente declara el tribunal que la aporta-

(57) Vid. RDGRN de 4 de abril de 2002.

(58) Según doctrina reiterada de la DGRN, la caducidad de la anotación preventiva opera *ipso iure* una vez agotado su plazo de vigencia, careciendo ese asiento desde entonces de todo efecto jurídico, aunque no se haya procedido formalmente a su cancelación (entre otras muchas, Resoluciones de 15 de febrero de 2007, 19 de julio de 2007 y 11 de diciembre de 2008).

(59) Se argumentó la improcedencia de la tercería de dominio afirmando que la creación de la sociedad mercantil tercerista había constituido una simple ficción, pues «al levantar el velo de su apariencia real», se podía descubrir su carácter de mero testaferro de otra personalidad.

ción a la sociedad es un acto puramente ficticio. La sentencia declara que la titular registral no es persona distinta de la embargada». Así es que, finalmente, volvió a anotarse el embargo aunque desde el punto de vista formal no coincidiese la deudora ejecutada con la última titular según el Registro (60).

A nuestro juicio, está claro que el Registrador no puede fundamentar su calificación positiva o negativa en base a la sospecha, aunque sea fundada, de que la transmisión del inmueble a la sociedad que es titular registral, ha sido fraudulenta o ficticia (61). Este es un tema en el que sólo el Juez tiene potestad para entrar y decidir. La duda surge cuando existe ese pronunciamiento judicial (como ocurre en el caso de la citada Resolución), pero el mismo se ha producido en el marco de un procedimiento de eficacia limitada —el que resuelve la tercería de dominio, cuyo objeto se circunscribe al alzamiento del embargo— y sin que se haya ordenado en el fallo la cancelación de la inscripción a nombre de la sociedad tercerista (62).

Pero, en todo caso, al margen de supuestos tan especiales como éste, en el que puede discutirse si es o no demasiado rigurosa la denegación de la anotación preventiva, esa decisión del Registrador es la que se impone, en general, si después de caducada una primera anotación accede al Registro la transmisión efectuada por el deudor antes de ordenarse el embargo.

De igual forma, y también con carácter general, cuando el Juzgado solicite al Registro que se expida la certificación de cargas, en ella se hará constar que el titular registral no es el ejecutado, sino alguien que adquirió antes de la traba, con lo que entrará en juego la tercería registral y será procedente el levantamiento del embargo (63).

c) Otra de las hipótesis que se pueden plantear, con efectos también similares a los que acabamos de ver, surge cuando la transmisión previa al

(60) MARTÍNEZ ESCRIBANO critica esta Resolución de la Dirección General (*Eficacia del embargo...*, cit., págs. 62 y 63, nota 62). El Registrador la recurrió judicialmente y el Juzgado de Primera Instancia le dio la razón, pero la SAP de Málaga, Sección 4.ª, de 14 de abril de 2008 estimó la apelación de la AEAT, confirmando el criterio de la Resolución recurrida.

(61) Como indica RIVAS TORRALBA (*Anotaciones de embargo*, cit., pág. 136), el Registrador no puede aplicar la doctrina del levantamiento del velo societario para enervar las consecuencias que se derivan del tracto sucesivo. En el mismo sentido se pronuncia AGUILERA ANEGÓN, G., «Calificación registral de mandamientos de embargo de bienes inmuebles», en *Diario La Ley*, núm. 6467, 21 de abril de 2006.

(62) Cancelación que, en ese pleito, no se había pedido en la demanda de tercería.

(63) Lo dicho ahora sólo es aplicable a los procesos de ejecución regulados por la LEC. En el caso de los procedimientos administrativos de apremio no cabe contemplar la posibilidad de que se solicite la certificación de dominio y cargas después de caducada la anotación de embargo, pues se expide dicha certificación a la vez que se anota preventivamente la traba (art. 84.2 del Reglamento General de Recaudación aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, y art. 104.3 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio).

embargo accede al Registro antes de que se dicte la resolución acordando la traba. Es decir:

- 1.º El titular registral transmite la finca.
- 2.º El adquirente la inscribe a su nombre.
- 3.º Se decreta el embargo por deudas del transmitente o titular anterior.

Nos podemos preguntar cómo es posible que se haya decretado el embargo si el titular registral ya no es el deudor. Sin embargo, la práctica revela que esta situación es perfectamente factible. Téngase en cuenta que suele transcurrir cierto tiempo desde el momento en que el ejecutante consulta el Registro y conoce que su deudor es titular registral de un inmueble hasta que, después de señalarlo como candidato al embargo, la autoridad judicial (ahora, el Secretario) efectivamente acuerda la traba, por lo que puede ocurrir que cuando se dicta el auto o decreto ordenando el embargo ya se haya inscrito una transmisión de la finca efectuada por el deudor. De hecho, no es frecuente que la información registral que sirve de base al embargo esté actualizada al mismo día de la resolución que constituye dicho gravamen (64).

Pues bien, siendo los hechos los expresados más arriba, está claro que tampoco se puede anotar el embargo en ese caso (65). Y es indiscutible asimismo que, una vez advertida en los autos la inscripción a favor de persona distinta del ejecutado, procederá ordenar de oficio el alzamiento del embargo en base a los artículos 658 LEC y 38 LH (66).

(64) No existe en el ámbito judicial un sistema similar al instaurado por el Real Decreto 1558/1992, de 18 de diciembre, sobre colaboración entre las Notarías y los Registros de la Propiedad para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, el cual permite que, en el momento de otorgarse la escritura pública de transmisión de derechos reales sobre inmuebles, los interesados puedan conocer la verdadera situación registral de la finca objeto del negocio.

(65) Cabe citar, en este sentido, la RDGRN de 18 de febrero de 2000, aunque los hechos presenten cierta especialidad en relación con el caso que hemos adoptado como modelo básico. Tras la disolución de una sociedad de gananciales, se adjudica a la esposa un determinado inmueble, y unos días más tarde se inscribe la adjudicación en el Registro. Con posterioridad, en juicio ejecutivo seguido contra el marido, se traba embargo sobre la finca en cuestión, y el Juzgado ordena al Registrador que tome anotación preventiva de dicho embargo. El Registrador deniega la práctica del asiento y la Dirección General confirma tal criterio. «Estando inscrito a nombre de la esposa el bien cuestionado, y sin prejuzgar su responsabilidad por deudas gananciales contraídas antes de la disolución y liquidación del régimen (arts. 1.317, 1.401 y 1.410 del Código Civil), el principio de tracto sucesivo, en paralelo con el artículo 24 de la Constitución española, impone la necesidad de que en el procedimiento en el que se pretende hacer efectiva esa responsabilidad se dirija contra el cónyuge hoy titular».

(66) Dice CACHÓN CADENAS que la situación que nos ocupa «es el supuesto, por antonomasia, de la tercería registral» («Comentario al artículo 629 LEC», en AA.VV. —Director: LORCA NAVARRETE—: «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», cit., tomo III, pág. 3234). Vid., igualmente, FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., «Rescisión por fraude de acreedores en la tercería de dominio», en *Actualidad Civil*, 1998, t. II, ref. XXIV,

d) Finalmente, vamos a aludir a un supuesto distinto en consecuencia respecto a los anteriores, en el que, habiendo vendido el deudor la finca antes de ser embargada, no se anota el embargo sencillamente porque esa finca no está inmatriculada en el Registro. De manera que tanto la venta anterior al embargo como el procedimiento seguido contra el transmitente carecen de publicidad registral.

Aunque sea improcedente anotar la traba por razones obvias, lo que sí puede pedir el ejecutante es que se practique una anotación preventiva de suspensión de la anotación de embargo, a la espera de que pueda inmatricularse el inmueble a nombre del ejecutado (art. 629 LEC, que concuerda con lo previsto en los arts. 20.3 LH y 140 regla 2.ª RH) (67). Una vez conseguida la primera inscripción de la finca, el Registrador ya sí anotará normalmente el embargo (68).

Pero pensemos que el inmueble no ha accedido a los libros del Registro y fijémonos en la posición del adquirente anterior a la traba. Es claro que tiene derecho a ejercitar la tercería de dominio para obtener el levantamiento del embargo, dado que en el momento de ordenarse esa medida la finca ya no pertenecía al deudor. Si no acude a la tercería y la ejecución culmina con la adquisición de la finca por un tercero, aún le queda la opción de dirigir contra éste una acción reivindicatoria o declarativa del dominio. La acción dominical prosperará, pues el adjudicatario ha adquirido *a non domino* y no está protegido por la fe pública registral: faltando la inmatriculación de la finca y por tanto la inscripción del tercero, no puede plantearse la aplicación del citado principio hipotecario.

Cabe la posibilidad, sin embargo, de que el adjudicatario logre inmatricular el inmueble a su nombre antes de que se dirija contra él la demanda reivindicatoria. La pregunta es entonces: ¿estará amparada su adquisición

La Ley Digital, ref. 1641/2001, y TALMA CHARLES, J., *La anotación preventiva de embargo como privilegio crediticio*, Centro de Estudios Registrales, 2001, págs. 404 y 405.

(67) Esta anotación, por el defecto subsanable de no estar inmatriculada la finca, tiene un plazo de 60 días, prorrogable hasta 180. Cabe que el Juez conceda una segunda prórroga de carácter extraordinario hasta que transcurra un año más, según dispone el artículo 205 RH en la interpretación que de este precepto realiza la DGRN (vid. Resoluciones de 24 de abril y 25 de julio de 2007).

(68) La misma anotación de suspensión cabe en un caso diferente, al que también alude el artículo 629.2 LEC, así como los artículos 105 y 140.1.º RH: cuando, estando la finca inmatriculada, el ejecutado sea causahabiente del último titular registral. El supuesto, más específicamente, sería éste: el titular registral vende el inmueble y el comprador no inscribe su adquisición. Se decreta el embargo por deudas de este comprador no inscrito, que es dueño, y aunque la traba no tiene acceso al Registro por falta de tracto, puede tomarse anotación preventiva de suspensión de la anotación de embargo. Esta última se extenderá cuando se subsane el defecto con la práctica de la inscripción omitida (vid. RDGRN de 7 de octubre de 2004; CACHÓN CADENAS, M., *loc. cit.*, pág. 3232; MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Eficacia del embargo...*, cit., pág. 53; y UCEDA OJEDA, J., en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pág. 3038).

frente a la reclamación del primer adquirente? Desde luego el artículo 34 LH no resulta aplicable de forma directa, pues el citado adjudicatario no ha adquirido confiando en lo publicado por el Registro; no le ha transmitido el titular registral. En cambio, sí encaja el supuesto en el artículo 32 (lo no inscrito no perjudica a tercero), pero sólo podrá aplicarse este precepto para proteger al rematante que inmatricula de buena fe si se sigue la interpretación dualista del mismo, es decir, la que no exige en el tercero del artículo 32 todos los requisitos que aparecen en el artículo 34, y particularmente el de la inscripción previa en la que se apoya el tercero. En otro caso, es decir, si se sigue la tesis monista y se mantiene que el tercero al que se refieren ambos preceptos es «el mismo», el primer comprador triunfará en su reivindicación frente al inmatriculante (69).

3. TRANSMISIÓN POSTERIOR AL EMBARGO

Otro grupo de supuestos claramente distintos a los que hasta ahora hemos contemplado se plantea cuando, después de haberse decretado el embargo sobre un inmueble propiedad del deudor, éste lo transmite a un tercero. La situación de partida es de nuevo simple, pero también aquí la posible publicidad registral del embargo y/o de la transmisión, así como el momento en que accedan uno y otra al Registro hace más complejo el panorama, dando lugar a varias hipótesis, con consecuencias jurídicas peculiares, que es preciso diferenciar entre sí.

No obstante la diversidad de casos, se puede afirmar que el principio general en esta materia es que el adquirente posterior al embargo queda afectado por él, ha de soportar las consecuencias de la ejecución, salvo que le ampare la fe pública registral en los términos que luego se irán viendo. Tal principio genérico es acorde con la tesis que defiende la trascendencia real del embargo y la consideración del mismo como carga o gravamen que se desplaza junto al bien sobre el que recae, de forma que si el ejecutado vende la finca embargada sólo puede transmitirla tal y como está en su patrimonio, es decir, con la limitación que la traba significa, a no ser que el adquirente sea un tercero protegido (70).

(69) Sobre la polémica entre las llamadas tesis monista y dualista, que sigue viva en la doctrina más moderna, vid., en la última década, GORDILLO CAÑAS, A., «El principio de inoponibilidad: el dualismo moderado en nuestro sistema inmobiliario registral», en *ADC*, 2004, pág. 381 y sigs.; JIMÉNEZ PARÍS, T. A., *El tercero de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria*, Centro de Estudios Registrales, 2005; MONTSERRAT VALERO: «En defensa de la tesis monista del tercero hipotecario», en *RDP*, 2001; y SABORIDO SÁNCHEZ, P., *Reflexiones sobre el tercero hipotecario*, cit., pág. 123 y sigs.

(70) Vid. la nota núm. 2 de este trabajo.

Lo anterior no impide que merezca un tratamiento distinto el caso en que el dueño del inmueble embargado lo haya adquirido después del embargo, pero derive su derecho de alguien a quien el ejecutado transmitió la finca antes de que dicho embargo fuese decretado. Es decir: A, deudor, transmite a B; a continuación se decreta el embargo por deudas de A; y posteriormente B transmite a C. En tal caso creemos que no siendo oponible el embargo a B tampoco debe afectarle a C. Es cierto que, en línea de principio, la legitimación para ejercitar la tercería de dominio le corresponde a quien compró antes de ordenarse el embargo, pero al haber enajenado el inmueble no tendrá interés alguno en acudir a la tercería. Es al posterior adquirente, propietario actual, a quien le interesa legítimamente el alzamiento del embargo. Se podría objetar que cuando este último adquiere ya se ha dictado la resolución que ordena la traba, pero se da la circunstancia de que el ejecutado no era propietario en el momento del embargo, por lo que esa medida no puede constituirse en verdadero gravamen sobre el inmueble, con eficacia frente a terceros. En consecuencia, creemos que hay que reconocer legitimación para formular la tercería de dominio al citado C, esto es, al adquirente posterior al embargo que sea causahabiente de quien, sin ser el deudor ejecutado, ya era dueño en la fecha de la traba (71).

La STS de 4 de julio de 2007 no mantiene, sin embargo, este criterio. Rechaza la tercería en un caso como el cuestionado y se apoya en la STS de 23 de julio de 2002, según la cual: «el tercerista tiene que probar la existencia del dominio a su favor a la fecha del embargo que pretende levantar, sin que sea suficiente que lo demuestre respecto de quien dice habérselo transmitido a él, pues no se puede ejercitar la tercería por otro». Lo que ocurre es que esta sentencia no enjuició un caso como el que nos ocupa, sino un supuesto en el que tanto el tercerista como su transmitente habían adquirido después de decretarse el embargo por deudas del ejecutado, quien en el momento de la traba era propietario. Por tanto, en la sentencia de 2002 sí estaba plenamente justificado el rechazo de la tercería, mientras que en la sentencia del 2007, con una base fáctica distinta, esa misma decisión no fue, a nuestro juicio, la correcta.

(71) En este sentido, CACHÓN CADENAS, M., *loc. cit.*, pág. 2962; DÍAZ FRÁILE, J. M., *Las tercerías de dominio en relación con el Registro...*, cit., y MONDEJAR PEÑA, M. I., *Las subastas judiciales forzadas*, cit., pág. 399. También la SAP de Girona, Sección 1.ª, de 25 de septiembre de 2008, según la cual en la tercería: «lo importante es analizar la situación dominical del bien embargado en el momento en el que se hizo el embargo, pues si en ese momento el ejecutado no era titular del bien y legítimamente lo era un tercero, es claro que el embargo fue realizado incorrectamente, no pudiéndose desestimar la tercería por el hecho de que el titular de dicho bien en el momento del embargo, lo transmitiera con posterioridad a otro».

3.1. EMBARGO NO ANOTADO E INSCRIPCIÓN DEL ADQUIRENTE

Volvemos al supuesto de base en que el deudor, una vez trabado el embargo, transmite el inmueble. Supongamos que dicho deudor es el titular registral de la finca afectada y que, antes de que se llegue a anotar el embargo, el comprador inscribe su adquisición.

El hecho de que la transmisión haya accedido al Registro antes que el embargo puede obedecer a distintas razones, como que el ejecutante no haya solicitado en un primer momento la práctica de la anotación, o, sencillamente, que se haya «colado» la inscripción de la venta en el intervalo temporal que va desde el instante en que nace el gravamen hasta que se presenta el correspondiente mandamiento para su toma de razón en el Registro. Ambas fechas pueden coincidir, pero tal circunstancia no es habitual en la práctica (72).

Pues bien, está claro que si ya se ha inscrito la venta efectuada por el deudor y después se presenta en el Registro el mandamiento de embargo, la anotación de la traba va a ser denegada en base al argumento, ya mencionado en varias ocasiones, de la falta de tracto sucesivo, al no ser titular registral la persona contra la cual se ha dirigido la ejecución. La DGRN ha aplicado este principio en numerosos casos como el que ahora nos cuestionamos, y entre ellos cabe citar el que ha sido objeto de la Resolución de 5 de noviembre de 2009. En un procedimiento cambiario, el Juzgado decreta el embargo de una finca de la que el deudor es dueño y titular registral. El mandamiento de embargo se envía por fax al Registro, causando el correspondiente asiento de presentación, pero este asiento caduca transcurridos diez días hábiles por no haberse presentado el título físicamente en la oficina registral. Posteriormente llega al Registro una escritura de compraventa otorgada por el deudor a favor de un tercero. No se especifica en la resolución la fecha de la escritura, pero queda claro que se otorgó después de practicarse el embargo. La compraventa se inscribe, y a continuación se presenta de nuevo el mandamiento de embargo que es suspendido (73) por la Registradora. La DGRN confirma la nota de calificación y aclara, entre otros extremos, lo siguiente: «la circunstancia de que en el momento de adoptarse la resolución judicial la finca aún pertenecía al deudor, no basta para tomar la anotación

(72) El artículo 587.1 LEC, tras la reforma para la implantación de la nueva oficina judicial, prevé que el secretario judicial «adoptará inmediatamente» las medidas de garantía o publicidad de la traba, con lo que está claro que se pretende acortar el tiempo en que el embargo existe, pero no es cognoscible por terceros. Ello no obstante, este precepto hay que ponerlo en conexión con el artículo 629.1 de la misma ley, relativo específicamente al embargo de bienes inmuebles, en el que se aclara que el mandamiento ordenando la anotación del embargo se expedirá «a instancia del ejecutante», por lo que se requiere, en todo caso, que el acreedor haya realizado esa solicitud.

(73) En realidad lo correcto habría sido denegar la anotación, pues el defecto no era subsanable.

preventiva de embargo, pues el momento en el que se debe cumplir el tracto sucesivo es el de la presentación en el Registro del título cuya inscripción se pretende...»; «en caso de que se deje caducar el asiento de presentación procede el despacho de los títulos posteriores, que ganan prioridad y producen el cierre registral de títulos incompatibles».

Pero, además de la cuestión registral relativa a la publicidad del embargo, hay que preguntarse si en la situación que ahora analizamos el adquirente de la finca se va a ver afectado por dicho gravamen o bien va a quedar inmune frente al proceso de ejecución en curso.

Recordemos que el artículo 587 LEC, tras señalar que el embargo existe aunque no se hayan adoptado medidas de garantía del mismo, añade que lo anterior es «sin perjuicio de las normas de protección del tercero de buena fe que deban ser aplicadas». Ello se interpreta en el sentido de que si el comprador del inmueble ignora la existencia del embargo no anotado, una vez que inscriba su adquisición va a quedar protegido por la fe pública registral y la traba no le perjudicará (74). Precisamente la finalidad de la anotación preventiva —que en este caso no se ha practicado— es avisar a posibles terceros de que la finca está embargada y evitar así la aparición de sujetos protegidos en base a la confianza que suscita lo publicado en el Registro (75). Pero, por otra parte, también hay que tener presente que el deudor ha vendido la finca después de haberse expedido contra él mandamiento de embargo de bienes, por lo que el supuesto entra en la presunción de fraude de acreedores que establece el artículo 1297.2.º del Código Civil. Cabe entonces la posibilidad de que el acreedor ejercite una acción pauliana dirigida a rescindir la venta, y habrá que saber hasta qué punto o en qué condiciones se ve afectado el adquirente por esa acción. Pues de ello depende que consolide su dominio, incluso libre de la carga del embargo, o que, por el contrario, deba restituir el inmueble al patrimonio del deudor.

La solución de este problema suscita dos interrogantes relacionados entre sí y que podemos formular de la siguiente forma: la presunción de fraude

(74) Vid. CACHÓN CADENAS, M., *Comentario al artículo 629 LEC*, cit., pág. 3236; DÍAZ MARTÍNEZ, A., *La ejecución forzosa sobre inmuebles en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Aspectos civiles y registrales*, ed. Aranzadi, 2001, pág. 249; SÁNCHEZ CALERO, F. J. y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *Manual de Derecho Inmobiliario Registral*, cit., pág. 154.

También queda protegido el adquirente si se anotó el embargo pero la anotación ha caducado cuando se produce la enajenación del inmueble y su inscripción a nombre del comprador.

(75) El adquirente no está a salvo de la traba si conoce o ha podido conocer que se ha decretado tal garantía del derecho del acreedor. Por ejemplo, en el caso de la Resolución de 5 de noviembre de 2009, antes citada, el tercero no puede invocar su buena fe si en el momento de la venta (cuya fecha no se especifica) estaba vigente el asiento de presentación del mandamiento de embargo, aunque ya estuviera caducado ese asiento en el momento de inscribir su adquisición.

prevista en el artículo 1297.2, entendida como conocimiento del perjuicio que la enajenación ocasiona al acreedor, ¿abarca sólo al deudor enajenante o también al adquirente a título oneroso?; y ¿cómo se compagina esta presunción civil con la presunción hipotecaria de buena fe del tercero?

Respecto a la primera pregunta, señalar que es dominante en la doctrina la opinión según la cual la presunción del artículo 1297.2 afecta al negocio en su conjunto, y por ello tanto al enajenante como al adquirente (76). La cuestión es entonces determinar si esa regla se aplica a los casos en que el inmueble está inmatriculado, el embargo no ha sido objeto de anotación, y el adquirente ha inscrito su derecho. ¿Puede este adquirente invocar a su favor la buena fe que presume el artículo 34 LH? Se suele decir que dicho precepto al igual que el artículo 37 LH se aplica a los subadquirentes del inmueble, pero no al primer comprador, que es parte del contrato que se pretende rescindir (77). Y es cierto que el comprador del bien embargado no es tercero respecto de la venta cuya ineficacia se plantea, pero sí es tercero en relación con la carga (el embargo) no publicada por el Registro, en cuanto que es ajeno a la deuda que ha motivado la ejecución. Siendo así las cosas, su posición podría ampararse en la inoponibilidad de lo no inscrito (art. 32 en relación con el 34 LH), con lo que entraría en juego la presunción de buena fe registral y quedaría neutralizada la presunción de fraude. Ello sin perjuicio de que el acreedor pueda probar, en base a las circunstancias objetivas y subjetivas de la enajenación (precio bajo, fecha próxima al embargo, relaciones personales de las partes), que verdaderamente el comprador era consciente del perjuicio ocasionado al titular del crédito (78), en cuyo caso no hay duda de que sí sería procedente la rescisión del contrato y el adquirente quedaría sujeto a las consecuencias de la misma (79).

(76) Vid. MARTÍN PÉREZ, J. A., «Comentario a la STS de 3 de octubre de 1995», en CCJC, núm. 40, 1996, ref. 1077, pág. 178; FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., «Subsidiariedad de la acción pauliana en las obligaciones solidarias», en *Diario La Ley*, 1996, ref. D-213, La Ley Digital 12112/2001, y «Rescisión por fraude de acreedores en la tercería de dominio», en *Actualidad Civil*, 1998, t. II, ref. XXIV, La Ley Digital 1644/2001.

(77) Cfr. MARTÍN PÉREZ, J. A., *loc. cit.*, pág. 179; y en «Comentario al artículo 1.297 del Código Civil», en *Jurisprudencia Civil comentada. Código Civil* (Director: M. PASQUAU LIAÑO), t. II, 2.ª ed., Comares, 2009, pág. 2482. Vid., igualmente, las SSTs de 27 de mayo de 2002 y 27 de enero de 2003.

(78) Afirma MORENO QUESADA, B. («Comentario al artículo 1.297 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART, t. XVII, vol. 2.º, 2.ª ed., Edersa, 2005), que «la presunción del artículo 1297.2.º hay que entenderla de acuerdo con lo que dispone el artículo 34.º de la Ley Hipotecaria. Y añade, citando las SSTs de 28 de noviembre de 1892 y 31 de diciembre de 1897: «subordinada como está la ley común a la especial, no cabe rescindir como fraudulenta la enajenación si no se acredita por otros medios la complicidad del adquirente en el fraude».

(79) Es lo que ocurre en la STS de 22 de junio de 2009, donde la Audiencia y el Alto Tribunal consideran que hay indicios suficientes para concluir que el adquirente del bien

No obstante lo anterior, imaginemos ahora que la enajenación no ha sido fraudulenta o no ha sido declarada como tal. Desde el punto de vista sustantivo, al adquirente de buena fe no le es oponible el embargo, según lo que ya se ha explicado. Y desde el punto de vista procesal, lo procedente es evitar que la ejecución siga adelante y salga el bien a subasta. El mecanismo para ello nuevamente es, una vez expedida la certificación de dominio y cargas, ordenar el alzamiento del embargo a través de la tercería registral. Posibilidad que se considera aplicable no sólo en los casos ya vistos, en los que el «tercerista» adquirió antes de decretarse el embargo, sino también en la hipótesis presente, en que, aun siendo la transmisión posterior al embargo, la misma se ha inscrito sin que la traba haya sido anotada (80).

Pero, una vez más, la realidad y el orden de los acontecimientos aportan otras posibilidades y otras consecuencias. Porque puede suceder que la transmisión se inscriba después de haberse expedido la certificación de dominio y cargas regulada en el artículo 656 LEC, de manera que cuando dicha certificación sale del Registro la finca sigue inscrita a nombre del deudor. En tal caso, el Juzgado no tiene noticia de la adquisición del tercero y no va a ordenar de oficio el alzamiento del embargo. Mientras que el adquirente, por su parte, tampoco va a tener medio de conocer por vía registral la existencia del procedimiento. Porque la nota encargada de publicar que se ha expedido la certificación solamente se hace constar al margen de la anotación de embargo (art. 143.2 RH), y en nuestro caso esa anotación no se ha practicado.

Así es que la ejecución seguirá su curso y la finca será enajenada en subasta o adjudicada al acreedor embargante. El adjudicatario no va a poder inscribir, pues ya lo ha hecho el comprador, y la inscripción de éste no puede ser cancelada *ex* artículo 674 LEC y 175.2 RH, debido a la falta de publicidad del embargo. Tampoco triunfaría el citado adjudicatario si ejercitase una acción dominical frente al titular registral: suponiendo la buena fe de este último, tanto el principio de fe pública como la normativa de la doble venta le ampararían.

embargado fue cómplice del fraude, quedando la compraventa rescindida. Los datos que se toman en consideración a estos efectos son, por un lado, las relaciones societarias entre la entidad enajenante y el comprador, y, por otro, el precio de venta, muy inferior al real, del local embargado. Lo que no aparece en la sentencia es ningún pronunciamiento sobre el alcance de la presunción del artículo 1297.2 ni sobre su relación con la presunción hipotecaria de buena fe.

(80) En este sentido, entre otros autores, DÍAZ FRAILE, J. M., *loc. cit.*; RIVAS TORRALBA, R., *Anotaciones...*, cit., pág. 68; MONDÉJAR PEÑA, M. I., *Las subastas judiciales forzosas*, cit., pág. 363; y ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Efectos jurídico-reales...*, cit., pág. 212 y sigs. Este último civilista considera que, sin perjuicio de la actuación de oficio en el alzamiento del embargo cuando se dé la situación prevista en el artículo 658 LEC, no debe impedirse al tercero que él mismo aporte la certificación registral de su titularidad, en el momento que considere más adecuado, con la pretensión de que se paralice la ejecución (págs. 214-215).

3.2. ADQUISICIÓN ANTERIOR A LA ANOTACIÓN DEL EMBARGO QUE SE INSCRIBE DESPUÉS DE ÉSTA

Conjugando los tiempos en que se manifiestan los tres elementos de nuestro estudio (embargo, transmisión del dominio y publicidad registral) se nos presenta un supuesto más de interés, que tiene lugar cuando la adquisición del tercero es posterior al embargo pero anterior a su anotación en el Registro. O sea:

- 1.º Se decreta el embargo por deudas del dueño y titular registral de un inmueble.
- 2.º Dicho titular registral transmite la finca a otra persona.
- 3.º Se anota el embargo.
- 4.º El adquirente del inmueble lo inscribe a su nombre (81).

Casos como éste han llegado en diversas ocasiones hasta el Tribunal Supremo, en donde se ha planteado si el adquirente está legitimado para interponer una tercería de dominio. Actualmente la respuesta que da a tal cuestión la jurisprudencia (82) es negar la procedencia de dicha acción, argumentando que la adquisición del tercerista es posterior a la fecha del embargo y que la anotación de éste en el Registro no tiene carácter constitutivo, por lo que el inmueble queda afectado a las resultas de una determinada ejecución desde que se ordena la traba y no desde que se publicita su existencia. A ello añaden varias sentencias, de forma directa o indirecta según se hayan planteado los motivos del recurso, que el demandante en la tercería no está protegido por la fe pública registral porque cuando inscribe su dominio ya está anotada la carga (83).

(81) Este adquirente no es propiamente el «tercer poseedor» al que se refiere el artículo 662 LEC, pues el precepto da la consideración de tal a quien adquiere después de anotado el embargo. Pero, debido a la remisión que hace el artículo 658.2 al citado 662, quien inscribe el dominio con posterioridad a la anotación del embargo recibe el mismo tratamiento procesal que ese tercer poseedor y, en consecuencia, «podrá pedir que se le exhiban los autos en la Secretaría, lo que se acordará sin paralizar el curso del procedimiento, entendiéndose también con él las actuaciones ulteriores». Vid. NADAL GÓMEZ, I., *La transmisión a terceros...*, cit., pág. 229 y sigs.

(82) SSTs de 7 de abril de 2000, 10 de diciembre de 2002, 30 de noviembre de 2004, 14 de junio de 2007 y 21 de junio de 2007.

(83) Vid., particularmente, las SSTs de 7 de abril de 2000 y 30 de noviembre de 2004. Tanto estas sentencias como las citadas en la nota anterior proceden de pleitos sometidos a la LEC de 1881, pero se ha seguido la misma doctrina, siendo de aplicación la LEC de 2000, en distintas decisiones de las Audiencias sobre esta materia (no recurribles ya en casación). Así, el auto de la AP de Cádiz, Sección 2.ª, de 6 de octubre de 2009, desestima una tercería de dominio porque «el bien trabado al momento de diligenciarse el embargo permanecía en el patrimonio del deudor y no había sido transmitido aún al tercerista, y éste no ostenta la condición de tercero hipotecario por cuanto su título accedió al Registro de la Propiedad después de que se hubiera anotado preventivamente el embargo». Análogos son los autos de la AP de Granada, Sección 3.ª, de 2 de febrero de 2005, y de la AP de Madrid, Sección 21.ª, de 21 de noviembre de 2008, este último en un caso

Esta argumentación entronca directamente con la discusión sobre el momento en que debe apreciarse la buena fe del tercero para alcanzar la protección registral. El problema ya ha sido analizado anteriormente, con motivo del conflicto que se plantea cuando un inmueble es enajenado por su titular registral y con posterioridad, en el seno de un procedimiento de ejecución seguido contra ese titular, es adquirido en subasta por otro sujeto. Ahora el momento de la buena fe hipotecaria es relevante en una situación distinta, para determinar si un gravamen (el embargo), no anotado en el Registro cuando el tercero adquiere pero sí cuando inscribe, le es oponible a dicho tercero. Pues bien, siguiendo la opinión antes defendida [epígrafe 2.2.2.b)] nos decantamos por exigir la buena fe del tercero hasta el momento de la inscripción (84). Tal exigencia temporal es aplicable no sólo cuando se discute a quién ha de atribuirse el dominio de un inmueble primero vendido voluntariamente y después sujeto a ejecución (supuesto ya estudiado), sino también si el asunto es en qué condiciones resulta inoponible al adquirente una carga constituida antes de su adquisición. Ya se considere directamente aplicable el artículo 32 o bien la conjunción del 32 y 34 de la LH.

El caso es que al tercero no le afecta un gravamen previo (o sea, queda liberado de él) cuando completa los requisitos necesarios para ser protegido por la fe pública registral. Entre esos requisitos se encuentra la inscripción de su derecho, y hasta que esa inscripción se produce es necesaria la buena fe. La consecuencia es entonces la que ha mantenido en los últimos tiempos el Tribunal Supremo: no hay buena fe en el tercero si cuando inscribe su título conoce o puede conocer la existencia del embargo por encontrarse anotado en el Registro. Y ello aunque esa anotación haya sido posterior al día en que la transmisión del dominio tuvo lugar.

No siendo procedente la tercería, la ejecución seguirá tramitándose y culminará con la adjudicación del inmueble al mejor postor en la subasta o, en su caso, al acreedor ejecutante. ¿Puede este adjudicatario inscribir su adquisición? Es claro que sí. Para ello deberá presentar en el Registro el testimonio del auto/decreto de adjudicación acompañado del mandamiento de cancelación de cargas previsto en los artículos 674 LEC y 175.2.º RH. Se cancelará la anotación de embargo y «todas las inscripciones y anotaciones posteriores», incluida, por tanto, la inscripción de dominio practicada después de haberse anotado la traba. Téngase en cuenta, además, que la transmisión a favor del

en el que la finca se trabó por deudas tributarias. En cambio sigue un criterio distinto la SAP de Las Palmas, Sección 3.ª, de 16 de noviembre de 2009, la cual estima procedente la tercería, haciendo prevalecer la enajenación sobre el embargo anterior. Y ello por no haberse probado que cuando el tercero adquirió conocía la existencia de la carga, no anotada todavía en ese momento.

(84) En relación al caso que ahora nos ocupa, se pronuncia en el mismo sentido DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Comentario a la STS de 21 de junio de 2007», en *CCJC*, núm. 76, ref. 2024, págs. 231 y 232.

adjudicatario enlaza con el embargo anotado, el cual tiene prioridad registral sobre la enajenación voluntaria llevada a cabo por el deudor (85).

Así pues, en el ámbito registral está claro que prevalece el derecho del rematante sobre el de quien inscribió su dominio después de anotarse el embargo. Pero desde el punto de vista estrictamente civil, en el conflicto entre esos dos sujetos, ¿quién gana?, es decir, ¿quién es el verdadero propietario? Se trata de una cuestión que deberá resolverse si la persona que compró el inmueble al deudor ejercita una acción reivindicatoria o declarativa del dominio contra el adjudicatario, último titular registral. Lo que ocurre es que en este caso el demandante no está en condiciones de reclamar la propiedad, pues adquirió cuando el embargo ya se había decretado e inscribió después de que constase en el Registro. Por tanto, como ya hemos indicado antes, se le transmitió el inmueble con un gravamen y no puede invocar la fe pública para verse liberado de sus consecuencias (86). En cuanto al demandado, quizá pudiéramos pensar que él tampoco adquirió de buena fe porque cuando fue a inscribir el testimonio del auto a su favor constaba como titular registral el comprador (demandante) y no el ejecutado. Sin embargo, este planteamiento es erróneo, y el error está en olvidar que la adjudicación es consecuencia directa del embargo, el cual se practicó correctamente, cuando era propietario el deudor. En consecuencia, hay que entender que es al citado adjudicatario a quien se transmite el dominio salvo que el otro adquirente pudiera estar protegido por la fe pública (lo que no ocurre en nuestro caso). O dicho de otra forma: inscribe de mala fe el adjudicatario que conoce una venta realizada por el dueño antes de que se origine su derecho, es decir, antes de que la finca quede afecta a la ejecución. Pero no se encuentra en esa situación quien lleva al Registro la adquisición derivada de un embargo que se trabó con motivo de las deudas impagadas del dueño y titular registral, aunque después de publicada la traba se haya hecho constar en el Registro la venta del inmueble ya embargado. Si el adquirente posterior al embargo no está protegido por la fe pública (y no lo está, repitémoslo de nuevo, porque se ha anotado preventivamente ese gravamen previo a su adquisición), quien ha adquirido regularmente no puede verse afectado por la referida transmisión, aunque se haya inscrito antes que la suya (87).

En definitiva, hay que analizar los requisitos del artículo 34 LH en el adquirente *a non domino*, y no hay que hacerlo respecto al adquirente *a*

(85) Ya antes de la vigencia de la actual LEC e incluso de la reforma del artículo 175.2 RH, que tuvo lugar en 1992, la RDGRN de 6 de septiembre de 1988, en un caso idéntico al que ahora nos ocupa, admitió la inscripción del auto de adjudicación. Con ello revocó la nota de calificación del Registrador, quien había denegado la inscripción de dicho auto por ser la adquisición del tercero anterior en el tiempo a la anotación del embargo.

(86) Ello al margen de la presunción de fraude que pesa sobre esa enajenación conforme al artículo 1.297 del Código Civil.

(87) Coinciden así, en esta hipótesis, la perspectiva registral y la civil, pues el adjudicatario no sólo puede inscribir su adquisición, sino que también es el verdadero propietario.

domino, ya que es aquél y no éste quien necesita cumplir tales requisitos para que su adquisición sea efectiva (88). Cuando es el dueño quien transmite al comprador, sea directamente o bien a través de un procedimiento de apremio, este comprador no tiene que acudir a la fe pública registral para consolidar el dominio. Ello sin perjuicio, claro está, de la conveniencia de inscribir su título para evitar la posible aparición de un auténtico tercero hipotecario.

3.3. ADQUISICIÓN POSTERIOR A LA ANOTACIÓN DE EMBARGO

La última situación que vamos a analizar es la que se produce cuando, después de embargado el inmueble en procedimiento seguido contra el deudor (titular registral), y después de haberse practicado la correspondiente anotación preventiva, el ejecutado transmite la finca a un tercero que inscribe su adquisición.

Es evidente que, enunciados así los hechos, este adquirente queda vinculado a los efectos de la ejecución en curso. No está legitimado para ejercitar la tercería de dominio ya que adquiere el inmueble con la carga del embargo. Y no puede invocar la fe pública registral para evitar las consecuencias de ese gravamen, pues precisamente los libros del Registro publican su existencia (89). Lo único que le cabe hacer si quiere liberar el bien es, conforme al artículo 662.3 LEC, pagar lo que se le deba al acreedor antes de que tenga lugar la aprobación del remate o la adjudicación del inmueble al ejecutante. Si no lo hace, cuando el procedimiento de ejecución culmine y se presente en el Registro de la Propiedad el testimonio del auto/decreto de adjudicación y el correlativo mandamiento de cancelación de cargas, su titularidad quedará anulada en el folio registral.

Sin embargo, con cierta frecuencia se añade a la hipótesis que ahora nos ocupa algún elemento o circunstancia peculiar, relacionado con la caducidad

(88) En la misma línea se pronuncia VELA SÁNCHEZ, A. (*Adquisición de la propiedad y aplicación del principio de fe pública...*, cit., pág. 182), quien afirma que si se adquiere *a domino* no es precisa la buena fe en el momento de la inscripción.

(89) Vid., entre otros, ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Efectos jurídico-reales del embargo...*, cit., pág. 89; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., *Dos cuestiones sobre la anotación preventiva de embargo...*, cit., págs. 2647 y 2648; TALMA CHARLES, J., *La anotación preventiva de embargo como privilegio crediticio*, Centro de Estudios Registrales, 2001, pág. 564 y sigs.

La STS de 26 de septiembre de 2000 acoge también el criterio expuesto consistente en rechazar la tercería y la aplicación de la fe pública registral. En el caso enjuiciado, la secuencia cronológica fue la siguiente: 1.º embargo; 2.º venta del inmueble en documento privado no seguido de tradición; 3.º anotación del embargo; 4.º otorgamiento de escritura pública de compraventa, y 5.º inscripción de dicho título. El supuesto es, por tanto, el mismo que ahora estamos contemplando pues, como aclara la propia sentencia, la transmisión dominical a favor del comprador se produjo en el momento del otorgamiento de la escritura, es decir, en fecha posterior a la anotación del embargo.

de la anotación de embargo, que puede condicionar la situación del tercero y alterar el esquema jurídico básico que se acaba de exponer. Concretamente, centraremos la atención en tres casos:

a) La primera variante respecto del supuesto de hecho inicial consiste en que la transmisión se produce estando vigente la anotación preventiva, pero se inscribe cuando dicha anotación está caducada por no haberse solicitado su prórroga. La cuestión es si tal circunstancia puede provocar que el adquirente del bien embargado quede liberado del gravamen, cuestión que claramente recibe una respuesta negativa, ya que dicho sujeto no puede ampararse en la fe pública registral: carece de buena fe porque en la fecha de la adquisición el embargo estaba anotado y conocía o podía conocer su existencia (90). Recordemos que, según el criterio que compartimos con otros autores, la buena fe debe darse hasta el momento de la inscripción, lo que obviamente engloba los momentos anteriores (particularmente, el de la adquisición) y no sólo la fecha de acceso del título al Registro.

Por tanto, la consecuencia de esta primera hipótesis, desde la perspectiva civil, coincide con la que hemos apuntado en general más arriba: cuando el inmueble se adjudique al rematante, éste podrá hacer valer su derecho frente a quien adquirió en un momento en el que el embargo tenía publicidad. En cambio, desde del punto de vista registral la situación no es la misma que antes. Estando caducada la anotación de embargo y constando en el Registro la transmisión efectuada por el deudor, no cabe inscribir el testimonio del auto/decreto de adjudicación por impedirlo los principios de legitimación y de tracto sucesivo (91): el rematante no trae causa del último titular registral, y tampoco puede concatenar su derecho con la anotación preventiva ya que ésta ha perdido su vigencia y por tanto la prioridad que en su día tuvo. Ello supone que si el adjudicatario quiere inscribir su adquisición, tendrá que acudir al proceso declarativo correspondiente para ejercitar una acción dominical, siendo además aconsejable que anote la demanda con el fin de enervar la eficacia de la fe pública respecto de ulteriores adquirentes (92).

(90) En el mismo sentido, ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J. L., «Comentario a la STS de 18 de diciembre de 2001», en *CCJC*, núm. 59, 2001, ref. 1598, págs. 641 y 642; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Efectos jurídico-reales del embargo...*, cit., págs. 86-87 y 216-218; VELA SÁNCHEZ, A., *La fe pública registral en las ventas judiciales...*, cit., pág. 73.

(91) Vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, A. («Comentario a la RDGRN de 14 de marzo de 2006», en *CCJC*, núm. 73, ref. 1957, pág. 379 y sigs.), ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. («Efectos registrales y sustantivos de la caducidad de la anotación preventiva de embargo. Comentario a la STS de 31 de mayo de 2002»), en *R.D.Patrim.*, núm. 13, 2004, pág. 385; así como las RRDGRN de 16 de septiembre de 2002, 14 de enero de 2005 y 11 de diciembre de 2006, que siguen el criterio expresado en el texto.

(92) Es ilustrativa del régimen jurídico que se acaba de explicar la SAP de Madrid de 18 de enero de 2010, aunque la situación fáctica no coincida exactamente con esta «primera variante». Los hechos, por orden cronológico, fueron los siguientes:

b) Caso distinto es aquél en el que el deudor enajena el inmueble cuando ya está caducada la anotación de embargo, y el adquirente inscribe su título en el Registro. La situación, tanto desde la óptica sustantiva como registral puede equipararse a la vista en el epígrafe 3.1 (transmisión posterior a un embargo no anotado e inscripción del adquirente). Sucede básicamente que quien compra e inscribe, estando caducada la anotación preventiva, si es de buena fe, consolida su adquisición libre de la carga del embargo, tal como resuelve la STS de 18 de junio de 2008 (93). Aunque el bien embargado sea enajenado judicialmente, en el conflicto entre el adquirente «voluntario» que inscribe y el rematante triunfará el primero, al que ampara la legislación hipotecaria (94). Por otra parte, careciendo ya el embargo de reflejo

- 1.º Se ordena el embargo de una parcela por impago de deudas de su propietaria y titular registral, doña Amelia, anotándose la traba en el Registro.
- 2.º A instancia del Juzgado, el Registrador emite certificación de dominio y cargas.
- 3.º Doña Amelia aporta la finca a una sociedad limitada, haciéndose constar en la escritura de aportación las cargas y gravámenes que pesaban sobre la misma. La sociedad inscribe su adquisición.
- 4.º En el procedimiento seguido contra doña Amelia el inmueble es adjudicado en tercera subasta a su padre, don José Daniel.
- 5.º Caduca la anotación preventiva de embargo.
- 6.º Se presenta en el Registro testimonio del auto de adjudicación cuya inscripción es denegada por el Registrador.
- 7.º Don José Daniel (el rematante) vende el inmueble a don Torcuato y doña Leocadia en escritura pública, advirtiéndole en ella el Notario que sólo podrá practicarse la inscripción a favor de la parte compradora si consiente el titular según el Registro o lo ordena una resolución judicial.
- 8.º Don Torcuato y doña Leocadia ejercitan acción declarativa del dominio frente a la sociedad titular registral, acción a la que ésta se opone alegando que no fue parte en el procedimiento de apremio que provocó el embargo de la finca y que, al haber caducado la anotación preventiva, el inmueble había quedado libre de la carga. Invoca por ello la preferencia de su derecho sobre el del adjudicatario y sobre el de quienes adquirieron de éste.

Tanto el Juzgado como la Audiencia estiman la demanda. Frente a las alegaciones de la sociedad demandada, la Audiencia hace dos aclaraciones importantes: a) Dicha entidad no puede objetar indefensión por no haber sido convocada en el procedimiento de ejecución de la finca, ya que su adquisición se produjo después de haberse anotado el embargo y después de haberse emitido la certificación de cargas, por lo que con arreglo al RH no era necesaria su citación. b) La caducidad de la anotación fue posterior a la aportación de la finca a la sociedad demandada, y aunque esa caducidad sea automática cuando transcurre el plazo de cuatro años, no tiene efecto retroactivo y por tanto los actos realizados durante la vigencia del asiento continúan sometidos a las consecuencias que de él se derivan. Sin olvidar, además, el carácter meramente declarativo y no constitutivo de la anotación de embargo.

(93) Decisión que fundamenta el Supremo en los artículos 606 CC y 32 LH, es decir, en la inoponibilidad, frente al tercero de buena fe, de lo no publicado en el Registro.

(94) Hay que insistir en que la buena fe (desconocimiento del embargo) de ese adquirente que inscribe es esencial para que quede protegido. No se da el requisito de la buena fe cuando hay vínculos evidentes entre el último titular registral y el deudor, o bien entre aquél y la persona a quien el deudor enajenó el inmueble estando vigente la anota-

registral y estando inscrita la transmisión que el deudor ha llevado a cabo, el adjudicatario no tiene posibilidad de inscribir a su nombre el inmueble. Y tampoco será procedente la cancelación de las cargas posteriores a la anotación caducada, pues, según doctrina reiterada de la DGRN, la caducidad de la anotación de embargo implica la extinción de la preferencia que ostentaba sobre los asientos posteriores, los cuales mejoran su rango y ganan prioridad registral (95).

c) Finalmente, aludiremos a un caso peculiar que presenta concomitancias con los anteriores pero que se engloba en una situación de mayor complejidad. Se trata de que una misma finca es gravada con dos embargos, ambos anotados, que provocan dos adjudicaciones en sendos procedimientos de apremio, dándose la circunstancia de que la primera anotación caduca antes de inscribirse la adquisición del primer adjudicatario (96). Para mayor claridad, ordenaremos temporalmente los hechos de esta hipótesis como venimos haciendo a lo largo de todo el trabajo:

- 1.º Embargo del inmueble decretado en un primer procedimiento dirigido contra el deudor y titular registral. Anotación del embargo en el Registro (letra A).
- 2.º Reembargo de la finca ordenado en un segundo procedimiento contra el mismo titular (97). Anotación letra B.
- 3.º Adjudicación del inmueble a X en la primera ejecución.
- 4.º Adjudicación del inmueble a Y en la segunda ejecución.
- 5.º Caducidad de la anotación letra A.
- 6.º Inscripción de la adjudicación a favor de X. No se cancelan las cargas posteriores (en particular, la anotación del reembolso) precisamente por estar caducada la anotación A.
- 7.º Inscripción de la adjudicación a favor de Y. En este caso sí se cancelan las cargas y asientos posteriores a la anotación letra B,

ción preventiva. Esto último es lo que ocurre en el caso resuelto por la SAP de Las Palmas, Sección 4.ª, de 5 de julio de 2009, en el que la sociedad C. compró la finca litigiosa y la inscribió a su favor estando vigente la anotación de embargo, y posteriormente, cuando dicho asiento estaba caducado, la aportó a la sociedad O., que también inscribió su título. Con la peculiaridad de que el administrador único de la segunda sociedad era también administrador solidario de la primera. Tras salir a subasta el bien embargado, el adjudicatario ejerció acción reivindicatoria contra la sociedad O., acción que la sentencia comentada estima al considerar que la parte demandada no está protegida por los artículos 32 y 34 LH, «dado el sustrato personal o interrelación subjetiva existente entre ambas sociedades mercantiles».

(95) Entre otras muchas, Resoluciones de 18 de noviembre de 2004, 15 de febrero de 2007, 19 de julio de 2007, 4 de enero de 2008 y 11 de diciembre de 2008.

(96) La sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2.ª, de 2 de octubre de 2006 resuelve un supuesto como el planteado.

(97) Vid. el artículo 610 LEC, que regula los efectos del reembolso.

la cual se encuentra vigente cuando se presenta en el Registro el título del segundo adjudicatario. Queda anulada, por tanto, la titularidad registral del primer rematante.

Para que este primer adjudicatario pueda ver reconocido su derecho sobre el inmueble deberá acudir a una acción declarativa del dominio o reivindicatoria. La cuestión es si su adquisición, derivada de una primera traba, es preferente civilmente hablando sobre la del actual titular registral (segundo adjudicatario). Ello equivale a preguntar si a este último le es oponible o no el primer embargo y la transmisión que de él ha derivado. Y la respuesta a este interrogante exige recordar que el embargo afecta al inmueble aunque la anotación que lo publica pueda caducar (la anotación no es constitutiva), de forma que ese gravamen y las resultas de la ejecución son oponibles a posteriores adquirentes salvo que resulte de aplicación la normativa registral de protección de los terceros. Partiendo de este criterio, resulta que el segundo adjudicatario no puede ampararse en los artículos 32-34 LH por faltarle la necesaria buena fe, en cuanto que el embargo anterior a aquel del que deriva su derecho está anotado cuando adquiere el inmueble y, en consecuencia, no puede alegar su desconocimiento (98).

La situación es parecida si la caducidad de la primera anotación tiene lugar antes de que compre el segundo adjudicatario, pero se mantiene el dato de la adjudicación al primer rematante previa a la del segundo, así como la inscripción de aquél anterior a la de éste. Considerando que la buena fe requerida en el artículo 34 LH ha de darse hasta la inscripción, ese segundo adquirente tampoco estará protegido por la fe pública registral: en el momento de completar su eventual adquisición por virtud del citado principio hipotecario (fecha en que inscribe su título) consta en el Registro la titularidad que es preferente a la suya desde el punto de vista sustantivo; aunque esa titularidad haya perdido su prioridad tabular por la tan referida caducidad de la anotación de embargo. En este supuesto, como en otros, la verdad dominical no se corresponde con la mecánica que, para practicar los asientos, establece la legislación hipotecaria (99).

(98) Lo que no creemos posible es que, como dice VELA SÁNCHEZ, A. (*Adquisición de la propiedad y aplicación del principio de fe pública...*, cit., pág. 164), habiendo inscrito el primer adjudicatario el Registrador tenga que denegar la inscripción a favor del segundo al no concurrir en éste ese principio básico que es la buena fe. La buena o mala fe del adquirente de un derecho constituye una materia ajena al ámbito de la calificación del Registrador que sólo puede dilucidarse en vía judicial.

(99) No lo entiende así la STS de 4 de noviembre de 2005, que, en el caso que ahora comentamos, desestima la acción declarativa del dominio ejercitada por el primer rematante contra el segundo, haciendo prevalecer el derecho de éste sobre el de aquél. Decisión con la que está de acuerdo CASTILLA BAREA, M. («Comentario a la citada sentencia», en CCJC, núm. 72, ref. 1924) y que, en cambio, critica ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. («Re-

RESUMEN

EMBARGO
DOMINIO

Este trabajo pretende ordenar, distinguir y aclarar los diversos supuestos que se plantean cuando una finca se ve afectada por un procedimiento de ejecución y el deudor la enajena a un tercero, bien antes, bien después de que se decreta el embargo. Particularmente se ha tratado de determinar en cada hipótesis a quién va a corresponder la titularidad del inmueble sujeto a ejecución, con qué mecanismos cuenta ese titular para la tutela de su dominio y cómo influye en tales cuestiones la publicidad registral de los derechos en conflicto. El eventual acceso al Registro de la Propiedad del embargo y/o de la transmisión, así como el momento en que ese acceso se produce tiene especial importancia para determinar el régimen jurídico de cada hipótesis, y por ello se ha realizado el estudio en función de la secuencia cronológica de los hechos o circunstancias relevantes en esta materia. Secuencia temporal que incide de forma significativa en la operatividad del principio de fe pública registral y específicamente en el requisito de la buena fe del tercero.

ABSTRACT

INJUNCTION
OWNERSHIP

This paper attempts to organise, distinguish between and clarify the various situations that arise when a property is involved in a foreclosure procedure and the debtor disposes of the property to a third person, either before or after an injunction is obtained. A particular endeavour is made to determine, in each hypothesis, who is going to hold ownership of the real property at issue, what mechanisms that person has for obtaining protection of his right as an owner and how registry disclosure of the rights in conflict influences the issues. The registration of the injunction and/or transfer and the time of registration —if indeed the injunction/transfer is registered at all— are especially important in determining the legislation applicable in each hypothesis. The study is therefore conducted according to the chronological sequence of the relevant events or circumstances. The sequence of time has a significant effect on the operational effectiveness of the rule of conclusive title and specifically on the requirement of third-party good faith.

(Trabajo recibido el 14-6-2010 y aceptado para su publicación el 26-7-2010)

embargo de inmueble y doble adjudicación en remate: ¿cuál de los rematantes resulta protegido en su adquisición?», en *R.D.Patrim.*, núm. 18, 2007, pág. 313 y sigs.), con cuya opinión coincide la nuestra.

En todo caso, debe destacarse que la problemática y la casuística que presenta el reembargo es muy amplia y está plagada de supuestos interesantes (como, por ejemplo, el resuelto en la STS de 22 de diciembre de 2000), supuestos que merecen ser objeto de un estudio separado.

La donación modal y los efectos del incumplimiento de la carga (*)

por

MARÍA MEDINA ALCOZ
Doctora en Derecho
Profesora de Derecho Civil
Universidad Rey Juan Carlos, Madrid

SUMARIO

I. LA DONACIÓN MODAL.

1. EL MODO O CARGA EN LOS NEGOCIOS A TÍTULO GRATUITO.
2. CONCEPTO DE DONACIÓN MODAL.
 - A) *Donación modal y donación onerosa.*
 - B) *El valor de la carga ex dono.*
3. EL MODO EN LA DONACIÓN.
 - A) *El contenido del modo.*
 - B) *El modo imposible o ilícito.*
4. DONACIÓN MODAL Y DONACIÓN CONDICIONAL.

II. EL INCUMPLIMIENTO DE LA CARGA POR PARTE DEL DONATARIO.

1. EL CUMPLIMIENTO DE LA CARGA.
 - A) *La pretensión de cumplimiento.*
 - B) *La limitada responsabilidad del donatario.*
 - C) *La legitimación para el cumplimiento de la carga.*
 - a) Legitimación activa.
 - b) Legitimación pasiva.

(*) El presente artículo tiene su origen en la Conferencia pronunciada con ocasión de la *VIII Jornada Internacional de Derecho de Contratos*, celebrada en el Hotel Nacional de La Habana, Cuba, durante los días 28 al 30 enero de 2009, a la que fui invitada por el Notario y Profesor Doctor don Leonardo B. Pérez Gallardo.

2. LA REVOCACIÓN DE LA DONACIÓN.

- A) *La función normativa de la facultad revocatoria.*
- B) *La legitimación revocatoria.*
- C) *La renuncia a la acción revocatoria.*
- D) *El plazo de la acción revocatoria.*
- E) *Los efectos de la donación revocada.*
 - a) La restitución del bien donado y la ineficacia de las enajenaciones efectuadas por el donatario.
 - b) La liquidación del estado posesorio.

I. LA DONACIÓN MODAL

1. EL MODO O CARGA EN LOS NEGOCIOS A TÍTULO GRATUITO

Modo, peso, gravamen, carga, cargo (1) o *encargo* (2) es una obligación accesoria impuesta al que recibe una liberalidad. Es la determinación accesoria de la voluntad, agregada a un acto de liberalidad, en virtud de la cual el adquirente (beneficiario) queda obligado a realizar una prestación a favor del disponente o de un tercero. El modo es típico en los negocios a título gratuito como el testamento o la donación (3) e implica una disminución en la entidad del beneficio que se recibe: se llama así, precisamente, por constituir el límite o medida (*modus*) de la liberalidad efectuada por el disponente. ROCA SASTRE lo define diciendo que «es un elemento accidental de un negocio jurídico de liberalidad, por el que el disponente sujeta al heredero, legatario o donatario, a la obligación o carga de una prestación, de un destino o aplicación, o de una prohibición o limitación de disponer [...]» (4).

El Código Civil español no recoge expresamente el concepto de modo. Sí lo hace, en cambio, el cubano, al disponer su artículo 55.1: «*En los actos jurídicos gratuitos, la parte que otorga el beneficio puede imponer al benefi-*

(1) Como dice el Derecho argentino: «*La donación puede hacerse con cargos que sean en el interés del donante, o de un tercero, sea el cargo relativo al empleo o al destino que debe darse al objeto donado, sea que consista en una prestación cuyo cumplimiento se ha impuesto al donatario*» (art. 1.826 CC); y es que *cargo* es, según el Diccionario de la RAE, «obligación de hacer o cumplir algo»: una carga.

(2) Término empleado por el Derecho portugués («*Cláusulas modais*). 1. *As doações podem ser operadas com encargos*. 2. *O donatário não é obrigado a cumprir os encargos senão dentro dos limites do valor da coisa ou do direito doado*» (art. 963 CC); pues *encargo* es «acción y efecto de encargar», que es «imponer una obligación» (Diccionario de la RAE).

(3) Sobre la posibilidad de incorporar un modo al contrato de comodato, vid. RABANETE MARTÍNEZ, I., *El comodato modal y su distinción con el arrendamiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 67-91.

(4) ROCA SASTRE, L. M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, 8.^a ed., Bosch, Barcelona, 1995, T. II, pág. 653.

ciario la obligación de efectuar una prestación en su propio interés, o en interés de un tercero, siempre que no desnaturalice el carácter gratuito del acto».

Modo, condición y término son los *accidentalía negotii* y los tres comparten la nota de la *accidentalidad* (determinación añadida por la voluntad de las partes). Sin embargo, la *accesoriedad* es privativa del modo, pues, si bien el negocio *sub condicione* o bajo término comporta una sola voluntad que se autolimita por la presencia de la condición o del término, en el negocio modal hay dos voluntades distintas: una encaminada a la producción de los efectos normales del negocio, y otra, formulada como disposición accesorio, que persigue unos efectos dependientes de los primeros. En la donación modal, el donante quiere donar, pero no solo, pues, además, quiere imponer una carga al donatario (*donatio cum onere*) (5).

Resulta preciso diferenciar el modo (6) de la mera recomendación o del consejo (*nudum praeceptum*), pues éstos no obligan jurídicamente. A veces reciben la denominación de *modus simplex*, pero constituyen ruegos de eficacia exclusivamente moral. El modo auténtico o *modus qualificatus* es siempre preceptivo, estrictamente *vinculante* (7).

El modo se distingue también de la contraprestación propia de los negocios onerosos, pues entre la liberalidad y el modo no se da la relación de interdependencia propia de la prestación y su contraprestación; su relación es de accesoria.

También se diferencia de los motivos (móvil) de la realización de la prestación, pues éstos son irrelevantes jurídicamente. El modo no es un motivo, es una obligación. Otra cosa es que el motivo puede ser elevado a

(5) Lo anterior se ha expresado también diciendo que el modo es una figura accesorio, sin sustantividad o autonomía. Su accesoria es de secuela, cola o *post*. La condición, en cambio, implica una accesoria de requisito previo (ROCA SASTRE, L. M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *ob. cit.*, T. II, pág. 655).

(6) Ya decía Marceliano ISÁBAL BADA, al reseñar, en 1910, la voz «Donación modal» en la *Enciclopedia Jurídica Española* (T. 12, Editorial Seix, Barcelona, pág. 633), que el modo era uno de los conceptos más vaga y oscuramente expresados por los tratadistas. Por esto, hay que distinguirlo de esas otras figuras jurídicas (contraprestación y condición) o no jurídicas (recomendación y motivos), con las que puede confundirse.

(7) ROCA SASTRE, L. M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *ob. cit.*, T. II, pág. 654; ENNECCERUS, L.; KIPP, T., y WOLFF, M., *Tratado de Derecho Civil*, t. II, *Derecho de Obligaciones*, vol. 2.º, *Doctrina especial*, con Anotaciones de B. PÉREZ GONZÁLEZ y J. ALGUER MICÓ, traducción de la 35.ª edición alemana, 2.ª edición al cuidado de J. PUIG BRUTAU, Bosch, Barcelona, 1950. Dice ENNECCERUS (pág. 134, nota 1) que no hay modo vinculante cuando el cumplimiento sea *exclusivamente de interés del donatario*: así, por ejemplo, cuando el tío dona a su sobrino una suma de dinero para que disfrute el veraneo; pero sí puede haberlo si tal cantidad es donada para la adquisición de libros de estudios. También AMORÓS GOZÁLBEZ, M. (*La donación remuneratoria y la con carga en nuestro Derecho*, Curso de Conferencias, Ilustre Colegio Notarial de Valencia, Imprenta Diana, Valencia, 1945, pág. 229) puntualiza que, si se entrega una cantidad al donatario para que curse los estudios que desee, no hay carga modal; y que sí la hay, en cambio, si el donante impone los concretos estudios a realizar.

modo, pero en tal caso ya no opera como motivo (8). Si una persona decide donar a su sobrino 2.000 € porque desea (motivo) que haga un viaje y éste no viaja, sigue eficaz la donación. Si, en cambio, al donar dicha cantidad de dinero, impuso la carga (modo) de viajar, la realización del viaje adquiere relevancia jurídica, como hecho (modo) y no como motivo.

Por último, no debe confundirse el modo con la condición, pese a que el Código Civil lo haga en ocasiones (9). Es común afirmar que el modo constriñe (obliga a cumplir el gravamen impuesto), pero no suspende (no hace pender de él la adquisición del derecho o su resolución). La condición suspende, pero no obliga; y el modo obliga, pero no suspende. De la condición dependen los efectos del negocio y es, por esto, requisito de su eficacia. Los efectos del negocio modal, en cambio, se producen con independencia del modo, pues éste sólo obliga a cumplir; de ahí que el cumplimiento del modo sea el requisito de su irrevocabilidad (10).

2. CONCEPTO DE DONACIÓN MODAL

Además de la donación simple (*doni datio*) (11), el Código Civil español contempla dos modalidades más de donación: las donaciones remuneratorias y las modales u onerosas.

Artículo 619 del Código Civil: «*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, o aquélla en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado*».

Artículo 622 del Código Civil: «*Las donaciones con causa onerosa se regirán por las reglas de los contratos, y las remuneratorias por las disposiciones del presente título en la parte que excedan del valor del gravamen impuesto*».

La *ratio dividendi* de estas tres clases de donación es su *causa*, pero todas participan del mismo concepto de donación (*genus*), siendo las remuneratorias y las modales especialidades de ella (*species*) (12).

(8) ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil*, T. I, *Introducción y Parte General*, 17.^a ed., Edisofer, Madrid, 2006, pág. 734.

(9) Así, por ejemplo, en los artículos 647, 651 ó 798 del Código Civil.

(10) ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil*, T. I, cit., pág. 734; y en ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S., *La donación*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, pág. 475.

(11) Artículo 618 del Código Civil: «*La donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa a favor de otra, que la acepta*».

(12) DE LOS MOZOS, J. L., *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, Dykinson, Madrid, 2000, pág. 80.

La STS de 3 de noviembre de 1931, declaró que «*por sus efectos, las donaciones se dividen en puras, condicionales, modales y onerosas, según que la liberalidad no reconozca otro móvil que el propósito de favorecer al donatario sin contraer éste obligación alguna respecto del donante; que la existencia de la relación jurídica depende [sic] de un acontecimiento futuro e incierto; que exprese un motivo, finalidad, deseo o recomendación y, en fin, que imponga al donatario un gravamen bien como carga real que pese sobre los inmuebles donados, bien como obligaciones puramente personales, inferiores al valor de lo que es objeto de la donación*» (13).

La donación es un negocio a título gratuito que permite al donante imponer al donatario una carga o gravamen, porque *cuius est dare, eius est disponere*. Así lo recoge el artículo 619 del Código Civil al definir que: «*Es también donación [...] aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado*» (14). Aunque el Código Civil la denomina *donación onerosa* o *con causa onerosa* (arts. 622, 626, 638), la terminología exacta es la de *donación modal* o con *carga* (15).

El modo en la donación es, pues, una *adjacens determinatio* de la voluntad del donante cuya intención no es en exclusiva enriquecer gratuitamente al donatario (*animus donandi*), sino la consecución de otro fin, que se logra, precisamente, con la ejecución de la liberalidad y la imposición de la carga (modo accesorio: elemento accidental del negocio).

Algunos autores añaden que la carga no sólo puede ser accesorio, sino que puede aparecer también como un *motivo causalizado*, esto es, como móvil determinante de la voluntad del donante, que quiere realizar la atribución a título lucrativo sólo en el caso de que el donatario cumpla la carga que le impone (modo causalizado: elemento esencial del negocio) (16). En estos casos,

(13) RJ 2222. El donante (abuelo) había expresado el deseo de que los hijos varones de la donataria (nietos) vivieran en su compañía durante el tiempo de sus estudios en Madrid. La sentencia entendió que en la donación no se había impuesto carga alguna, pues el donante se había limitado a expresar sus apetencias, sin establecer un vínculo jurídico forzoso con la donataria (*modus simplex*). Se trataba, en consecuencia, de una donación pura y la revocación por incumplimiento de la carga se consideró improcedente.

(14) En el mismo sentido, el Código Civil federal mejicano señala en su artículo 2.336 que: «*Es onerosa la donación que se hace imponiendo algunos gravámenes [...]*», matizando después en el 2.337: «*Cuando la donación sea onerosa, sólo se considera donado el exceso que hubiere en el precio de la cosa, deducidas de él las cargas*».

(15) Se distingue, pues, entre *onerosidad propia* y *onerosidad impropia*; y —como señala LASARTE (*Principios de Derecho Civil, III, Contratos*, 11.ª ed., Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2008, pág. 159)—: «la onerosidad propia está excluida de los actos de liberalidad, en general y de la donación, en particular».

(16) BARRAL VIÑALS, I., «El enriquecimiento del donatario como elemento estructural de la donación», en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, t. I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones, Universidad de Murcia, 2004, pág. 537.

se dice que la causalización modal es función del destino impreso genéticamente en la donación (17).

Cualesquiera que sean sus peculiaridades y sus notas distintivas, toda donación es esencialmente gratuita y esto significa que la asunción de la carga por parte del donatario no constituye nunca una contrapartida (contraprestación) de la liberalidad que recibe: el donante no recibe nada a cambio de lo que da (18). Las prestaciones cruzadas de los contratos onerosos se encuentran situadas en un plano de igualdad (son dependientes la una de la otra y la otra de la una) y constituyen la causa del contrato en sentido objetivo (art. 1274 CC) (19). La carga dotal (20) asumida por el donatario es, en cambio, accesoria de la prestación realizada por el donante e implica una limitación cuantitativa de la atribución gratuita. Por esto, la imposición de un modo o carga no transforma la donación en un contrato oneroso. La gratuidad de la donación no queda alterada por la imposición del modo: sigue habiendo liberalidad por el todo y a toda ella le afecta la carga (21). De ahí que el artículo 619 del Código Civil se ocupe de destacar que el gravamen debe ser inferior al valor de lo donado, pues, de lo contrario, decaería el presupuesto de la *donatio*, que es el enriquecimiento del donatario (22).

Por esto, la donación modal es —en palabras de TORRALBA— «aquella en que el donante, guiado por un espíritu de liberalidad e impulsado también por algún especial motivo, se empobrece en favor del donatario al que impone una carga o la obligación de dar a lo recibido determinada aplicación o de destinarlo a algún fin u objeto, sin que en ningún caso estos gravámenes, de valor inferior al objeto de la donación, tengan el carácter de prestaciones equivalentes» (23).

(17) DOMÍNGUEZ RODRIGO, L. M., «La revocación de donación modal», en *ADC*, 1983, pág. 74.

(18) Por todos, NIETO ALONSO, A., *Donación onerosa y vitalicio. Perspectiva del incumplimiento de las cargas*, Trivium, Madrid, 1998, págs. 22-24.

(19) En este sentido, dice LLACER MATA CÁS, M. R. («En torno al artículo 622 del Código Civil», en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, t. II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones, Universidad de Murcia, 2004, pág. 2769) que el artículo 622 del Código Civil se inspira en una «onerosidad económica ajena a la dependencia de prestaciones propia del negocio oneroso (art. 1.274 CC)». El gravamen no debe insertarse en una estructura negocial onerosa (como prestación debida o ejecutada en consideración de lo donado), sino gratuita (como motivo casualizado).

(20) *Dotal* procede etimológicamente del griego *doron*, don, regalo (QUINTANA CABANAS, J. M., *Raíces griegas del léxico castellano, científico y médico*, Dykinson, Madrid, 1996, pág. 215).

(21) ALBALADEJO, M., *La donación*, cit., pág. 474.

(22) El enriquecimiento del donatario es un elemento esencial de la donación que hay que entender en sentido objetivo, como el ingreso de un nuevo derecho en el patrimonio de aquél y por este solo hecho (BARRAL VINALS, I., *ob. cit.*, pág. 538).

(23) TORRALBA SORIANO, O. V., *El modo en el Derecho Civil*, Montecorvo, Madrid, 1967, pág. 251.

A) *Donación modal y donación onerosa*

No obstante la equiparación de las donaciones modal y onerosa, conviene precisar —siquiera brevemente— que la defectuosa redacción de los preceptos reguladores de la donación ha provocado importantes dificultades de interpretación y éstas han llevado a algunos autores a elaborar un concepto autónomo de donación onerosa, distinto del de la estricta donación modal (24).

Para DE LOS MOZOS (25), donación onerosa o con causa onerosa en sentido amplio es toda donación que imponga al donatario una contraprestación o carga. Cuando impone una carga se denomina modal y esta carga puede estar *causalizada* (26) o ser simplemente *accesoria*.

Los profesores Díez-Picazo y Gullón afirman que, dentro de la categoría de las donaciones onerosas —que incluye a las modales o con carga—, hay las *donaciones con causa onerosa*, aludidas en el artículo 622 del Código Civil, que señala que deben regirse por las normas de los contratos. Hablar de donación con causa onerosa resulta incoherente con el ánimo liberal que debe presidir toda donación. La causa onerosa supone una prestación a cambio de otra prestación actual o futura y esto casa mal con la existencia de una liberalidad perseguida (27). Por esto, donación con causa onerosa sólo puede ser la que está dotada de una carga cuyo valor absorbe o es superior al del objeto donado. Si el valor de la carga no es inferior a lo donado no hay donación sino contrato de cambio. La causa liberal se transforma así en onerosa y falta el correlativo empobrecimiento del donante-enriquecimiento del donatario. De ahí que —continúan dichos profesores— sea coherente que

(24) La jurisprudencia no ha asumido esta autonomía conceptual, aunque en algunas sentencias ha declarado, erróneamente, que las donaciones *onerosas* imponen al donatario un gravamen o carga y que las *modales* expresan «un motivo, finalidad, deseo o recomendación» (así, STS de 27 de diciembre de 1994, RJ 9780).

(25) *Ob. cit.*, págs. 80 y 99. Autor seguido parcialmente por FERNÁNDEZ ARROYO, M. («Observaciones en torno a la revocación de la donación modal», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, t. II, *Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, págs. 1806 y 1808, nota 36), quien diferencia el modo accesorio y el modo causal. El primero se sitúa en una posición secundaria respecto de la liberalidad a favor del gravado; el segundo constituye el motivo determinante y único de la atribución patrimonial: el donante persigue el cumplimiento del modo para lo cual se sirve del instrumento de la donación; el *animus donandi* está subordinado al modo, que se erige en elemento causal del negocio dotal.

(26) De modo *causalizado* habla ROCA SASTRE, R. M., *ob. cit.*, T. II, págs. 653 y 656, para quien, sin embargo, todo modo reviste tal carácter. En el T. I (pág. 273) habla de modo *condicionante* o *causalizante*.

(27) Téngase en cuenta el artículo 1.274 del Código Civil: «En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor».

el artículo 622 del Código Civil la reconduzca al estatuto general de los contratos (28).

No obstante, la mayor parte de la doctrina identifica las donaciones con causa onerosa con las donaciones modales o con carga. En esta línea se enmarca el profesor LACRUZ, para quien el artículo 622 del Código Civil contempla la donación onerosa como un contrato mixto, sometido hasta la concurrencia del gravamen a las reglas de los contratos y, en cuanto al exceso, a las de la donación. Para dicho autor, la lectura del artículo 622 del Código Civil respecto del régimen jurídico de las donaciones modales debe hacerse suprimiendo la referencia a las donaciones remuneratorias de la siguiente forma: «*Las donaciones con causa onerosa se regirán por las reglas de los contratos y por las disposiciones del presente título en la parte que excedan del valor del gravamen impuesto*» (29). También el profesor ALBALADEJO afirma que para las donaciones onerosas rige la *regulación compartida* de las reglas de las donaciones puras y los contratos onerosos (30).

Ésta parece la interpretación más correcta del precepto, cuyo tenor literal se separa de sus antecedentes más inmediatos: El artículo 943 del Proyecto de 1851 y el artículo 619 del Anteproyecto de 1882-1888 disponían: «*Las donaciones a título oneroso se regirán en todo como los contratos de igual clase*». A su vez, la primera edición del Código Civil establecía en el artículo 622: «*Las que impropriadamente se llaman donaciones a título oneroso, se regirán en todo como los contratos de igual clase, y las remuneratorias por las disposiciones del presente título en la parte que excedan del valor del gravamen impuesto*».

B) *El valor de la carga ex dono*

Hemos destacado ya que, según el Código Civil, en la donación modal el donante impone un gravamen *inferior* al valor de lo donado (art. 619). Esta exigencia obliga a plantearse la cuestión de si en los casos en que el valor del gravamen iguala o supera al valor de lo donado se está en presencia de una donación.

En principio, parece que dichos supuestos desvirtúan la esencia de la donación y contradicen lo dispuesto en la norma que es específica, muy clara-

(28) DÍEZ-PICAZO, L./GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, *El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, Tecnos, Madrid, 2005, págs. 320-321.

(29) LACRUZ BERDEJO, J. L. (y otros), *Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*, vol. 2.º, *Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito*, edición revisada y puesta al día por F. RIVERO HERNÁNDEZ, Dykinson, Madrid, 1999, pág. 109. Por esto, el artículo 638 del Código Civil impone al donante el deber de sanear las cosas donadas por evicción hasta la concurrencia del gravamen.

(30) *La donación*, cit., págs. 468 y 474.

mente, que el valor de la carga o gravamen tiene que ser inferior al valor de lo que se da (31). Por esto, podría pensarse que, en dichos supuestos, estamos en realidad ante contratos onerosos. Pero lo cierto es que, puesto que la carga de la donación, tenga el valor que tenga, no es contraprestación, hay que entender que, aunque el valor de la carga supere o iguale al de lo donado, se está ante una donación y no ante un contrato de cambio, porque la carga nunca es contrapartida de la donación. En este sentido, señala ALBALADEJO que, aunque la donación normalmente produce enriquecimiento, puede no producirlo *excepcionalmente* si es donación con carga y ésta iguala o supera el valor del bien donado (32). Pero también se dice que, en rigor, hay enriquecimiento del donatario si cuando ingresa el derecho en su patrimonio, éste pierde su valor por el cumplimiento del modo, pero sin quedar obligado a más. Se concluye, así, que la donación modal es verdadera donación en la que existe enriquecimiento del donatario, con independencia del valor exacto de la carga (33).

(31) MALUQUER DE MOTES BERNET, C. J., «Donación y revocación», en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, t. II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones, Universidad de Murcia, 2004, págs. 2958-2959. Dice este autor que en la donación *siempre* se produce un empobrecimiento del que da y un enriquecimiento correlativo del que recibe; y que, aunque en la donación con carga el lucro queda disminuido, no puede nunca desaparecer. También TORRALBA, O. V. (*ob. cit.*, pág. 252), para quien: «la exigencia de que el modo sea inferior a la liberalidad es ineludible en el momento de la aceptación de la donación, pues cuando en dicho momento el gravamen sea igual o superior [...], no existiendo, en consecuencia, *animus donandi*, no cabe duda de que no hay donación modal, sino negocio oneroso». Por esto, define el modo (*ob. cit.*, pág. 135) como la «obligación impuesta por el autor de una liberalidad, la cual, en cuanto que va a implicar un enriquecimiento para el favorecido, le sirve de base para imponerle la obligación modal dentro de los límites del enriquecimiento». Que el gravamen ha de ser inferior al valor de lo donado lo defienden también PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER MICÓ, J. (*Anotaciones al Tratado de Derecho Civil*, cit., pág. 137), pues «si el gravamen fuese de valor igual o mayor al de lo donado, se trataría de un contrato puramente oneroso, cuya naturaleza y calificación dependerían del contenido de las prestaciones recíprocas impuestas a las partes»; y AMORÓS GOZÁLBEZ, M., *ob. cit.*, págs. 226, 229 y 230. En esta línea, el artículo 1.828 del Código Civil argentino dispone: «Cuando la importancia de los cargos sea más o menos igual al valor de los objetos transmitidos por la donación, ésta no está sujeta a ninguna de las condiciones de las donaciones gratuitas».

(32) *La donación*, cit., págs. 482 y 483. En este caso —dice—, la donación modal se regiría en su totalidad por las normas de los contratos onerosos, pese a no ser uno de ellos. En igual sentido, LLACER MATACÁS, M. R. (*ob. cit.*, pág. 2769), quien destaca la paradoja y señala que se trata de una cuestión opinable, pues «parece que el tipo negocial escogido no casa con el objetivo económico de la operación».

(33) BARRAL VIÑALS, I., *ob. cit.*, pág. 539.

3. EL MODO EN LA DONACIÓN

A) *El contenido del modo*

El modo en la donación es la obligación que el donante impone al donatario (34). La prestación que debe realizar el donatario puede consistir en cualquier comportamiento susceptible de ser objeto de una obligación (dar, hacer o no hacer alguna cosa lícita), siempre que esté determinada (o sea determinable) y sea posible (35).

Dice la STS de 20 de julio de 2007 (36) que: «*el modo, carga o gravamen puede ser cualquier tipo de actuación o conducta, aún no evaluable económicamente o puede ser un motivo, finalidad, deseo o recomendación o, en definitiva, el cumplimiento de una obligación como determinación accesoria de la voluntad del donante*».

El modo en la donación puede ser de muy variada índole. El profesor LACRUZ (37) expone que puede ser un límite impuesto a la propia atribución o expresión del objeto de la liberalidad o del destino que ha de darse a los bienes (38), sin disminución de su cuantía e, incluso, en beneficio del propio favorecido (39) (v. gr., puede consistir en una prohibición de disponer o puede donarse dinero para realizar un viaje o para cursar ciertos estudios). En el ámbito del Derecho Administrativo es muy frecuente la cesión gratuita (40)

(34) La ley también califica el modo como «obligación». Así, por ejemplo, en el artículo 797.2 *in fine* del Código Civil.

(35) Artículos 1.088 y 1.271 y sigs. del Código Civil.

(36) RJ 240335. Ponente: Excmo. Señor don Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. La sentencia se ocupó de la revocación, instada por los herederos, de una donación realizada en 1937 a favor del Estado, ante el incumplimiento de la carga de destinar las fincas a Campamento, Campo de instrucción militar y Campo de tiro, al enajenarlas a una entidad para que se construyeran domicilios habituales o de recreo con ánimo de lucro.

(37) LACRUZ BERDEJO, J. L. (y otros), *Elementos de Derecho Civil, II*, cit., pág. 110.

(38) El artículo 797.1 del Código Civil alude a este tipo concreto de modo, al establecer: «*La expresión del objeto de la institución o legado, o la aplicación que haya de darse a lo dejado por el testador, o la carga que el mismo impusiere, no se entenderán como condición, a no parecer que ésta era su voluntad*».

(39) El Código Civil argentino aclara en su artículo 1.826: «*La donación puede hacerse con cargos que sean en el interés del donante, o de un tercero, sea el cargo relativo al empleo o al destino que debe darse al objeto donado, sea que consista en una prestación cuyo cumplimiento se ha impuesto al donatario*».

(40) La STS (Sala 3.ª, Sección 5.ª) de 14 de febrero de 2006 (RJ 2006. Ponente: Excmo. Señor don Rafael FERNÁNDEZ VALVERDE) resolvió la reversión de un inmueble que había sido cedido por el Ayuntamiento de Vadocondes (Burgos) al Estado para destinarlo a Casa-Cuartel de la Guardia Civil; muy similar la STS (Sala 3.ª, Sección 5.ª) de 21 de febrero de 2006 (RJ 1932. Ponente: Excmo. Señor don Rafael FERNÁNDEZ VALVERDE), en la que el Ayuntamiento de Godelleta (Valencia) instó la revocación del solar cedido al Estado para la construcción de una Casa-Cuartel; la STS (Sala 3.ª, Sección 7.ª) de 20 de

de terrenos entre Administraciones Públicas con la determinación de un concreto destino; y son también donaciones modales las subvenciones (41).

También puede consistir en una obligación del beneficiario no susceptible de valoración patrimonial o que no implique sacrificio económico alguno (v. gr., llevar corbata negra los próximos cinco años; aprender uno solo a tocar el piano; estudiar griego clásico de forma autodidacta; o ir a visitar a unas monjitas enfermas) (42) o en la obligación de realizar donaciones que tienen un preciso equivalente pecuniario (ejemplo, donar una concreta cantidad a determinada fundación). La obligación de efectuar donaciones puede implicar la asignación de una parte de lo donado a cierto destino en beneficio de un tercero o ser independiente del propio objeto de la donación (43). Así, por ejemplo, la donación de una finca con la obligación de entregar una parte de la cosecha a un vecino o la donación de unos terrenos con la obligación de abonar una determinada cantidad de dinero a un familiar.

A su vez, el modo puede establecerse a favor del propio gratificado, del donante, de sus herederos o de un tercero.

Un supuesto particular de modo, contemplado en el Código Civil, es el de pagar las deudas del donante. El artículo 642 del Código Civil dispone: «*Si la donación se hubiese hecho imponiendo al donatario la obligación de pagar las deudas del donante, como la cláusula no contenga otra declaración,*

enero de 2004 (RJ 1725. Ponente: Excmo. Señor don Juan José GONZÁLEZ RIVAS) se ocupó de la reversión instada por el Ayuntamiento de Plasencia, que había donado al Estado un solar para la construcción de Pabellones para Oficiales y Suboficiales solteros del Regimiento de Infantería.

(41) J. A. SANTAMARÍA PASTOR describe la subvención como «una donación dineraria de carácter modal destinada a promover fines o actividades de interés público» (*Principios de Derecho Administrativo General*, T. II, Iustel, Madrid, 2004, págs. 355 y 356). Así se deduce del texto de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, pues la subvención es una disposición dineraria en la que deben concurrir tres requisitos: «a) *Que la entrega se realice sin contraprestación directa de los beneficiarios* [donación]. b) *Que la entrega esté sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o la concurrencia de una situación, debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido* [modal]. c) *Que el proyecto, la acción, conducta o situación financiada tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública* [finalista]» (art. 2.1). Además, el «*incumplimiento total o parcial del objetivo, de la actividad, del proyecto o la no adopción del comportamiento que fundamenta la concesión de la subvención*» es causa de reintegro de la misma (art. 37 b).

(42) Esto, aunque el artículo 619 del Código Civil maneje un concepto económico de onerosidad. La donación modal puede imponer al donatario la obligación de realizar una conducta carente de un significado económico concreto. El modo no implica necesariamente un sacrificio económico. TORRALBA, O. V., *ob. cit.*, pág. 323; BARRAL VIÑALS, I. (*ob. cit.*, pág. 539), quien señala, además, que, con frecuencia, resulta imposible conocer la concreta entidad de la carga en el momento de la donación, pues su exacto valor se obtiene con su cumplimiento.

(43) LASARTE ÁLVAREZ, C., *ob. cit.*, pág. 159.

solo se entenderá aquél obligado a pagar las que apareciesen contraídas antes» (44). La transcrita es una norma de interpretación de la voluntad: donante y donatario pueden pactar que se abonen sólo algunas de las deudas contraídas antes por el donante o, incluso, que se liquiden también determinadas deudas posteriores. En cualquier caso, la doctrina ha destacado que el donatario no se convierte en deudor de las deudas del donante, sino que, sencillamente, debe pagar por él (hay asunción del cumplimiento, pero no asunción de la deuda) (45). Esta carga *ex dono* puede configurarse también como obligación de reembolsar las deudas pagadas por el donante.

Otro supuesto concreto de modo se da en la donación de herencia en la que se impone al donatario la obligación de pagar las deudas del donante (pasivo hereditario). En este caso, la carga se configura —según la previsión del art. 1.534 del Código Civil (46)— como obligación de reembolso de las deudas pagadas por el donante (heredero cedente), aunque cabe, no obstante, que las partes la estructuren como asunción del cumplimiento, en cuyo caso, el donatario debe pagar tales deudas (47).

La carga más frecuente en la práctica es, sin embargo, la de atender y cuidar al donante (48). Muchas veces, además, la misma implica vivir en casa del donante o convivir con el donante en casa del donatario. Sin embargo,

(44) A su vez, el artículo 643 del Código Civil dispone: «No mediando estipulación respecto al pago de deudas, sólo responderá de ellas el donatario cuando la donación se haya hecho en fraude de los acreedores.

Se presumirá siempre hecha la donación en fraude de los acreedores cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella».

Este modo concreto se halla también previsto en el Derecho portugués: artículo 964 del Código Civil (*Pagamento de dívidas*): «1. Se a doação for feita com o encargo de pagamento das dívidas do doador, entender-se-á cláusula, na falta de outra declaração, como obrigando ao pagamento das que existirem ao tempo da doação. 2. Só é legal o encargo do pagamento de dívidas futuras do doador desde que se determine o seu montante no acto da doação».

(45) Pues para que el donante quedara desligado de su obligación, el donatario debería haber asumido la deuda con intervención del acreedor (art. 1.205 CC). Cfr. ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil*, T. II, *Derecho de Obligaciones*, 13.^a ed., Edisofer, Madrid, 2008, pág. 607; un estudio detenido del mismo autor puede verse en *La donación*, cit., págs. 497-515; BARRAL VIÑALS, I., *ob. cit.*, pág. 541, y DE LOS MOZOS, J. L., *ob. cit.*, pág. 285.

(46) Artículo 1.534 del Código Civil: «El comprador deberá, por su parte, satisfacer al vendedor todo lo que éste haya pagado por las deudas y cargas de la herencia y por los créditos que tenga contra la misma, salvo pacto en contrario».

(47) La cuestión ha sido estudiada con detenimiento por Gemma RUBIO GIMENO, «La donación de herencia: un caso particular de donación modal», en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, t. II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones, Universidad de Murcia, 2004, págs. 4431-4450.

(48) Vid. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Estudios...*, cit., págs. 16-19; y ALBALADEJO, M., *La donación*, cit., pág. 478.

desde la regulación concreta del contrato de alimentos en el Código Civil, introducida por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad (arts. 1.791-1.797 CC), cabe pensar que el efecto perseguido con esta donación modal se obtendrá, con más frecuencia, mediante la suscripción de dicho contrato (49).

Por último, debe subrayarse la necesidad de que el donante imponga el modo expresamente pues, de no hacerlo así, el donatario no podría verse compelido a ejecutar una carga desconocida para él. Este requisito lo prevé para la donación de bienes inmuebles el artículo 633 del Código Civil, al disponer que en la escritura pública de donación se han de expresar «*individualmente los bienes donados y el valor de las cargas* (50) *que deba satisfacer el donatario*».

B) *El modo imposible o ilícito*

La accesoriedad característica del modo implica que si el gravamen impuesto por el donante al donatario es imposible o ilícito, la donación es válida y aquél se tiene por *no puesto* (*vitiatur sed non vitiat*), por lo que no invalida la donación (*vitiatur et vitiat*) (51).

Ésta es la regla que recoge el Código Civil cubano en su artículo 55.2: «*El modo a que se refiere el apartado anterior ha de ser lícito y posible; en caso contrario, se tiene por no puesto, subsistiendo el acto*».

Pero, si el motivo determinante y único de la donación fue la imposición del modo (que algunos denominan entonces *causalizado*), su imposibilidad o ilicitud comprometerá la validez de la donación pues, en tal caso, cede su consideración de elemento accidental y se erige en esencial (52).

(49) Ya antes de la regulación concreta del contrato de alimentos, la jurisprudencia se había esforzado en diferenciar el que se llamaba *contrato vitalicio de naturaleza atípica* y la donación modal (STS de 31 de julio de 1991, RJ 5675. Ponente: Excmo. Señor don Antonio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ). Vid. ECHEVARRÍA DE RADA, T., «El nuevo contrato de alimentos: estudio crítico de sus caracteres», en *BIMJ*, núm. 2019, pág. 3472, nota 49 y bibliografía allí citada; y NIETO ALONSO, A., quien en la parte tercera de su obra (cit.) dedica un capítulo (págs. 165-200) a la calificación jurídica de la donación con carga, la renta vitalicia y el vitalicio.

(50) Aquí *cargas* es sinónimo de gravamen o modo que se impone a la donación, no de cargas reales.

(51) ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, T. I, cit., pág. 736; *La donación*, cit., pág. 477.

(52) FERNÁNDEZ ARROYO, M., *ob. cit.*, pág. 1808; TORRALBA SORIANO, O. V., *ob. cit.*, págs. 159, 163 y 164; AMAT LLARI, E. (*ob. cit.*, págs. 76 y 77), para quien su incumplimiento conlleva la nulidad de la donación y la acción de revocación quedaría sustraída a los límites de cualquier plazo. En contra, el profesor ALBALADEJO (*Derecho Civil*, T. I, cit., pág. 736), quien entiende que también debe tenerse por no puesto, por aplicación del artículo 767.2 del Código Civil: «*La expresión de una causa [motivo] contraria a derecho,*

Así lo regula el Código Civil italiano en su artículo 794. *Onere illecito o impossibile*: «L'onere illecito o impossibile si considera non apposto; rende nulla la donazione se ne ha costituito il solo motivo determinante». A la misma solución llega el Derecho portugués, por la remisión a las normas testamentarias del artículo 967 del Código Civil (53), en las que se encuentra el artículo 2.186 del Código Civil: (*Fim contrário à lei ou à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes*). «É nula a disposição testamentária, quando da interpretação do testamento resulte que foi essencialmente determinada por um fim contrário à lei ou à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes».

4. DONACIÓN MODAL Y DONACIÓN CONDICIONAL

La donación condicional es la que se halla sometida a una condición, en tanto hecho futuro e incierto del que depende el nacimiento de la obligación de donar (condición suspensiva o inicial) o la resolución del derecho del donatario (condición resolutoria o final). La posibilidad de la donación *sub condicione* se deduce de las normas generales de las obligaciones y contratos, que se aplican a las donaciones por la remisión recogida en el artículo 621 del Código Civil (54).

Mientras la condición convierte en inciertos los efectos de la donación, el modo vincula a su cumplimiento (55). Por esto, la obligación modal puede ser exigida por el donador «desde luego» (desde ya), sin esperar a que —como sucede en la donación *sub condicione*— se cumpla o no el hecho en que consiste la condición (56).

La distinción queda clara en los artículos 1.114 y 797.2 del Código Civil. El primero dispone: «En las obligaciones condicionales, la adquisición de los derechos, así como la resolución o pérdida de los ya adquiridos, dependerán del acontecimiento que constituya la condición». El segundo señala: «Lo dejado de esta manera [sub modo] puede pedirse desde luego, y es transmisible a los herederos que afiancen el cumplimiento de lo mandado por el testador, y la devolución de lo percibido con sus frutos e intereses, si faltaren a esta obligación».

aunque sea verdadera, se tendrá también por no escrita». Otros autores (PÉREZ GONZÁLEZ, B./ALGUER, J., *ob. cit.*, págs. 138 y 135) opinan que el problema habrá de resolverse en cada caso concreto por interpretación, por lo que la donación es nula en su totalidad, salvo que pueda suponerse que habría sido querida también sin el modo.

(53) Artículo 967: (*Condições ou encargos impossíveis ou ilícitos*): «As condições ou encargos física ou legalmente impossíveis, contrários à lei ou à ordem pública, ou ofensivos dos bons costumes ficam sujeitos às regras estabelecidas em matéria testamentária».

(54) Artículo 621 del Código Civil: «Las donaciones que hayan de producir sus efectos entre vivos se regirán por las disposiciones generales de los contratos y obligaciones en todo lo que no se halle determinado en este título».

(55) Porque el modo es *adjacens determinatio, non dispositioni sed executioni ejus*.

(56) Rige, pues, el artículo 1113.1 del Código Civil: «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».

Por esto, la donación condicional no presenta ninguna especialidad y esto explica la ausencia de normas que la regulen específicamente. Cuando el Código Civil utiliza la palabra *condición* en los artículos 626, 647 y 651, la misma no debe entenderse como hecho futuro e incierto del que dependen ciertos efectos, sino como modo o carga.

El artículo 2.334 del Código Civil federal mejicano distingue perfectamente ambos tipos de donación al disponer: «*La donación puede ser pura, condicional, onerosa o remuneratoria*». También el Código de las obligaciones suizo, en su artículo 245, declara que: «*La donation peut être grevée de conditions ou de charges*».

Por otra parte, creo que la donación modal no debe excluirse del ordenamiento cubano, pues el artículo 376 del Código Civil (57) prohíbe la donación condicional (58), pero no la modal (59). Cuando el legislador cubano emplea los términos *condición* y *carga* lo hace atribuyendo a cada uno su exacto significado y sin confundirlos, lo que se comprueba claramente con la regulación testamentaria (60).

Ahora bien, es cierto que, al margen de la confusión legal de los términos, puede suceder también que donante y donatario utilicen la palabra *condición*, sin que del contexto pueda deducirse claramente su significado; o cabe que no se sepa cuál es su voluntad si el donatario se obliga a realizar una determinada prestación sin especificarse si se impone como modo o si la donación se hace depender de su cumplimiento (*condición*) (61). Para resolver estas

(57) Artículo 376 del Código Civil cubano: «*La donación no puede realizarse bajo condición ni revocarse después de la aceptación del donatario*».

(58) Como manifestación del principio de la irrevocabilidad esencial de las donaciones del *Droit coutumier* francés expresado con el aforismo «*Donner et retenir ne vaut*» («Donar y retener no vale»). Este principio significa que está prohibido incluir en la donación cualquier cláusula que permita al donante, directa o indirectamente, en todo o en parte, destruir o hacer inútil la liberalidad realizada (Á. CRISTÓBAL MONTES, «El principio de irrevocabilidad de las donaciones», en *RGLJ*, 1969, mayo, núm. 5, págs. 699 y 725).

(59) Así lo afirma también la doctrina cubana. ROSELLÓ MANZANO, R. («Comentario al artículo 55 del Código Civil cubano», en *Comentarios al Código Civil cubano*, en prensa, pág. 1) sostiene que la donación con carga modal se entiende permitida, por no prohibirla expresamente la ley, como sí lo hace con la donación *sub condicione*.

(60) Vid., por ejemplo, el artículo 478 del Código Civil cubano: «*En el testamento, el testador puede instituir herederos, asignar legados, nombrar albaceas, imponer cargas y disponer la forma de efectuar la división de la herencia*»; el artículo 481: «*La institución de heredero no puede estar sujeta a condición ni a término*»; o el artículo 496.2: «*Igualmente puede imponer [el testador] al heredero la carga de efectuar una prestación patrimonial en beneficio de la persona designada*». Al respecto, PÉREZ GALLARDO, L. B., «Capítulo XV: Responsabilidad por deudas, legados y modos», en *Derecho de Sucesiones*, T. III, Félix Varela, La Habana, 2004, págs. 27-62.

(61) Especial dificultad encierran los casos en que la donación se somete a una condición potestativa o a una mixta pues, en ellos, el cumplimiento de la condición depende en todo o en parte de la voluntad del donatario, a diferencia de lo que sucede cuando la condición es casual. BARRAL VIÑALS, I, *ob. cit.*, pág. 536. Sobre los criterios distintivos del modo y la condición, vid. TORRALBA SORIANO, O. V., *ob. cit.*, págs. 93-101.

dudas interpretativas insalvables (*pulchra dubia*), el Código cuenta con una norma concreta que consagra un *favor modi*: si no aparece una clara voluntad de someter el negocio a una condición, habrá de entenderse como modo, pues éste resulta menos gravoso para el donatario (por aplicación del principio tendencial del *favor debitoris*) (62).

El artículo 797.1 del Código Civil dispone: «*La expresión del objeto de la institución o legado, o la aplicación que haya de darse [modo] a lo dejado por el testador, o la carga que el mismo impusiere, no se entenderán como condición, a no parecer que ésta era su voluntad*».

Cosa distinta es que las partes configuren el incumplimiento de una carga como condición resolutoria de la donación. En este caso, incumplida la carga, no procede la acción revocatoria, sino la resolución por haberse materializado de la condición. Es una manera de reforzar la posición del donante ante un eventual incumplimiento del modo por el donatario.

Así lo resolvió la STS de 26 de mayo de 1988 (63): La donante impuso que el cambio de destino o la no utilización continuada de los bienes donados constituya un evento determinante *per se* de la automática pérdida de eficacia sobrevenida del negocio, esto es, una auténtica condición resolutoria (64).

(62) En contra, en cambio, PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER MICÓ, J. (*ob. cit.*, pág. 137), para quienes no cabe aplicar esquemáticamente la presunción de este precepto, pues se refiere a otro supuesto, de forma que son aplicables las normas de las obligaciones y contratos de las cuales puede resultar que la presunción se incline a favor de la menor transmisión de derechos, esto es, a favor de la condición más que del modo (art. 1289.1, pr. del Código Civil: «*Cuando absolutamente fuera imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses*»).

(63) RJ 4340. Ponente: Excmo. Señor don Ramón LÓPEZ VILAS. Las colecciones de arte, mobiliarios, libros y ajuar se donaron con el fin de crear un Museo de Arte para provecho del pueblo de Baleares, finalidad que no se cumplió porque la Casa-Palacio de Marivent, donde se encuentran los bienes, constituye la residencia de la Familia Real cuando se desplaza a la isla de Mallorca, lo que implicó el cierre permanente del museo al público.

(64) En cambio, en la STS de 12 de noviembre de 1990 (RJ 8698. Ponente: Excmo. Señor don Jaime SANTOS BRIZ), se concluyó que lo dispuesto por el donante fue un modo y no una condición: «[...] *la interpretación literal de la cláusula 6.ª del contrato de donación lleva a conclusión diversa de la que mantiene el recurso, en cuanto que de sus términos literales no se deduce en modo alguno que por el supuesto hecho de incumplirse la carga consustancial a la donación modal ésta revierta ipso iure al donante o sus herederos, sino que efectivamente se les concede a uno u otros “el derecho potestativo de adquirir los bienes mediante el ejercicio de las correspondientes acciones”*».

II. EL INCUMPLIMIENTO DE LA CARGA POR PARTE DEL DONATARIO

1. EL CUMPLIMIENTO DE LA CARGA

El donatario debe cumplir la carga impuesta por el donante en los términos fijados por éste. Pero se considera que no hay incumplimiento si es el propio donante quien impide la ejecución del modo (65).

Se aplica, analógicamente, lo dispuesto para el cumplimiento del modo impuesto al legatario: artículo 798.2 del Código Civil: «*Cuando el interesado en que se cumpla, o no, impidiere su cumplimiento sin culpa o hecho propio del heredero o legatario [donatario], se considerará cumplida la condición [modo]*».

Si el cumplimiento, tal como fue exigido por el donante, resulta imposible, el donatario queda facultado para cumplir en los términos análogos y se entiende que el cumplimiento análogo equivale al genuino. Es la figura que se conoce como *conmutación modal*: nace la obligación subsidiaria de cumplir un modo o carga equivalente (66).

Se aplica también, en virtud de la *eadem ratio*, el artículo 798.1 del Código Civil: «*Cuando, sin culpa o hecho propio del heredero o legatario [donatario], no pueda tener efecto la institución o el legado de que trata el artículo precedente [sub modo] en los mismos términos que haya ordenado el testador [donante], deberá cumplirse en otros, los más análogos y conformes a su voluntad*».

A) *La pretensión de cumplimiento*

La jurisprudencia ha puntualizado que el cumplimiento del modo puede exigirse coactivamente, como cualquier otra deuda (67). También la doctrina

(65) Así sucedió en la STS de 28 de julio de 1997 (RJ 5809. Ponente: Excmo. Señor don Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA): La donataria tenía la obligación de alimentar al donante y a su esposa y tenerlos en su domicilio y «*cumplió dichas obligaciones modales hasta que por voluntad del donante, plasmada por escrito y reconocida en confesión judicial, él mismo y su esposa abandonaron el domicilio de la donataria de una manera libre y voluntaria*», por lo que «*si el cumplimiento modal no se llevó a cabo fue por causa exclusiva del donante*».

(66) ROCA SASTRE, R. M./ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *ob. cit.*, pág. 655; DURÁN RIVACOBIA, R., «*Modo y liberalidad (Aproximación jurisprudencial a su estudio unitario)*», en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, t. III, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid, 1988, págs. 312-314.

(67) Reconoció tal posibilidad la STS de 19 de enero de 1901, declaratoria de que no infringe ni la Ley 5, 4, 6 de Las Partidas, ni el artículo 1.256 del Código Civil, que se conceda al donante la facultad de elegir, a su libre arbitrio, entre exigir la prestación

entiende que, ante el incumplimiento de la carga por el donatario, el donante puede exigirle el cumplimiento forzoso en forma específica (*in natura*) o, si lo prefiere, el cumplimiento forzoso en forma genérica (cumplimiento por equivalente) (68). Puede también optar por revocar la liberalidad efectuada, sin que la acción revocatoria sea subsidiaria de la acción de cumplimiento (69). Puede, incluso, pedir alternativamente el cumplimiento forzoso o la revocación, dejando al donatario la elección (70). Por tanto, ante el incumplimiento del modo, el donante puede optar por exigir su cumplimiento (o la indemnización por incumplimiento) o por revocar la donación.

Esta posibilidad se ajusta a la tradición de Las Partidas (5, 4, 6):

«[...] E por esto decimos que si aquel que recibiese la donación en la manera sobredicha cumple la conveniencia o la postura, o hace aquello porque se lo dieron, vale el donadío en todas guisas. E si no lo cumple, o no lo hace, bien puede apremiarle que cumpla lo que prometió hacer, o que desampare la donación que hizo. Otrosí decimos, que dando un hombre a otro viña o huerta; o heredad, u otra cosa cualquiera en esta manera, diciendo señaladamente cuando hace aquella donación, que daba aquella cosa porque de los frutos que saliesen de ella diesen cosa cierta a algunos hombres para gobierno o para sacar cautivos, o para otra razón semejante de estas; si aquel que recibe así el donadío cumple aquello por que se lo dieron, vale la donación. E si no lo cumple, bien lo puede revocar. E cualquiera donación de las que son dichas en esta ley, dicen en latin *sub modo*; que quiere tanto decir en romance, como donadío hecho *so otra manera*».

Frente a lo anterior, se ha pensado que, ante el incumplimiento de la carga, si el donante no logra que el donatario cumpla voluntariamente, sólo puede pedir la revocación del negocio modal, sin que quepa el cumplimiento forzoso. Esta posición fue sostenida originariamente por el profesor ALBALA-

a que el donatario se hubiese obligado o revocar la donación, reclamando la devolución de los bienes (ISÁBAL BADA, M., voz «Donación», en *Enciclopedia Jurídica Española*, cit., pág. 579). Más recientemente, la STS de 6 de abril de 1999 (RJ 2656. Ponente: Excmo. Señor don José ALMAGRO NOSETTE): «[...] la revocación no es la única facultad que confiere el incumplimiento de las obligaciones modales. También, el incumplimiento genera la posibilidad de exigir simplemente el cumplimiento o sus equivalentes indemnizatorios, según ya reconoció una sentencia de esta Sala de 19 de enero de 1901 y, según se desprende de la aplicabilidad del artículo 1.101 del Código Civil, en relación con los artículos 621 y 622 del reseñado “cuerpo legal”».

(68) Entre otros, ALBALADEJO, M., *La donación*, cit., pág. 762; Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *ob. cit.*, pág. 317; DE LOS MOZOS, J. L., *ob. cit.*, pág. 337; DOMÍNGUEZ RODRIGO, J. L., *ob. cit.*, pág. 104; FERNÁNDEZ ARROYO, M., *ob. cit.*, pág. 1809; LACRUZ BERDEJO, J. L. (y otros), *Elementos de Derecho Civil, II*, cit., págs. 102 y 103; NIETO ALONSO, A., *ob. cit.*, pág. 141; TORRALBA SORIANO, O. V., *ob. cit.*, págs. 298-299.

(69) DOMÍNGUEZ RODRIGO, L. M., *ob. cit.*, pág. 101.

(70) ALBALADEJO, M., *Derecho Civil, I*, cit., pág. 740. También puede pedir la revocación después de haber optado por el cumplimiento si éste resulta imposible, por aplicación del artículo 1124.2 *in fine* del Código Civil (*La donación*, cit., pág. 767).

DEJO (71) quien, basándose en el tenor del artículo 647 del Código Civil (72), entendía que la obligación modal no era una obligación normal, con débito y responsabilidad, sino una obligación en la que la responsabilidad del deudor era sustituida por la revocación del negocio *sub modo* (73). También fue la mantenida por ROCA TRÍAS, al afirmar que el modo no es susceptible de cumplimiento coactivo (74). Últimamente es GRAMUNT FOMBUENA (75) quien entiende que sólo cabe la solución revocatoria, pues —dice— el modo es una carga y no una obligación y, por tanto, no es jurídicamente exigible. La autora sigue el concepto de carga proporcionado por BADOSA COLL como «conducta que se debe realizar solamente si se pretenden evitar las consecuencias negativas que comportaría su no observancia» (76). Si se parte de esta noción, sólo cabe que el donatario incumplidor quede sujeto a la posibilidad de perder su atribución patrimonial.

Señala BADOSA (77) que el concepto de *carga* se construye a partir de la figura del *modo*, como una limitación establecida a una atribución lucrativa. Esta limitación se caracteriza por ser una conducta impuesta al beneficiario con carácter no coactivo, aunque tampoco discrecional. Por esto, «la garantía de su observancia no es el binomio indemnización-ejecución forzosa, sino la pérdida de lo atribuido». Los rasgos identificadores de la carga son: 1.º Coactividad

(71) Así lo pone de relieve el mismo autor en *Derecho Civil*, T. I., cit., págs. 737-740; *La donación*, cit., págs. 764-766.

(72) Artículo 647 del Código Civil: «*La donación será revocada a instancia del donante, cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que aquél le impuso*».

(73) Actualmente, en cambio, entiende que la obligación modal es una obligación normal susceptible, por tanto, de cumplimiento forzoso. Obligación que, además de lo anterior, faculta para pedir la revocación del negocio modal (*idem*).

(74) ROCA TRÍAS, E., «Contrato traslativo del dominio a título gratuito: La donación», en AA.VV., *Derecho de Obligaciones y Contratos*, 2.ª ed., coordinado por M. R. VALPUESTA FERNÁNDEZ, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 612. Más tarde («Contrato traslativo del dominio a título gratuito: La donación», en AA.VV., *Derecho de Obligaciones y Contratos*, coordinado por M. R. VALPUESTA FERNÁNDEZ y R. VERDERA SERVER, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 419), ha señalado que la doctrina discute la posibilidad de exigir el cumplimiento forzoso y que así lo admite la reciente jurisprudencia.

(75) GRAMUNT FOMBUENA, M. D., «Reflexiones en torno a la revocación de la donación», en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, t. I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones, Universidad de Murcia, 2004, pág. 2214. Parecen inclinarse por la exclusiva solución revocatoria, BARRAL VIÑALS, I. (*ob. cit.*, pág. 537); y DOMÍNGUEZ RODRIGO, L. M. (*ob. cit.*, pág. 82), quien afirma que la obligación modal es un débito carente de responsabilidad, aunque después (pág. 90) alude a la «acción para reclamar el cumplimiento del modo».

(76) BADOSA COLL, F. (*La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Studia Albornotiana, dirigida por E. VERDERA y TUELLES, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987, pág. 317), señala que mientras la *obligación* es el sacrificio en interés propio respecto de otro ajeno, la *carga* significa la subordinación del interés propio respecto de otro igualmente propio.

(77) *Ob. cit.*, págs. 328-320.

limitada: la infracción de la conducta no llega a la necesidad jurídica (ausencia de ejecución forzosa) y se traduce en una consecuencia negativa para el infractor. 2.º Inserción de la conducta en la institución en la que opera (en nuestro caso, la donación) en cuanto a su existencia, sujetos y coacción: la carga es un límite cuantitativo (modo) de la donación; los sujetos son los mismos en la institución (donación) y en la carga: donante y donatario gravado; y la infracción de la conducta provoca una repercusión negativa en el estatuto del sujeto infractor atribuido por la institución fundamental (devolución de lo donado).

También ANDERSON se muestra partidaria del exclusivo efecto revocatorio cuando dice que el donante sólo cuenta con un medio de presión indirecto al cumplimiento, que toma por base la propia liberalidad (78).

Esta corriente de pensamiento ha sido recogida por la jurisprudencia provincial: «[...] Con ello, el modo impuesto en la donación, condición en sentido vulgar, no se puede calificar de obligación en su sentido jurídico, amparada en la correspondiente acción para exigir su cumplimiento, por cuanto, siendo personalísima, la sanción de incumplimiento se encuentra en la facultad revocatoria, no en la resolutoria o indemnizatoria, inherente al contrato unilateral de donación, pues la condición no es realmente una obligación asumida por el donatario como contraprestación, sino un simple modo, deseo o voluntad del donante. En nuestro Derecho no existe una acción del donante dirigida a obtener de los Tribunales una sentencia en que se condene al donatario al cumplimiento del modo, la sanción al incumplimiento del modo o gravamen se logra indirectamente mediante la acción de revocación, artículos 647.1.º y 651.º del Código Civil. Remedio más gravoso de lo que sería para el donatario una sentencia que le condenara al cumplimiento del modo o a una indemnización equivalente, ello en razón de que si la atribución patrimonial quedara subordinada al cumplimiento de la obligación no se trataría de modo sino de condición suspensiva. Así que la acción revocatoria y resolutoria o indemnizatoria se presentan incompatibles, de tal suerte que la procedencia de la primera hace inviable las otras» (79).

Hay una tercera postura sostenida por PRATS ALBENTOSA (80), según la cual la posibilidad de exigir el cumplimiento coactivo queda reservada exclusivamente a los supuestos en que el modo tenga contenido patrimonial, pues, si carece de él, sólo cabe revocar.

La doctrina ha apuntado que el reconocimiento al donante de la facultad de exigir el cumplimiento forzoso otorga una mayor protección al favorecido por el modo; pues, si no pudiera hacerlo, carecería de armas frente al dona-

(78) *Ob. cit.*, pág. 384.

(79) SAP de Alava, de 24 de julio de 1994 (texto tomado del Fundamento de Derecho 2.º de la STS de 6 de abril de 1999, *RJ* 2656).

(80) «Comentario a la STS de 6 de abril de 1999: Donación con modo. Cosa juzgada. Compatibilidad de la acción revocatoria y de cumplimiento de obligaciones», en *CCJC*, núm. 51, septiembre-diciembre, 1999, pág. 1064.

tario, en los casos en que, por ejemplo, se tratase de un modo en el que no fuese posible la revocación por incumplimiento (por haber caducado la acción) o si, aun siendo posible, el favorecido fuese un tercero, no legitimado para solicitar la revocación (81).

Sin embargo, parece que si, ante el incumplimiento del modo, el donante quiere revocar, debe hacerlo dentro de plazo, transcurrido el cual caduca su derecho y no puede exigir después el cumplimiento al donatario; y, si el favorecido es un tercero distinto del donante y del donatario, sucede, sencillamente, que dicho tercero no se halla protegido por el incumplimiento del deber modal, ante el cual sólo cabe la reacción revocatoria del donante (82). Por esto, podría sostenerse que la exclusiva solución revocatoria (negación del cumplimiento coactivo) se acomoda mejor al estricto concepto de modo o carga.

En el Derecho cubano, el incumplimiento del modo, como elemento accidental del negocio, sólo da lugar a la indemnización de daños y perjuicios por parte del donatario, según el tenor literal del artículo 55.3 del Código Civil: «*El incumplimiento del modo por parte del beneficiario lo hace responsable de los daños y perjuicios que se causen por este motivo*». Esto significa que, como afirma la doctrina cubana, el incumplimiento de la carga no produce de inmediato la invalidez del negocio, ni puede compelerse a su cumplimiento forzoso específico al que debía haberla realizado (83). La obligación modal es una «*obligación sui generis*», cuyo incumplimiento la transforma *ex lege* en una indemnización de daños y perjuicios, dejando al beneficiado con el modo solamente la opción de reclamar éstos» (84). Se afirma, en consecuencia, que la «opción de revocación de la donación como consecuencia del incumplimiento del modo, parece desterrada» del Derecho cubano, según la dicción literal del artículo 376 del Código Civil; lo que trae como consecuencia la desprotección del donante. Por esto, algún autor ha estimado que el precepto no impide que, ante el incumplimiento de la carga por parte del donatario, el donante pueda exigir el cumplimiento forzoso en forma específica (cumplimiento *in natura*) y, no siendo éste posible, en forma genérica (indemnización de daños y perjuicios) (85).

(81) DÍEZ-PICAZO, L./GULLÓN BALLESTEROS, A., *ob. cit.*, pág. 319; y TORRALBA SORIANO, *ob. cit.*, págs. 237-240.

(82) Vid. MEZQUITA DEL CACHO, J. L., «La cláusula modal ante el Registro de la Propiedad», en *RDP*, 1960 (en.), págs. 23, 24 y 27; y DOMÍNGUEZ RODRIGO, L. M., *ob. cit.*, pág. 83.

(83) VALDÉS DÍAZ, C. C., «Capítulo III: Requisitos del contrato», en *Derecho de Contratos*, T. I, *Teoría general del contrato*, Félix Varela, La Habana, 2003, pág. 89.

(84) ROSELLÓ MANZANO, R., *ob. cit.*, pág. 6.

(85) ROSELLÓ MANZANO, R., *ob. cit.*, pág. 6.

B) La limitada responsabilidad del donatario

La responsabilidad del donatario por el incumplimiento de la carga debe quedar, en todo caso, limitada *pro viribus donati* (en la medida de lo donado), esto es, el donatario no debe responder más allá del valor de lo donado, pues la donación no puede perjudicarle: *donatarius non debet remanere damnificatus*. No alcanza al donatario, pues, la responsabilidad patrimonial universal del artículo 1.911 del Código Civil, por lo que al cumplimiento de la carga se refiere (86).

Este límite es recogido habitualmente por los Códigos Civiles y, en el español, se encuentra implícito en la determinación de que el modo deber ser inferior al valor de la cosa donada. Se puede apoyar también en la responsabilidad *pro viribus legati* del legatario gravado (87).

El Código Civil portugués dispone en su artículo 963.2: «*O donatário não é obrigado a cumprir os encargos senão dentro dos limites do valor da coisa ou do direito doado*». El Código Civil italiano establece en su artículo 793.2: «*Il donatario è tenuto all'adempimento dell'onere entro i limiti del valore della cosa donata*». El Código de las Obligaciones suizo declara en su artículo 246.3: «*Le donataire est en droit de refuser l'exécution d'une charge, en tant que la valeur de la libéralité ne couvre pas les frais et que l'excédent ne lui est pas remboursé*». El artículo 2.368 del Código Civil federal mejicano recoge: «*El donatario responde sólo del cumplimiento de las cargas que se le imponen con la cosa donada, y no está obligado personalmente con sus bienes. Puede sustraerse a la ejecución de las cargas, abandonando la cosa donada, y si ésta perece por caso fortuito, queda libre de toda obligación*». El Código Civil argentino en su artículo 1.854 dice: «*El donatario responde sólo del cumplimiento de los cargos con la cosa donada, y no está obligado personalmente con sus bienes. Puede sustraerse a la ejecución de los cargos, abandonando la cosa donada, y si ésta perece por caso fortuito, queda libre de toda obligación*».

Téngase en cuenta además que, incluso en el supuesto de que la carga igualara o superara el valor de lo donado, la responsabilidad del donatario permanecería limitada por éste y, de ahí que, tampoco en este caso quedaría comprometido su patrimonio personal (88). Así, por ejemplo, si la carga consiste en pagar las deudas del donante y la cuantía de éstas supera la liberalidad recibida, la responsabilidad del donatario queda limitada

(86) La limitación de la responsabilidad del donatario ha sido puesta de manifiesto por ALBALADEJO, M.: *La donación*, cit., pág. 479.

(87) Artículo 858 del Código Civil: «*El testador podrá gravar con mandas y legados, no sólo a su heredero, sino también a los legatarios. Éstos no estarán obligados a responder del gravamen sino hasta donde alcance el valor del legado*».

(88) Vid. ALBALADEJO, M.: *La donación*, cit., pág. 482, nota 25; pág. 483, nota 26.

por el montante de lo recibido, no estando obligado a pagar el resto de las deudas (89).

C) *La legitimación para el cumplimiento de la carga*

a) Legitimación activa

El cumplimiento de la carga puede solicitarlo el donante, pero también sus herederos. Se discute si el tercero favorecido por el modo está también legitimado para exigirlo. Así lo prevén expresamente algunos Derechos, como el portugués o el italiano.

Artículo 965 del Código Civil portugués (*Cumprimento dos encargos*):
«*Na doação modal, tanto o doador, ou os seus herdeiros, como quaisquer interessados têm legitimidade para exigir do donatário, ou dos seus herdeiros, o cumprimento dos encargos*». Artículo 793.4 del Codice civile: «*Per l'adempimento dell'onere può agire, oltre il donante, qualsiasi interessato, anche durante la vita del donante stesso*».

Para el Derecho español se ha dicho que tal posibilidad puede admitirse aplicando por analogía el artículo 1257.2 del Código Civil (90), esto es, si la donación modal se configura como un contrato con estipulación a favor de tercero y éste comunica su aceptación al donatario (91).

b) Legitimación pasiva

¿Puede exigirse el cumplimiento del modo a los herederos del donatario? La respuesta dependerá del carácter *intuitu personæ* del modo. Si la carga es personalísima, su cumplimiento no puede transmitirse a los herederos del donatario. Si no lo es, estos quedarán obligados a su consecución (92).

La transmisión de la obligación modal se prevé expresamente en el precepto transcrito del Código Civil portugués. Más matizadamente, el Código Civil argentino señala.

(89) ALBALADEJO, M., *La donación*, cit., pág. 511; DE LOS MOZOS, J. L., *ob. cit.*, pág. 285.

(90) Artículo 1257.2 del Código Civil: «*Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquella revocada*».

(91) DOMÍNGUEZ RODRIGO, L. M., *ob. cit.*, pág. 93; TORRALBA SORIANO, O. V., *ob. cit.*, págs. 295-296.

(92) Por todos, DOMÍNGUEZ RODRIGO, L. M., *ob. cit.*, pág. 95. Lo mismo debe predicarse de la legitimación pasiva de la acción revocatoria (ALBALADEJO, M., *La donación*, cit., pág. 768), cosa que no sucede en la revocación por ingratitud (art. 653.2 CC), pues ésta es tacha personal que solamente padece el donatario ingrato.

Artículo 562, pr.: «*La obligación de cumplir los cargos impuestos para la adquisición de los derechos pasa a los herederos del que fuese gravado con ellos, a no ser que sólo pudiesen ser cumplidos por él, como inherentes a su persona*».

2. LA REVOCACIÓN DE LA DONACIÓN

Aceptada la donación por el donatario, ésta se torna irrevocable por la sola voluntad del donante, al que se niega una facultad de arrepentimiento (*ius pœnitendi*) (93).

Si la donación es modal, el donatario queda obligado al cumplimiento de la carga desde la celebración del contrato, de forma que, de no hacerlo, el donante puede —por excepción— revocar la donación (94). La revocación (reversión o retrocesión) de la donación por incumplimiento de cargas se erige, así, en un supuesto autónomo de revocación, distinto de los otros dos regulados en el Código Civil: la revocación por ingratitud (art. 648) y la revocación por supervivencia o superveniencia de hijos (art. 645). Y dicha facultad de revocación, originada por la frustración del modo anejo a la donación, la concede la ley: nace *ex lege* y no *ex contractu*. La recoge expresamente el artículo 647.1 del Código Civil: «*La donación será revocada a instancia del donante, cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que aquél le impuso*»; y tiene su origen en nuestro Derecho histórico, tanto en el Fuero Real (3, 12, 1) como en las Partidas (5, 4, 6).

El Fuero Real disponía: «*Maguer que qualquier ome que diere alguna cosa a otre, no gela puede después toller, pero sil fuere desconnosciente e lo desgradesciere aquello quel dio, como sil firió, o sil denostó de malos denuestos, o sil desonrró aviltadamente, o sil tollió, ol fizo toller sus cosas sin derecho, ol conseió muerte, ó lision de su cuerpo, o si gelo dio por alguna cosa facer, y non la fizo, por aquestas cosas, o por cada una dellas el que dió la cosa,*

(93) Si bien esto no supone que rija en nuestro Derecho el principio de la irrevocabilidad esencial de la donación (*Donner et retenir ne vaut*). Éste no significa que la donación no pueda disolverse por la sola voluntad del donante (lo que es obvio y común a todos los contratos: *nudo consensu obligatio* y *contrario consensu dissolvitur*), sino que no cabe incluir en la donación cláusulas que permitan al donante dotar de ineficacia a la liberalidad realizada. Entendido así, este principio no rige en el Derecho español, donde sí se admite la revocabilidad convencional (CRISTÓBAL MONTES, Á., *ob. cit.*, págs. 717, 721, 724, 725 y 726).

(94) Explica CRISTÓBAL MONTES (*ob. cit.*, págs. 734-735) que la donación es normalmente irrevocable, como lo son los demás negocios jurídicos perfectos, pero que dicha irrevocabilidad reviste una consistencia débil por tratarse de un acto gratuito en el que todas las ventajas las percibe una de las partes y todos los perjuicios la otra. Por esto, la ley ha previsto la revocación por ingratitud del donatario y por supervivencia/superveniencia de hijos del donante, así como por incumplimiento de cargas, aunque esta última no es en puridad un supuesto de revocación (pág. 719).

puedala tollere a aquel a qui la dio: pero si gelo él no quisiere tollere, sus herederos non gela puedan tollere, ni demandar, pues que aquel que gela dió no gela quiso tollere».

El texto de Las Partidas lo hemos reproducido ya en el epígrafe II.1.A.

La jurisprudencia (95) y la doctrina —unánimemente (96)— han señalado reiteradamente que el término *condiciones* manejado por el precepto transcrito no debe entenderse en sentido técnico-jurídico, pues no se refiere a la condición como hecho futuro e incierto (*incertus an et incertus quando*) del que dependen los efectos de un negocio jurídico, sino a las cargas (obligaciones o gravámenes modales). Cuando se trata de donación condicional no resulta necesario conceder al donante ninguna facultad pues, o no se da por adquirido el dominio (condición suspensiva), o se resuelve el dominio *ipso iure* (condición resolutoria). El incumplimiento o cumplimiento de la condición plantea un problema de ineficacia, no de revocación (97). Por tanto, la norma referida regula exclusivamente el supuesto en que el donatario incumple la carga impuesta por el donante y no los efectos del cumplimiento/incumplimiento de la condición. La confusión terminológica tiene su origen en el empleo de la palabra *condición* del *Code Civil* de donde, pasando por el Proyecto de 1851 (art. 954) (98) y por el Anteproyecto de 1882-1888 (art. 646.1) (99), nuestro Código Civil la toma (100).

Artículo 953 del *Code Civil*: «*La donation entre vifs ne pourra être révoquée que pour cause d'inexécution des conditions sous lesquelles elle aura été faite, pour cause d'ingratitude, et pour cause de survenance d'enfants*».

El incumplimiento de la carga —ha dicho alguna sentencia (101)— provoca «un juego semejante al del artículo 1.124 del Código Civil», por lo que

(95) Así, desde la STS de 3 de noviembre de 1931 (RJ 2222), otras muchas como las 23 de noviembre de 2004 (RJ 7386), la de 28 de julio de 1997 (RJ 5809) o, más recientemente, la de 20 de julio de 2007 (RJ 240335).

(96) Por todos, ALBALADEJO, M., *La donación*, cit., págs. 714-715.

(97) Díez-PICAZO, L./GULLÓN BALLESTEROS, A., *ob. cit.*, pág. 317.

(98) Artículo 954: «*La donación será revocada a instancia del donador, cuando se haya dejado de cumplir alguna de las condiciones con que la hizo*».

(99) Cuyo texto era idéntico al del vigente artículo 647.1 del Código Civil.

(100) Algunos autores, sin embargo, han destacado que el uso del término *condición* no se debe a desidia en la redacción o a negligencia en la traducción del legislador, sino que es deliberado; y que con él se quiso dar fuerza al incumplimiento del modo, que sólo si tiene suficiente *entidad* puede provocar la revocación (DE LOS MOZOS, J. L., *ob. cit.*, págs. 334 y 344; LACRUZ, J. L. —y otros—, *Elementos de Derecho Civil, II*, cit., pág. 103).

(101) Cfr. SSTs de 11 de marzo de 1988 (RJ 1960), 26 de mayo de 1988 (RJ 4340), 20 de julio de 2007 (RJ 240335) o 28 de julio de 1997 (RJ 5809). La STS de 31 de enero de 1995 (RJ 390). Ponente: Excmo. Señor don Teófilo ORTEGA TORRES se ocupó de una donación de cuadros a favor del Estado con la carga de crear un museo para albergarlos. Se declara que el Estado no puede reputarse incumplidor porque los cuadros nunca le han

la revocación analizada (102), más que un caso de revocación en sentido estricto, es un caso de *resolución* (103). Pero, claro, dice *juego semejante* porque en la donación modal no hay verdadera reciprocidad de prestaciones.

Quizá, por esto, en el Derecho italiano, el incumplimiento de la carga no da lugar a la revocación por parte del donante, que queda reservada a los supuestos de ingratitud y de supervivencia/superveniencia de hijos, sino que puede dar lugar a la pretensión de cumplimiento (quedando la responsabilidad del donatario limitada al valor de la cosa recibida) o, si así se previó en el contrato de donación, a la resolución por incumplimiento regulada en el artículo 1.453 del *Codice Civile*. El cumplimiento puede ser solicitado por el donante o por cualquier persona interesada (incluso en vida del donante). La resolución por incumplimiento puede ser solicitada por el donante o sus herederos (104).

En el Derecho portugués, el incumplimiento de la carga puede dar lugar también a la resolución si así se previó en el contrato. Artículo 966: (*Resolução da doação*). «*O doador, ou os seus herdeiros, também podem pedir a resolução da doação, fundada no não cumprimento dos encargos, quando esse direito lhes seja conferido pelo contrato*».

Por esto, cuando, ante el incumplimiento de la carga, el donante revoca, no se está arrepintiendo de haber donado (*ius pœnitendi*, que no permite la

sido entregados. Dice la sentencia que la donación con carga modal provoca «un juego semejante al del artículo 1.124» pero que, en realidad, el aplicable es el artículo 647 del Código Civil, porque, aunque tenga similitud de efectos con el citado artículo, hay la notable diferencia de que los efectos no se producen *ipso iure*, facultándose al donante para pedirlos judicialmente.

(102) Artículo 1.124 del Código Civil: «*La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe*».

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo.

Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria».

(103) ALBALADEJO, M., *La donación*, cit., págs. 718-719; CRISTÓBAL MONTES, Á., *ob. cit.*, pág. 719; NIETO ALONSO, A., *ob. cit.*, pág. 111; FERNÁNDEZ ARROYO, M., *ob. cit.*, pág. 1818. Discrepan DOMÍNGUEZ RODRIGO, L. M., *ob. cit.*, pág. 105; DE LOS MOZOS, J. L., *ob. cit.*, págs. 336-337, y GRAMUNT FOMBUENA, M. D. (*ob. cit.*, pág. 2215), para quien «el recurso al expediente jurídico de la resolución se importa de la doctrina italiana».

(104) Artículo 793: *Donazione modale*: «*La donazione può essere gravata da un onere*».

Il donatario è tenuto all'adempimento dell'onere entro i limiti del valore della cosa donata.

Per l'adempimento dell'onere può agire, oltre il donante, qualsiasi interessato, anche durante la vita del donante stesso.

La risoluzione per inadempimento dell'onere, se preveduta nell'atto di donazione, può essere domandata dal donante o dai suoi eredi».

ley, salvo para la ingratitud y la supervivencia/superveniencia de hijos). Cuando el donante ejercita la acción revocatoria no lo hace porque, ante la nueva situación (incumplimiento de la carga por parte del donatario), haya cambiado su voluntad, sino porque, precisamente, desea mantener las cosas tal como fueron pactadas, por lo que si el donatario no cumple aquello a lo que se comprometió, puede modificar su posición inicial (esto es, revocar) y deshacer el contrato (105).

De ahí que la revocación no opere *ex lege* o *de pleno derecho*, tal como lo expresa también el Código Civil francés (106), sino a petición del donante (107). A él le corresponde, por tanto, demostrar el incumplimiento del modo (108). La revocación, además, debe ejercitarse judicialmente. El incumplimiento de la carga por parte del donatario origina el nacimiento de una acción a favor del donante para solicitar la revocación judicial.

Pero, como se ha destacado anteriormente, la facultad de revocar no se condiciona legalmente a que el donante haya exigido previamente el cumplimiento de la carga incumplida (109). Esto significa, por tanto, que, incumplida la obligación por parte del donatario, el donante puede solicitar directamente la revocación, sin que sea preciso haber solicitado antes el cumplimiento. Ahora bien —como dicen PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (110)—, dado que para poder revocar hay que demostrar el incumplimiento del donatario, éste a veces sólo se da si antecede un requerimiento. Con términos parecidos, el profesor ALBALADEJO (111) puntualiza que, para poder revocar,

(105) ALBALADEJO, M., *La donación*, cit., pág. 720. En contra, DOMÍNGUEZ RODRIGO, L. M. (*ob. cit.*, pág. 79), para quien se trata de revocación en sentido restringido «debida a un cambio de voluntad del donante mediante el ejercicio de una potestad reconocida por la ley». Para este autor puede hablarse de «una mutación presunta del *animus donandi* que la ley autoriza a traducir en cambio de voluntad respecto de la liberalidad».

(106) Artículo 956: «*La révocation pour cause d'inexécution des conditions, ou pour cause d'ingratitude, n'aura jamais lieu de plein droit*».

(107) Así se desprende del artículo 647 del Código Civil, cuando dice «*revocada a instancia del donante*».

(108) Por esto, sólo en el caso de que donante y donatario hayan establecido el incumplimiento de la carga como condición resolutoria de la donación, tendrá lugar la resolución automáticamente. Pero, en tal caso, no estamos en puridad ante la resolución por incumplimiento de una carga en la donación, sino ante la resolución por incumplimiento de una condición final.

(109) Díez-PICAZO, L./GULLÓN BALLESTEROS, A., *ob. cit.*, pág. 317; también ALBALADEJO, M., *La donación*, cit., pág. 761; DE LOS MOZOS, J. L., *ob. cit.*, págs. 337, 339 y 343; DOMÍNGUEZ RODRIGO, L. M., *ob. cit.*, pág. 104. No se exige, por tanto, que se haya constituido en mora, a diferencia de lo que sucede en el Derecho argentino: «*Cuando el donatario ha sido constituido en mora respecto a la ejecución de los cargos o condiciones impuestas a la donación, el donante tiene acción para pedir la revocación de la donación*» (art. 1.849 CC). En contra, DURÁN RIVACOBÁ, R. (*ob. cit.*, págs. 318-319), quien sostiene el carácter previo de la pretensión de cumplimiento forzoso.

(110) *Ob. cit.*, pág. 139.

(111) ALBALADEJO, M., *La donación*, cit., pág. 764.

no resulta imprescindible requerir el cumplimiento al donatario siempre que, sin tal requerimiento, pueda demostrarse la «voluntad rebelde» a cumplir la carga (112). Luego, si el donante no puede demostrar la voluntad rebelde del donatario, deberá requerirle previamente para poder revocar.

Por lo general, se afirma que el incumplimiento que puede dar lugar a la revocación es aquél del que el donatario sea responsable (113), esto es, imputable (voluntario o culpable) (114). Se ha matizado, sin embargo, que no es tanto que se precise un incumplimiento imputable al donatario, como que «haya dejado de cumplir» el gravamen sin causa legítima. En consecuencia, el donante no debe demostrar la existencia de una voluntad contraria al cumplimiento del modo o el hecho obstativo del mismo, sino que el donatario no ha cumplido lo ordenado modalmente sin razón que lo justifique legítimamente (115). En coherencia con ello, la imposibilidad sobrevenida de la prestación modal libera al donatario gravado (*ad impossibilia nemo tenetur*) (116).

(112) Pues dicha «voluntad rebelde» al cumplimiento (junto con la posibilidad de la prestación) es la que exige la jurisprudencia para poder resolver un contrato sinalagmático con base en el artículo 1.124 del Código Civil; y su prueba se logra con el requerimiento previo de cumplimiento.

(113) Entre otras, STS de 12 de noviembre de 1990 (RJ 8698. Ponente: Excmo. Señor don Jaime SANTOS BRIZ), en la que se dejó claro que *no puede hablarse de incumplimiento del modo cuando dicho incumplimiento no es imputable al donatario, sino a la vigencia de disposiciones imperativas*. El donante donó un edificio al Ayuntamiento de Zazuar (Burgos) para su destino como Grupo Escolar, con el fin de que se impartiera instrucción primaria a los niños de ambos sexos. Años más tarde, el biznieto del donador, ya fallecido, pretendió revocar la donación porque, aunque los niños más pequeños seguían su formación en dicho edificio, los alumnos del ciclo superior de enseñanza general básica acudían a otro centro (tal como ordenaban las normas del Ministerio de Educación y Ciencia).

(114) Por todos, DIEZ-PICAZO, L./GULLÓN BALLESTEROS, A., *ob. cit.*, pág. 317; ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, II, cit., pág. 616; *La donación*, cit., pág. 762. Además, el incumplimiento se presume culpable *iuris tantum*, por aplicación del principio que rige el artículo 1.183 del Código Civil. GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M. (Tema 8, «La donación», en *Instituciones de Derecho Privado*, T. III, *Obligaciones y Contratos*, vol. 2.º, coordinado por V. L. SIMÓ SANTONJA, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pág. 903), dice que, en todo caso, debe imperar la libérrima voluntad del donante, quien ha podido configurar como incumplimiento susceptible de revocación, el procedente de caso fortuito o fuerza mayor. El Código Civil argentino regula la cuestión expresamente en su artículo 1.850: «*El donante puede demandar la revocación de la donación por causa de inexecución de las obligaciones impuestas al donatario, sea cual fuere la causa de la falta de cumplimiento de esas obligaciones, y aunque la ejecución haya llegado a ser imposible a consecuencia de circunstancias completamente independientes de la voluntad del donatario, salvo el caso en que la imposibilidad haya sobrevenido antes que él se hubiese constituido en mora*».

(115) DOMÍNGUEZ RODRIGO, L. M., *ob. cit.*, pág. 105. Por esto, dice que dejar de cumplir el modo mediando justa causa es excepción hábil al ejercicio de la acción de revocación (pág. 80). Tampoco basta el mero retraso para poder revocar (pág. 103).

(116) Salvo que, como ya dijimos, quepa una prestación similar a la debida, por aplicación analógica de lo dispuesto para el modo testamentario.

Y, lo mismo sucede si el cumplimiento se ha tornado extraordinariamente difícil (*causa difficultatis*) o, incluso, perjudicial.

En estos casos, el Código Civil francés permite que el donatario solicite la revisión de la carga por la aplicación de la cláusula implícita en todo contrato de que *rebus sic stantibus*. Artículo 900.2 del *Code civil*: «*Tout gratifié peut demander que soient révisées en justice les conditions et charges grevant les donations ou legs qu'il a reçus, lorsque, par suite d'un changement de circonstances, l'exécution en est devenue pour lui soit extrêmement difficile, soit sérieusement dommageable*».

Por otra parte, el modo incumplido que da lugar a la revocación debe tener alguna *entidad*, esto es, debe ser *básico* o *esencial* (117), al igual que el incumplimiento que, con base en el artículo 1.124 del Código Civil, puede dar lugar a la resolución del contrato (118).

A su vez, si el donatario incumplió parcialmente se entiende que cabe la revocación parcial (119). Esto, porque, como señala DOMÍNGUEZ RODRIGO (120), si la revocación de lo donando excede del perjuicio sufrido por la frustración de la obligación modal parcialmente cumplida, se produciría un enriquecimiento injusto en el donante. De ahí que los efectos de la revocación deban guardar conexión con el grado de incumplimiento del modo.

Ahora bien, en los casos de cumplimiento parcial puede resultar de aplicación el primer párrafo del artículo 798 del Código Civil (121), en el sentido

(117) Si lo que se incumple es accesorio (o secundario o complementario) hay cumplimiento parcial y el donante no puede revocar, sino solicitar que se perfeccione lo mal hecho o que se cumpla lo secundario (ALBALADEJO, M., *La donación*, cit., pág. 767).

(118) Vid. FERNÁNDEZ ARROYO, M., *ob. cit.*, pág. 184, y su comentario a la STS de 11 de febrero de 1995 (RJ 1050. Ponente: Excmo. Señor don Francisco MORALES MORALES): Los donatarios habían asumido, en marzo de 1989, la obligación de cuidar y asistir a los donantes, residentes en la isla de Formentera, tanto en la salud como en la enfermedad; pero, a los ocho meses, regresaron a su domicilio originario, en la isla de Ibiza, dejando de cumplir el modo impuesto. Formulada la demanda por los donantes exigiendo la revocación de lo donado, los donatarios pretendían que no prosperara, alegando haber incurrido en un «pequeño incumplimiento de las obligaciones de cuidado y asistencia». La sentencia, en cambio, declara que habían incumplido «de modo definitivo y de forma total y absoluta».

(119) DE LOS MOZOS, J. L., *ob. cit.*, pág. 336, quien sigue al profesor LACRUZ: «cuando la carga se ejecuta parcialmente, cabe pensar que es posible la resolución parcial. A su vez, el donante puede limitar su acción rescisoria sólo a una parte de la cosa donada, cuando el resto ha sido empleado conforme a sus intereses». Así, por ejemplo, si se dona un terreno para construir un conjunto de edificios necesarios para una parroquia y sólo se emplea la mitad de su superficie, cabría la revocación de la otra mitad. Últimamente también NIETO ALONSO, A., *ob. cit.*, págs. 99-107.

(120) *Ob. cit.*, pág. 97. En el mismo sentido, Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Estudios...*, cit., pág. 18.

(121) Artículo 798.1 del Código Civil: «*Cuando, sin culpa o hecho propio del heredero o legatario [donatario], no pueda tener efecto la institución o el legado de que trata el artículo precedente [sub modo] en los mismos términos que haya ordenado el testador [donante], deberá cumplirse en otros, los más análogos y conformes a su voluntad*».

de que si el cambio de destino de los bienes no ha sido expresamente excluido por el donante y el cumplimiento análogo no resulta incompatible con el fin establecido, no cabría la revocación (122).

A) *La función normativa de la facultad revocatoria*

El reconocimiento de la facultad revocatoria persigue evitar que el donatario incumpla la carga impuesta. Si el donatario sabe que su incumplimiento le puede privar de lo donado, muy probablemente cumplirá. Por esto, la facultad revocatoria ofrece un rol persuasivo, que induce al donatario a cumplir (función suasoria). Si el donatario decide no cumplir, el ejercicio de la facultad revocatoria por el donante le sanciona su incumplimiento (*ius puniendi*), obligándole a devolver lo recibido (función sancionadora) (123).

Con ello, la acción revocatoria impide un enriquecimiento injustificado del donatario incumplidor, porque si el donatario incumple el modo, falta la causa de la atribución (124) (*condictio causa data causa non secuta*) (125). La acción revocatoria pretende, así, restablecer el equilibrio patrimonial frustrado tras el incumplimiento del donatario (126).

(122) FERNÁNDEZ ARROYO, M., *ob. cit.*, págs. 1817-1818; DE LOS MOZOS, J. L., *ob. cit.*, pág. 336.

(123) Esta doble función es afirmada por la mayor parte de la doctrina (por todos, ALBALADEJO, M., *La donación*, cit., pág. 723). Pero también se ha señalado que la facultad revocatoria persigue «una finalidad práctica, el logro de la expectativa de destino del donante», de forma que —dada la prohibición de ir contra los actos propios— la revocación analizada es una especie de «revocación fiduciaria» (DOMÍNGUEZ RODRIGO, L. M., *ob. cit.*, págs. 66 y 104-108).

(124) DE LOS MOZOS, J. L., *ob. cit.*, pág. 334.

(125) En el Derecho romano, el donante *sub modo* contaba con dicha acción para evitar el enriquecimiento injusto del donatario, conocida también como *condictio ob causam datorum* o *condictio ob rem dati re non secuta*, tendente a solicitar la devolución de lo donado. Con la *actio praescriptis verbis* podía obligar al donatario a cumplir la carga. Cfr. IGLESIAS, J., *Derecho Romano, Historia e Instituciones*, Ariel Derecho, Barcelona, 1992, págs. 178 y 655; ÁLVAREZ CAPEROCCHI, J. A. (*El enriquecimiento sin causa*, 3.ª ed., Comares, Granada, 1993, pág. 73), quien destaca que aquí no se trata de la entrega de lo que nunca se debió o de lo que ya estaba pagado, sino de una entrega válida, que posteriormente deja de estar justificada por una circunstancia externa al *debitum*. La inexistencia de causa para retener no es originaria, sino sobrevenida.

(126) DOMÍNGUEZ RODRIGO, L. M. (*ob. cit.*, págs. 80 y 104; también en págs. 77, 78, 80, 96, 99, 102, 104 y 107), quien señala que el artículo 647 del Código Civil es expresión del principio general de prohibición del enriquecimiento injusto (pág. 78); y afirma que «el modo constituye la medida y el grado del posible enriquecimiento injusto que la acción de revocación vendría a reparar, y no simplemente una “misura” enmarcada en la liberalidad que permite a ésta establecer las condiciones [...] de permanencia». Recogen también la idea del enriquecimiento injusto DE LOS MOZOS, J. L., *ob. cit.*, 337, y FERNÁNDEZ ARROYO, M., *ob. cit.*, pág. 1815.

B) *La legitimación revocatoria*

La cuestión relativa a la legitimación activa para solicitar la revocación no está regulada expresamente en el Código Civil (127). Está legitimado, claro está, el donante. Pero, además de él, puesto que la acción de revocación no es una acción personalísima, pueden entablarla también sus herederos (128). Por esto, la muerte del donante no transforma en pura la donación, que permanece modalizada con la carga (129).

En el Derecho romano era, sin embargo, una acción intransmisble y no podía ejercitarse por los herederos del donante, ni podía dirigirse contra los herederos del donatario (Código 8, 56, 10) (130). Así se interpretó también el

(127) A diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en la Compilación Navarra en su ley 162 (*Causas de revocación*): «No obstante lo establecido en la ley anterior, las donaciones inter vivos podrán ser revocadas por las causas expresamente establecidas por el donante o por el incumplimiento de cargas impuestas al donatario. Si éste no las hubiere cumplido a la muerte del donante, se entenderán remitidas si fueran a favor del donante, y las que sean a favor de terceras personas se considerarán como legados [...]». Por tanto, se declara activamente intransmisble la acción de revocación: si la carga impuesta a favor del propio donante no fue cumplida por el donatario, muerto aquél, se considera condonada, puesto que no puede exigirse; y si se estableció a favor de un tercero, su cumplimiento puede exigirlo éste, a quien se considera legatario.

(128) No está legitimado para revocar el tercero favorecido por el modo, pues éste no tiene ningún interés en pedir una revocación que implica la decadencia de la liberalidad y, con ello, la no ejecución definitiva del modo (TORRALBA, O. V., *ob. cit.*, pág. 299). Así lo regulan expresamente el Código Civil italiano en su artículo 793.3: «*La risoluzione per inadempimento dell'onere, se preveduta nell'atto di donazione, può essere domandata dal donante o dai suoi eredi*»; y el Código Civil argentino, en su artículo 1.852: «*El derecho de demandar la revocación de una donación por inejecución de las cargas impuestas al donatario, corresponde sólo al donante y a sus herederos, sea que las cargas estén impuestas en el interés del donante o en el interés de terceros, y que consistan ellas o no en prestaciones apreciables en dinero*».

(129) Así lo considera la mejor doctrina. Vid., por ejemplo, Díez-PICAZO, L./GULLÓN BALLESTEROS, A., págs. 318-319; DOMÍNGUEZ RODRIGO, L. M., *ob. cit.*, pág. 88; LASARTE, C., *ob. cit.*, pág. 165; GRAMUNT FOMBUENA, M. D., *ob. cit.*, pág. 2216; FERNÁNDEZ ARROYO, M., *ob. cit.*, pág. 1821; AMAT LLARI, E., «Comentario a la STS de 12 de noviembre de 1990: Donación modal. Diferencia entre condición y modo. Consecuencias de la calificación», en CCJC, núm. 25, enero-marzo, 1991, pág. 78; ROCA TRÍAS, E., *Contrato traslativo...*, cit., 2001, pág. 419. Señala esta autora que, aunque no prevista la transmisión a los herederos en el artículo 647 del Código Civil, cabe deducirla del artículo 653 del Código Civil, que la excluye para el caso de ingratitud.

(130) «*Mandamos en general, que permanezcan firmes e inalterables todas las donaciones hechas con arreglo a la ley, si no fuese hallado ingrato para el donador [...] o de ninguna manera hubiere querido cumplir algunas convenciones, ora impuestas a la donación en las escrituras, ora establecidas sin escritura, que prometió el que aceptó la donación. Porque solamente por estas causas, si en juicio hubieren sido probadas [...] permitimos que se revoquen también las donaciones [...]. Pero disponemos que esto rija solamente para las primeras personas, sin que se haya de conceder licencia alguna a los sucesores del donador para incoar tales querellas. Porque si calló el que sufrió estas cosas, su silencio subsistirá siempre, y no se permitirá que por su posteridad se suscite cuestión o contra el mismo que se dice que es ingrato, o contra los sucesores de éste*».

tratamiento que recogió el Fuero Real (3, 12, 1) (131) y que, sin embargo, no pasó a Las Partidas (5, 4, 6).

No obstante, el Tribunal Supremo ha denegado la legitimación a los herederos del donante y la declara activamente intransmisibile por entender expirada la reclamación (*vindictam spirans*) o exige que prueben que el donante *quiso revocar pero no pudo hacerlo* (132), como sucede en la revocación por ingratitud (133).

Efectivamente, la jurisprudencia más antigua proclamó su carácter personalísimo, sentando su intransmisibilidad a los herederos (STS de 3 de diciembre de 1928) (134). Más tarde, declaró que la acción es transmisible a los herederos si el donante quiso ejercitarla y no pudo hacerlo (STS de 16 de mayo de 1957) (135). Dice el Tribunal Supremo que si habiendo podido revocar, el donante no lo ha hecho, «*en este proceder existe una renuncia tácita que los sucesores deben respetar*» (STS de 11 de diciembre de 1975) (136). La jurisprudencia se fija en la posibilidad de ejercicio de la acción por parte del donante. Si, pudiendo, no la ejercitó (porque no quiso), no se transmite a sus herederos. Si queriendo ejercitarla, no pudo hacerlo, se transmite. En puridad, para el Alto Tribunal no se transmite la *acción*, sino su *ejercicio* ya pretendido por el donante, aunque éste no se haya traducido aún en pretensión procesal (137).

(131) «[...] o si gelo dio por alguna cosa facer, y non la fizo, por aquestas cosas, o por cada una dellas el que dió la cosa, puedala toller a aquel a qui la dio: pero si gelo él no quisiere toller, sus herederos non gela puedan toller, ni demandar, pues que aquel que gela dió no gela quiso toller». Para ALBALADEJO, M. (*La donación*, cit., pág. 731), este texto significa que la acción sí se transmite si el donante quiso revocar o si no se pronunció en torno a la revocación, de forma que lo único personalísimo es la *voluntad de no querer revocar del donante*.

(132) Ver el análisis de la jurisprudencia que hace ALBALADEJO, M., *La donación*, cit., págs. 731-744.

(133) Respecto de la concedida al donante por causa de ingratitud, dice el artículo 653.1 del Código Civil: «*No se transmitirá esta acción a los herederos del donante si, éste, pudiendo, no la hubiese ejercitado*».

(134) La donante donó a favor de la donataria diferentes bienes con el modo de que ésta debía vivir en su compañía y suministrarle a ella y a su esposo lo necesario, asistiéndoles también en una eventual enfermedad. Fallecida la donante, el marido demandó a la donataria, por haber vivido siempre alejada de ellos y sin atenderles ni prestarles auxilios. El Tribunal Supremo dijo que «*la acción para reclamar la nulidad o revocación de una donación de las llamadas a “cierta postura”, por falta de cumplimiento de la condición, es personalísima del donante*» y que, en consecuencia, el marido carecía de acción, pues «*la acción para revocar no se transmitirá a los herederos del donante si éste, pudiendo, no la hubiese ejercitado*» (DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Estudios sobre la Jurisprudencia civil*, vol. 2.º, Tecnos, Madrid, 1966, págs. 13-15).

(135) RJ 1971. DOMÍNGUEZ RODRIGO, L. M., *ob. cit.*, pág. 86.

(136) RJ 4364. Esta jurisprudencia es seguida por TORRALBA, O. V., *ob. cit.*, págs. 324 y 297-300.

(137) DOMÍNGUEZ RODRIGO, L. M., *ob. cit.*, pág. 87. Señala este autor que éste es un *criterio subjetivo* (transmisibilidad de haber existido la expresión volitiva del donante de iniciar la acción: *si quiso*) que casa mal con el *criterio objetivo* de la posibilidad o

Pero, aun en este caso, se lo pone difícil a los herederos, pues deben probar lo que impidió al donante interponer la demanda, así como los actos reveladores de su voluntad de revocar. Por esto, afirma ALBALADEJO que tal posición supone negar que el heredero suceda en la facultad de revocación e, implica, por tanto, considerarlo un mero ejecutor de la revocación ya decidida por su causante (138).

Esta consideración —dice ALBALADEJO (139)— resulta equivocada porque la ley no excluye explícitamente la transmisibilidad de la acción de revocación por incumplimiento de cargas.⁴

Este autor ha ofrecido distintos argumentos para fundar su opinión. En su Manual (140) considera que la transmisibilidad se apoya: 1.º Argumento *a contrario* sobre el artículo 653 del Código Civil (141), que declara intransmisible la acción revocatoria por causa de ingratitud; luego no declara intransmisible la acción revocatoria por incumplimiento de cargas. 2.º A falta de disposición especial, la donación se rige por las reglas generales de los contratos (art. 621 CC) (142), a cuyo tenor las acciones nacidas de ellos son transmisibles.

Sin embargo, en su estudio monográfico sobre la donación (143) considera de aplicación el artículo 653.1 del Código Civil y, en consecuencia, limita la transmisibilidad a que el donante quisiera y no pudiera ejercitar la acción. Sus argumentos son: 1.º La identidad del caso con el de la revocación por ingratitud. 2.º La unidad de regulación de ambas causas de revocación que se desprende del texto de la ley. 3.º El Derecho histórico y, en concreto, lo dispuesto en el Fuero Real. 4.º La jurisprudencia, que aplica dicho artículo al caso que nos ocupa. Sostiene, pues, que esta regulación propia de la revocación por incumplimiento de cargas (que se encuentra en el espíritu del art. 653 CC) excluye la aplicación de las reglas generales que, a falta de disposición específica, harían transmisible en todo caso la acción a los herederos (144).

no de su ejercicio: *pero no pudo*. Se muestra partidario de un criterio puramente objetivo, como el del Código de las Obligaciones suizo que dispone en su artículo 251.2: «*Si le donateur décède avant l'expiration de l'année [plazo durante el cual se puede ejercitar la acción], son action passe à ses héritiers, que peuvent l'intenter jusqu'à la fin de ce délai*»; y 3. «*Les héritiers peuvent révoquer la donation lorsque le donataire, avec préméditation et d'une manière illicite, a causé la mort du donateur ou a empêché ce dernier d'exercer son droit de révocation*».

(138) ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil*, II, cit., pág. 617.

(139) ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil*, II, cit., pág. 617.

(140) *Derecho Civil*, II, cit., pág. 618.

(141) Artículo 653 del Código Civil: «*No se transmitirá esta acción a los herederos del donante, si éste, pudiendo, no la hubiese ejercitado*.

Tampoco se podrá ejercitar contra el heredero del donatario, a no ser que a la muerte de éste se hallase interpuesta la demanda».

(142) Artículo 621 del Código Civil: «*Las donaciones que hayan de producir sus efectos entre vivos, se regirán por las disposiciones generales de los contratos y obligaciones en todo lo que no se halle determinado en este título*».

(143) *La donación*, cit., págs. 746 y 747.

(144) *La donación*, cit., págs. 747-748.

Por tanto, debe afirmarse que la acción revocatoria es transmisible. Ahora bien, la decisión de *no revocar* tomada por el donante o su propósito de no hacerlo impide que la acción la interponga el heredero (145). Es decir, la acción no se transmite a los sucesores si el donante no quiso ejercitarla; y, además, se presume que si *pudiendo* revocar no lo hizo es que *no quiso* hacerlo. Esta presunción se destruye mediante cualquiera de estas dos pruebas: la prueba de que el donante *sí quiso revocar*, que enerva directamente la presunción de que no quiso revocar; y la prueba de que *no pudo revocar*, que enerva también, pero indirectamente, dicha presunción, puesto que si se demuestra que no pudo revocar carece de base la presunción de que no quiso. Por esto, en rigor, es suficiente con que se pruebe una de estas dos circunstancias para que opere la transmisión hereditaria (146).

Dice ALBALADEJO (147) que la prueba de que el donante *quiso revocar* demuestra que tuvo tal voluntad revocatoria. Dicha voluntad pudo exteriorizarla expresa o, incluso, tácitamente. Debe probarse la decisión de revocar, pero cabe también probar el propósito de hacerlo. Si se demuestra dicha voluntad, no es preciso demostrar también que no se pudo hacer. La prueba de que el donante *no pudo revocar* es la prueba de que no pudo interponer judicialmente la acción desde que se tomó la decisión de hacerlo.

Conclusión: la acción de revocación es transmisible cuando conste que el donante quería revocar o que no pudo hacerlo; y esto último sucede cuando, por ejemplo, el donante fallece antes de incumplirse el modo (148).

C) *La renuncia a la acción revocatoria*

A falta de expresa regulación legal, se plantea la cuestión de si el donante puede renunciar a la acción de revocación por incumplimiento de cargas (149).

(145) ALBALADEJO, M., *ob. cit.*, págs. 725-726, recogiendo así, en su opinión, el espíritu del Fuero Real. Señala este autor que si el donante murió y, es tras su muerte cuando el donatario incumple la carga, no hay *transmisión* de la acción revocatoria a los herederos, pero éstos pueden ejercitarla, salvo que conste que el donante no deseaba revocar aunque el donatario incumpliera.

(146) ALBALADEJO, M., *La donación*, cit., pág. 745. Por esto, dice este autor que la norma debería decir: «No se transmitirá esta acción a los herederos del donante si éste no quiso ejercitarla. Se presume que no quiso, si, pudiendo, no la hubiese ejercitado».

(147) *La donación*, cit., págs. 748-750.

(148) Por esto, señalan los profesores Díez-PICAZO y GULLÓN (*ob. cit.*, pág. 318) que si la carga no ha de cumplirse en vida del donante, los herederos deberán ser titulares de la acción de revocación, pues, de lo contrario, se dejaría al arbitrio del donatario el cumplimiento. Cfr. STS de 20 de julio de 2007 (*RJ* 240335).

(149) En cambio, la ley declara irrenunciable la acción de revocación por supervivencia o supernacencia de hijos (art. 646.2.º CC); e irrenunciable anticipadamente la acción de revocación por ingratitud (art. 652 CC).

No cabe duda de que, tras el incumplimiento de la carga por parte del donatario, el donador puede renunciar a su acción, como a cualquier otro derecho. El punto más problemático es si cabe su renuncia anticipada, esto es, si cabe donar con una carga, renunciando al tiempo a la posibilidad de revocar por su incumplimiento.

El profesor ALBALADEJO (150) ofrece una respuesta positiva y dice que cabe renunciar a la acción *anticipadamente*, estipulándolo al otorgar el contrato de donación. La posibilidad de tal renuncia se basa en que no choca con ninguna norma imperativa y se apoya en el principio de la autonomía de la voluntad (art. 1.255 CC) (151); en el artículo 6.2 del Código Civil (152); en el artículo 652 del Código Civil interpretado *a contrario* (153); y, en definitiva —dice—, porque quien puede efectuar una donación, sin imponer carga alguna al donatario, puede también imponérsela, renunciando a la vez al derecho del que carecería si no la hubiera impuesto.

Sin embargo y, pese a tales argumentos, parece que si se admite la posibilidad de la renuncia anticipada a la acción de revocación, la carga impuesta a la donación quedaría totalmente desvirtuada y transformada en un *modus simplex*, esto es, en una mera recomendación o consejo, cuyo incumplimiento produce efectos estrictamente morales. Si el modo impuesto al donatario no es vinculante (*modus qualificatus*), la donación efectuada es una donación pura (154). Tal es la calificación que merece la donación cuando, fijado un modo, se renuncia con anticipación a la acción revocatoria: es una donación pura y no modal.

(150) ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil*, II, cit., pág. 616; *La donación*, cit., pág. 724.

(151) Artículo 1.255 del Código Civil: «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público».

(152) Artículo 6.2 del Código Civil: «La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros».

(153) Artículo 652 del Código Civil: «La acción concedida al donante por causa de ingratitud no podrá renunciarse anticipadamente. Esta acción prescribe en el término de un año, contado desde que el donante tuvo conocimiento del hecho y posibilidad de ejercitar la acción». En esta línea, dicen los profesores Díez-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS (*ob. cit.*, pág. 318) que es discutible el paralelismo entre la ingratitud, que afecta de forma íntima y personal al donante; y el incumplimiento de cargas, con un matiz más objetivo y externo a él; y que, por esto, la STS de 16 de diciembre de 1992 (RJ 10499. Ponente: Excmo. Señor don Antonio GULLÓN BALLESTEROS) permitió la renuncia anticipada a la acción de revocación por incumplimiento de cargas.

(154) En este sentido, DOMÍNGUEZ RODRIGO, L. M., *ob. cit.*, pág. 104.

D) *El plazo de la acción revocatoria*

La acción de revocación por incumplimiento de cargas carece de un plazo legal concreto de duración. Esto ha llevado a algunos a pensar que se trata de una acción imprescriptible (155). Sin embargo, no parece plausible que la propiedad del donatario pueda quedar indefinidamente sujeta a la posibilidad de una revocación *ad nutum* del donante. Por esto, la mayor parte de la doctrina se inclina por la necesidad de fijar un plazo.

En principio, cabría sostener que la ausencia de regulación legal del plazo concreto de la acción analizada debe llevar a concluir que su duración es la quinquenal prevista en el artículo 1.964 del Código Civil (156). Pero, se ha objetado a dicha afirmación (157)—y con razón— que el plazo de dicho artículo es de prescripción y no de caducidad; y que el espíritu de la ley es que la acción de revocación por incumplimiento de cargas esté dotada de un plazo de corta duración (158), para evitar una prolongación innecesaria de una situación de pendencia (159).

Por esto, tradicionalmente, se ha entendido que, puesto que se trata de dejar sin efecto una situación jurídica creada, debería aplicarse, por analogía (*eadem ratio*), el plazo cuatrienal de caducidad propio de las acciones rescisorias (art. 1.299 CC) (160) (161). Pero la aplicación de tal plazo se ha justificado también por la falta de desarrollo del Código Civil, que, acudiendo a los principios generales del Derecho de Obligaciones, lleva a considerar que la donación modal es un supuesto especial de contrato oneroso y que

(155) ATAZ LÓPEZ, J., «Comentario a la STS de 7 de mayo de 1993: Donación de inmuebles con causa onerosa. Nulidad por defectos de forma. Actos propios», en *CCJC*, núm. 32, 1993, pág. 576. También AMAT LLARI, E. (*ob. cit.*, pág. 78), si se trata de modo determinante (pues si es modo accesorio quedaría sometido al plazo de un año previsto para la revocación por causa de ingratitud), evitando, así, que «los donatarios puedan burlar fácilmente la voluntad del donante a poco que éste no sepa reaccionar con celeridad».

(156) Artículo 1.964 del Código Civil: «La acción hipotecaria prescribe a los veinte años, y las personales que no tengan señalado término especial de prescripción a los quince».

(157) ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, II, cit., pág. 617; *La donación*, cit., pág. 757.

(158) Como sucede con el plazo quinquenal previsto para el caso de revocación por supervivencia o superveniencia de hijos del artículo 646 del Código Civil; o con el anual para la revocación por causa de ingratitud del artículo 652 del Código Civil; e, incluso, con el plazo cuatrienal para la impugnación de los contratos del artículo 1.301 del Código Civil.

(159) Así se pone de manifiesto en la STS de 11 de marzo de 1988 (*RJ* 1960. Ponente: Excmo. Señor don Gumersindo BURGOS PÉREZ DE ANDRADE).

(160) Artículo 1299.1 del Código Civil: «La acción para pedir la rescisión dura cuatro años».

(161) Así lo ha entendido un sector doctrinal: Díez-PICAZO, L./GULLÓN BALLESTEROS, A., *ob. cit.*, pág. 318; LASARTE, C., *ob. cit.*, pág. 165; TORRALBA SORIANO, O. V., *ob. cit.*, pág. 301; GONZÁLEZ-MENESES, M., *ob. cit.*, pág. 907; DE LOS MOZOS, J. L., 340; ROCA TRÍAS, E., *Contrato traslativo...*, cit., 2001, pág. 419.

el artículo 647.1 del Código Civil es una suerte de especificación del artículo 1.290 del Código Civil: «*Los contratos válidamente celebrados pueden rescindirse en los casos establecidos por la ley*» (162).

No obstante, últimamente, algunos autores (163) consideran que debe aplicarse el brevísimo plazo de un año de la acción de revocación por causa de ingratitud (art. 652 CC) (164).

Así lo ha sostenido alguna sentencia al señalar que «*este criterio mayoritario de los cuatro años está razonablemente superado por la doctrina más progresista, que lo reduce a un solo año, con base en argumentos más armónicos dentro de la propia regulación que el Código hace del instituto de las donaciones*» (165).

En esta corriente se sitúa el profesor ALBALADEJO (166), para quien, en puridad, no es que haya un vacío en la regulación del plazo en el artículo 647 del Código Civil, sino que le alcanza el del artículo 652 del Código Civil. Por esto, el artículo 652 del Código Civil no se aplica por analogía, sino que su *espíritu* alcanza a la revocación por incumplimiento de cargas. 1.º Por la igualdad esencial entre ambas causas de revocación. 2.º Por el tratamiento conjunto de ambas revocaciones que contenía el Fuero Real. 3.º Por la unidad que constituyen los artículos 647.1 y 648.1, dada su contigüidad y análoga redacción, que implica unidad de regulación de la acción de revocación (167).

En todo caso, debe resaltarse que el plazo de la acción de revocación por incumplimiento de cargas no es de prescripción, sino de caducidad (168).

(162) DOMÍNGUEZ RODRIGO, L. M., *ob. cit.*, pág. 100.

(163) ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, II, cit., pág. 617; *La donación*, cit., págs. 754-758; ANDERSON, M., *ob. cit.*, pág. 392.

(164) Artículo 652 del Código Civil: «*La acción concedida al donante por causa de ingratitud no podrá renunciarse anticipadamente. Esta acción prescribe en el término de un año, contado desde que el donante tuvo conocimiento del hecho y posibilidad de ejercitar la acción*».

(165) STS de 11 de marzo de 1988 (RJ 1960. Ponente: Excmo. Señor don Gumersindo BURGOS PÉREZ DE ANDRADE). La sentencia declara caducada la acción de los herederos del donante de un terreno para establecer una penitenciaría privada para «jóvenes viciosos» que, cien años después, se destinó a actividades docentes. En todo caso, la sentencia destaca que la acción está caducada, ya se entienda que su plazo es uno o cuatro años.

(166) ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, II, cit., pág. 617; *La donación*, cit., pág. 757.

(167) ALBALADEJO, M., *La donación*, cit., págs. 757-758.

(168) Aunque los artículos 646 y 652 del Código Civil hablen de que la acción *prescribe*, el plazo es de caducidad. Por todos, ALBALADEJO, M., *La donación*, cit., págs. 760-761; GRAMUNT FOMBUENA, M. D., *ob. cit.*, 2219. En contra, algunos autores: DOMÍNGUEZ RODRIGO, L. M., *ob. cit.*, págs. 100 y 101; y DE LOS MOZOS, J. L., *ob. cit.*, pág. 344; y alguna sentencia, como la de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 25 de febrero de 2005 (RJ 117675. Ponente: Ilma. Señora doña Amparo RIERA FIOL), sobre la donación de una finca a un Ayuntamiento para destinarla a casa-habitación y dispensario para el médico titular, cuya carga fue incumplida por haber construido el consultorio en otro terreno, que señala que el plazo de ejercicio de la acción revocatoria es de prescripción y no de caducidad.

Porque si el donante no revoca en el plazo fijado no es que su derecho deje de estar protegido judicialmente (derecho prescrito), sino que su derecho se extingue por su falta de ejercicio en el tiempo. Es un derecho que, al no haber producido la modificación jurídica (derecho potestativo) a que estaba destinado, ha quedado frustrado, de forma que, al no haberse actuado tempestivamente, decae el nacimiento del derecho que constituía su razón de ser (derecho caducado).

En definitiva, entendemos que si se parte de que el plazo es de decadencia, la duración anual debe ser rechazada porque resulta difícil sostener que el legislador ha previsto un régimen unitario respecto de la revocación de las donaciones y, por esto, creemos que la aplicación de plazo tan breve resultaría asaz forzada (169). Nos inclinamos, por tanto, por la aplicación del plazo de cuatro años, propio de las acciones rescisorias, que es, además, el que sigue la jurisprudencia más reciente.

Así, la STS de 20 de julio de 2007 y la STS de 23 de noviembre de 2004 (170), en la que en un caso de incumplimiento del modo consistente en cuidar y asistir a la donante, se dice que «*es más defendible el plazo de cuatro años, por tratarse de un tipo de acción asimilable a la rescisión*».

El plazo de caducidad de la acción comienza a computarse desde el momento en que, incumplida la carga, tal circunstancia fue conocida por el donante (criterio objetivo) y éste pudo ejercitar la acción (criterio subjetivo). En este sentido, sí se puede considerar aplicable la norma prevista en el artículo 652 del Código Civil, *in fine*: «*Esta acción prescribe en el término de un año, contado desde que el donante tuvo conocimiento del hecho [del incumplimiento de la carga] y posibilidad de ejercitar la acción*» (171). *Dies a quo* que, *servata servanda*, constituye una especificación confirmadora del que resulta de los artículos 1.968 y 1.969 del Código Civil (172).

(169) Dice DE LOS MOZOS, J. L. (*ob. cit.*, págs. 340-341) que la aplicación del plazo anual «no sólo sería muy forzada, sino absolutamente irrazonable, al no existir analogía alguna entre la revocación por incumplimiento de cargas y la revocación por ingratitud». En este sentido, también DOMÍNGUEZ RODRIGO, L. M., *ob. cit.*, pág. 100; y recientemente, FERNÁNDEZ ARROYO, M., *ob. cit.*, págs. 1820-1821.

(170) RJ 240335 y RJ 7386, respectivamente.

(171) Así lo considera la doctrina (ALBALADEJO, M., *La donación*, cit., págs. 758-759; TORRALBA SORIANO, O. V., *ob. cit.*, pág. 301; DOMÍNGUEZ RODRIGO, L. M., *ob. cit.*, pág. 100) y la jurisprudencia: STS de 11 de marzo de 1988, RJ 1960: «[...] *el plazo empieza a correr desde que el donante (o sus causahabientes) tuvieron conocimiento del hecho del incumplimiento y posibilidad de ejercitar la acción*».

(172) El artículo 1968.2.º del Código Civil dispone que prescribe por el transcurso de un año: «*La acción para exigir responsabilidad civil por injuria o calumnia y por las obligaciones derivadas de culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1.902, desde que lo supo el agraviado*». El artículo 1.969 del Código Civil declara: «*El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse*».

Si en el contrato de donación no se había fijado el término de cumplimiento, el plazo de duración de la acción comenzará a contarse desde el momento en que la persona legitimada solicitara su cumplimiento.

Por último, hay que destacar que —según el Tribunal Supremo— la decadencia del plazo para ejercitar la acción revocatoria no excluye que se pueda solicitar el cumplimiento de la carga, si el plazo de la pretensión de cumplimiento no ha prescrito aún, lo que sucederá, por ejemplo, si se aplica el plazo supletorio quinquenal del artículo 1.964 del Código Civil (173).

Así se dijo en la STS de 6 de abril de 1999 (174), que admitió la acción de cumplimiento, tras el ejercicio extemporáneo de la acción de revocación: «[...] ejercitada la acción de revocación por incumplimiento, si ésta se desestima porque se entiende que no hay incumplimiento, ya no es posible acudir a la otra vía. Pero si ejercitada aquélla, la sentencia deja imprejuizada la cuestión del cumplimiento, es perfectamente posible acudir a la acción de cumplimiento, si aquélla otra ha prescrito».

E) *Los efectos de la donación revocada*

a) La restitución del bien donado y la ineficacia de las enajenaciones efectuadas por el donatario

La revocación efectuada por el donante significa dejar sin efecto la adquisición que se produjo en manos del donatario e, implica, por tanto, la pérdida de la transmisión de la propiedad producida (175). Dicha revocación tiene *efectos retroactivos (ex tunc)* y el bien donado debe ingresar en el patrimonio del donante (176). Dispone, así, el artículo 647.2 del Código Civil: «*En este caso*

(173) Resulta, en principio, anómalo, porque rompe la continencia de la figura, que la acción revocatoria esté sometida a un plazo de caducidad cuatrienal y que el donante cuente con una acción de cumplimiento coactivo quinquenal. Las exigencias intrínsecas de la donación modal se ligan a que, en caso de incumplimiento, entre en juego la acción revocatoria y no la acción de cumplimiento forzoso, que constituye una alternativa propia de las obligaciones bilaterales junto con la acción resolutoria. El problema reside, pues, en si se ha de admitir esta última acción; pero, si así se hace, no parece de recibo que su plazo sea distinto del de la acción revocatoria.

(174) RJ 2656. Ponente: Excmo. Señor don José ALMAGRO NOSETE. Los donantes habían donado a su hija la nuda propiedad de ciertos inmuebles con la carga de que ésta viviera con ellos, «asistiéndoles y cuidándoles»; obligación que no cumplió.

(175) MALUQUER DE MOTES BERNET, C. J., *ob. cit.*, pág. 2963. MEZQUITA DEL CACHO, J. L., (*ob. cit.*, pág. 23) habla de un «derecho de rescate» o «de recobro». También puede hablarse de «reversión» e, incluso, de «retrocesión».

(176) Curiosamente, si la revocación de la donación modal no se produce por el incumplimiento de la carga impuesta por el donante, sino por ingratitud o por supervenencia o superveniencia de hijos o descendientes, el donatario sólo queda obligado a devolver el exceso de valor de lo donado sobre la carga cumplida (así lo señala ALBALADEJO, M., *La donación*, cit., pág. 495; le sigue LLACER MATACÁS, M. R., *ob. cit.*, pág. 2770).

[si la donación se revoca], los bienes donados volverán al donante, quedando nulas las enajenaciones que el donatario hubiese hecho y las hipotecas que sobre ellos hubiese impuesto, con la limitación establecida, en cuanto a terceros, por la Ley Hipotecaria» (177). Este precepto establece una regla general y una excepción (178). La regla general es que el bien donado debe ser restituido al donante, siendo nula la enajenación que el donatario hubiera realizado o la hipoteca que sobre dicho bien se hubiera constituido. La excepción viene determinada por las limitaciones establecidas respecto de terceros en la Ley Hipotecaria. Por esto los actos llevados a cabo por el donatario se destruyen en perjuicio de tercero cuando éste no resulte protegido por la Ley Hipotecaria.

De ahí que, si los bienes donados eran inmuebles y la carga figura en la inscripción a favor del donatario, el adquirente o acreedor hipotecario no la pueden ignorar, de suerte que sufrirían los efectos de la revocación (art. 37.1 LH) (179) que, en realidad, no supone la nulidad de la adquisición o de la hipoteca, sino pérdida sobrevenida de eficacia por razón de la revocación del título del donatario (180).

Si los bienes donados eran muebles, la regla general que obliga a restituir el bien no parece contar, en principio, con excepción alguna, tal como está redactado el precepto. Sin embargo, la protección de la *bona fides* se impone también en materia mobiliaria, por lo que el efecto de la revocación se paraliza frente al adquirente de un bien mueble de buena fe y a título oneroso (181). Así resulta del artículo 464 del Código Civil (182).

(177) Precepto que tiene su origen en el Código Civil francés, cuyo artículo 954 dispone: «*Dans le cas de la révocation pour cause d'inexécution des conditions, les biens rentreront dans les mains du donateur, libres de toutes charges et hypothèques du chef du donataire; et le donateur aura, contre les tiers détenteurs des immeubles donnés, tous les droits qu'il aurait contre le donataire lui-même*».

(178) Díez-PICAZO, L./GULLÓN BALLESTEROS, A., *ob. cit.*, pág. 318.

(179) Artículo 37 LH: «*Las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo prevenido en esta Ley.*

Se exceptúan de la regla contenida en el párrafo anterior: [...] 2.º Las [acciones] de revocación de donaciones, en el caso de no cumplir el donatario condiciones [cargas modales] inscritas en el Registro».

(180) Díez-PICAZO, L./GULLÓN BALLESTEROS, A. (*ob. cit.*, pág. 318), quienes señalan que, por evidentes razones de analogía, la misma conclusión debe operar si se trata de cualquier otro derecho real distinto de la hipoteca. También ALBALADEJO, M., *La donación*, cit., pág. 770, nota 203. Por tanto, el tercer adquirente quedará amparado si cuando inscribió su adquisición no figuraba inscrita en el Registro de la Propiedad la carga que afectaba al bien inmueble donado. Sobre el acceso del modo al Registro de la Propiedad, vid. MEZQUITA DEL CACHO, J. L., *ob. cit.*, págs. 21-30.

(181) Cfr. ALBALADEJO, M., *La donación*, cit., pág. 770; y autores ahí citados; y Díez-PICAZO, L./GULLÓN, A., *ob. cit.*, pág. 318.

(182) Artículo 464 del Código Civil: «*La posesión de bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título. Sin embargo, el que hubiese perdido una cosa mueble o hubiese sido privado de ella ilegalmente, podrá reivindicarla de quien la posea.*

El Código Civil no regula específicamente el supuesto en que el bien donado no puede ser restituído al donante (por ejemplo, por haberse perdido por culpa del donatario o por estar legalmente en poder de tercero) o en que éste ha de soportar la carga impuesta por el donatario. Dicha ausencia de regulación permite aplicar las normas previstas para la revocación por ingratitud y por supervivencia o superveniencia de hijos (183).

Artículo 645 del Código Civil: *«Rescindida la donación por la supervivencia de hijos, se restituirán al donante los bienes donados, o su valor si el donatario los hubiere vendido.*

Si se hallaren hipotecados, podrá el donante liberar la hipoteca, pagando la cantidad que garantice, con derecho a reclamarla del donatario.

Cuando los bienes no pudiesen ser restituidos, se apreciarán por lo que valían al tiempo de hacer la donación».

Artículo 649 del Código Civil: *«Revocada la donación por causa de ingratitud, quedarán, sin embargo, subsistentes las enajenaciones e hipotecas anteriores a la anotación de la demanda de revocación en el Registro de la Propiedad.*

Las posteriores serán nulas».

Artículo 650 del Código Civil: *«En el caso a que se refiere el primer párrafo del artículo anterior, tendrá derecho el donante para exigir del donatario el valor de los bienes enajenados que no pueda reclamar de los terceros, o la cantidad en que hubiesen sido hipotecados.*

Se atenderá al tiempo de la donación para regular el valor de dichos bienes».

Por tanto, si el donatario no puede devolver los bienes al donante, deberá, pues, el valor que éstos tenían cuando se hizo la donación (*valor histórico*); y no su valor actual, o su valor al tiempo de la demanda de revocación (184) o la cantidad obtenida por su enajenación (185). Nótese que este criterio es

Si el poseedor de cosa mueble, perdida o sustraída, la hubiese adquirido de buena fe en venta pública, no podrá el propietario obtener la restitución sin rembolsar el precio dado por ella.

Tampoco podrá el dueño de cosas empeñadas en los Montes de Piedad establecidos con autorización del Gobierno obtener la restitución, cualquiera que sea la persona que la hubiese empeñado, sin reintegrar antes al Establecimiento la cantidad del empeño y los intereses vencidos.

En cuanto a las adquiridas en Bolsa, feria o mercado, o de un comerciante legalmente establecido y dedicado habitualmente al tráfico de objetos análogos, se estará a lo que dispone el Código de Comercio».

(183) Díez-PICAZO, L., *ob. cit.*, págs. 318 y 315.

(184) Como establece el Derecho italiano para la revocación por ingratitud o superveniencia de hijos (art. 807.2 del *Codice Civile*).

(185) Como sucede en el Derecho portugués en la revocación por ingratitud del donatario (art. 978.3 del Código Civil).

distinto del que sigue actualmente el Código Civil en materia de donaciones colacionables, pues el legitimario debe traer a la masa hereditaria el *valor actual* que tienen las cosas donadas en el estado que tenían entonces (186). Aunque el criterio del valor histórico se corresponde exactamente con el valor perdido por el donante cuando donó, no parece —dice DÍAZ ALABART (187)— que sea el criterio más justo, pues, al igual que sucede en las donaciones colacionables, el donatario debería devolver el valor de lo que el donante tendría ahora si no hubiera efectuado la donación (valor actual). Sin embargo, el tenor de la norma es concluyente y no cabe una interpretación distinta.

Además, es importante señalar que, puesto que se trata de una *deuda de valor* (188), el donatario deberá el importe actualizado del valor que el bien donado tenía en el momento en que se efectuó la donación: el *valor histórico actualizado*.

b) La liquidación del estado posesorio

La liquidación del estado posesorio respecto de los frutos está prevista en el artículo 651.2 del Código Civil: «*Si la revocación se fundare en haber dejado de cumplirse alguna de las condiciones impuestas en la donación, el donatario devolverá, además de los bienes, los frutos que hubiese percibido después de dejar de cumplir la condición*». Por tanto, revocada la donación, el donatario debe devolver, junto al bien donado, los frutos que haya percibido desde que dejó de cumplir la carga (frutos percibidos).

(186) Así lo dispone el artículo 1.045 del Código Civil, desde la modificación introducida por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio: «*No han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas, sino su valor al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios*».

El aumento o deterioro físico posterior a la donación y aun su pérdida total, casual o culpable, será a cargo y riesgo o beneficio del donatario».

La redacción originaria del precepto transcrito recogía, sin embargo, el criterio del valor histórico: «*No han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas o dadas en dote sino el valor que tenían al tiempo de la donación o dote, aunque no se hubiese hecho entonces su justiprecio*».

El aumento o deterioro posterior, y aún su pérdida total, casual o culpable, será a cargo y riesgo o beneficio del donatario». Vid., al respecto, las interesantes reflexiones de LACRUZ BERDEJO, J. L. (y otros), *Elementos de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones*, 5.^a ed., J. M. Bosch, Barcelona, 1993, págs. 157-158; y de DÍAZ ALABART, S., *La donación*, cit., págs. 687-690.

(187) *La donación*, cit., pág. 688.

(188) Así lo han dicho expresamente Díez-PICAZO, L./GULLÓN BALLESTEROS, A., *ob. cit.*, pág. 315, nota 11; FERNÁNDEZ ARROYO, M., *ob. cit.*, pág. 1819, nota 73; y DÍAZ ALABART, S., *La donación*, cit., pág. 688.

Para Díez-PICAZO y GULLÓN (189), la obligación de devolver no alcanza a los frutos percibibles no percibidos; y esto revela que el donatario recibe el tratamiento de un poseedor de buena fe al que se interrumpe legalmente la posesión (art. 451.1 CC) (190), y no el de un poseedor de mala fe, pues no le obliga a devolver «*los frutos percibidos y los que el poseedor legítimo [el donante o sus herederos] hubiera podido percibir*» (art. 455 CC) (191).

Sin embargo, para ALBALADEJO, la cuestión de si se deben o no los *fructus percipiendi* es dudosa —pues el art. 651.2 del Código Civil no los menciona—, pero señala que considerar que no debe devolverlos no significa que el donatario reciba el tratamiento de un poseedor de buena fe, sino que se le trata con menos rigor que al poseedor de mala fe ordinario (192). Según este autor, el espíritu del Código Civil es reputar al donatario incumplidor como un poseedor de mala fe, porque posee un bien sin cumplir la carga impuesta por haberlo recibido; y porque la ley le obliga a devolver los frutos, mientras que el poseedor de buena fe los hace suyos (art. 451.1 CC) (193).

La cuestión tiene más importancia de la que a primera vista puede parecer y dista de ser clara, pues que el donatario reciba el tratamiento de un poseedor de buena fe o de mala fe tiene claras consecuencias en la liquidación de otras partidas distintas de los frutos, como son las de gastos necesarios y mejoras, así como respecto del deterioro o destrucción de la cosa (194).

En otro orden de ideas, el donatario no está obligado a restituir el *valor* que le proporcionó la cosa donada, sino sólo los rendimientos (frutos) que realmente obtuvo de aquélla (195).

Si lo donado fue una casa y el donatario la alquiló, debe entregar al donante las rentas percibidas desde que incumplió (además de devolverle la casa, claro), pero si la casa había sido habitada por él, no debe abonar lo que le habría costado arrendarla.

La STS de 19 de octubre de 1973 (196) se ocupó de la acción de revocación de una abuela que había donado a su nieta una cantidad de dinero

(189) Díez-PICAZO, L./GULLÓN BALLESTEROS, A., *ob. cit.*, pág. 318.

(190) Artículo 451.1 del Código Civil: «*El poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos mientras no sea interrumpida legalmente la posesión*».

(191) Artículo 455 del Código Civil: «*El poseedor de mala fe abonará los frutos percibidos y los que el poseedor legítimo hubiera podido percibir, y sólo tendrá derecho a ser reintegrado de los gastos necesarios hechos para la conservación de la cosa [...]*».

(192) ALBALADEJO, M., *La donación*, cit., pág. 772, nota 207. DE LOS MOZOS, J. L. (*ob. cit.*, págs. 350 y 351) entiende que el donatario debe los frutos *percipiendi* si su comportamiento revela una mala fe especial, como si, por ejemplo, retrasa la devolución de la cosa donada después de haber sido interpelado para ello.

(193) ALBALADEJO, M., *La donación*, cit., págs. 771-772. Matiza el autor que la mala fe debe apreciarse desde que se incumpla la carga.

(194) Se aplicará lo dispuesto en los artículos 451 a 457 del Código Civil respecto del poseedor de buena o de mala fe, según se opte por una posición u otra.

(195) ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil*, II, cit., pág. 618.

(196) RJ 3800. Ponente: Excmo. Señor don Manuel GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO.

(1.250.000 pesetas) para que comprara un piso y la cuidara en él, dada su avanzada edad. La nuda propiedad del piso sería de la nieta y la abuela tendría el usufructo vitalicio. Las desavenencias surgidas entre ellas llevaron a que la abuela echara a la nieta del piso quien, aprovechando después una ausencia de la primera, se instaló en él y cambió la cerradura. Instada la revocación de la donación por la abuela, la sentencia declaró que lo comprado con el dinero donado no puede considerarse que sea fruto de él, por lo que lo devuelto debía ser la suma entregada y no el piso.

Si los frutos no pueden ser devueltos porque se encuentran en poder de un tercero o han sido destruidos por el donatario, habrá que restituir su valor (al igual que se ha expuesto respecto del bien donado).

Para finalizar, debe resaltarse que, curiosamente, el Código Civil parece predicar los *efectos retroactivos* (*ex tunc*) de la revocación sólo en el caso del incumplimiento de las cargas y no en los casos de revocación por ingratitud y de revocación por supervivencia y supernacencia de hijos; y es así porque pretende ser más estricto con el donatario que incumplió la carga. Sin embargo, la protección de los terceros de buena fe hace que, pese a la formulación empleada en los distintos preceptos (arts. 645, 647 y 649), a la postre, los efectos de la revocación sean los mismos en los tres casos, esto es, *limitados efectos retroactivos* (197). La verdadera sanción al donatario que incumplió el modo se encuentra únicamente en la obligación de devolver los frutos, pues éstos se deben desde el instante en que se incumplió la carga modal y no desde la interposición de la demanda de revocación, como sucede en los otros dos casos (198). Es en la cantidad de la devolución de los frutos donde puede apreciarse, por tanto, un tratamiento más severo con el donatario incumplidor del modo.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Derecho Civil*, T. I, *Introducción y Parte General*, 17.^a ed., Edisofer, Madrid, 2006.
- *Derecho Civil*, T. II, *Derecho de Obligaciones*, 13.^a ed., Edisofer, Madrid, 2008.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel/DÍAZ ALABART, Silvia: *La donación*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José Antonio: *El enriquecimiento sin causa*, 3.^a ed., Comares, Granada, 1993.

(197) ALBALADEJO GARCÍA, M., *La donación*, cit., págs. 768-769.

(198) Artículo 651.1 del Código Civil: «Cuando se revocare la donación por alguna de las causas expresadas en el artículo 644 [supervivencia o supervivencia de hijos], o por ingratitud, y cuando se redujere por inoficiosa, el donatario no devolverá los frutos sino desde la interposición de la demanda».

- AMAT LLARI, Eulalia: «Comentario a la STS de 12 de noviembre de 1990: Donación modal. Diferencia entre condición y modo. Consecuencias de la calificación», en *CCJC*, núm. 25, enero-marzo, 1991, págs. 71-78.
- AMORÓS GOZÁLBEZ, Manuel: *La donación remuneratoria y la con carga en nuestro Derecho*, Curso de Conferencias, Ilustre Colegio Notarial de Valencia, Imprenta Diana, Valencia, 1945, págs. 185-238.
- ANDERSON, Miriam: *Las donaciones onerosas*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005.
- ATAZ LÓPEZ, Joaquín: «Comentario a la STS de 7 de mayo de 1993: Donación de inmuebles con causa onerosa. Nulidad por defectos de forma. Actos propios», en *CCJC*, núm. 32, 1993, págs. 569-576.
- BADOSA COLL, Ferrán: *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Studia Albornoiana, dirigida por Evelio VERDERA y TUELLS, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987.
- BARRAL VIÑALS, Inmaculada: «El enriquecimiento del donatario como elemento estructural de la donación», en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, t. I, coord. por José Manuel GONZÁLEZ PORRAS y Fernando P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones, Universidad de Murcia, 2004, págs. 531-544.
- CRISTÓBAL MONTES, Ángel: «El principio de irrevocabilidad de las donaciones», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1969 (mayo), núm. 5, págs. 699-738.
- Cuerpo de Derecho Civil Romano*, publicado por KRIEGLER, HERMANN y OSENBRÜGGEN, con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencias por Ildefonso L. GARCÍA DEL CORRAL, Barcelona, Jaime Molinas Editor, 1889 (edic. facsímil, Lex Nova, Valladolid, s.a.).
- DE LOS MOZOS, José Luis: *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, Dykinson, Madrid, 2000.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, vol. 2.º, Tecnos, Madrid, 1966.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, *El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, Tecnos, Madrid, 2005.
- DOMÍNGUEZ RODRIGO, Luis María: «La revocación de donación modal», en *ADC*, 1983, págs. 65-108.
- DURÁN RIVACOBIA, Ramón: «Modo y liberalidad (Aproximación jurisprudencial a su estudio unitario)», en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, t. III, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid, 1988, págs. 293-324.
- ECHEVARRÍA DE RADA, Teresa: «El nuevo contrato de alimentos: estudio crítico de sus caracteres», en *BIMJ*, núm. 2019, págs. 3461-3481.
- ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor, y WOLFF, Martin: *Tratado de Derecho Civil*, t. II, *Derecho de Obligaciones*, vol. 2.º, *Doctrina especial*, con Anotaciones de Blas PÉREZ GONZÁLEZ y José ALGUER MICÓ, trad. de la 35.ª ed. alemana, 2.ª ed., al cuidado de José PUIG BRUTAU, Bosch, Barcelona, 1950.

- FERNÁNDEZ ARROYO, Margarita: «Observaciones en torno a la revocación de la donación modal», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, t. II, *Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, págs. 1799-1821.
- Fuero Real del Rey Don Alonso El Sabio*. Copiado del Codice del Escorial y cotejado con varios códices de diferentes archivos por la Real Academia de la Historia, Madrid, Imprenta Real, 1836, edición facsimilar, Lex Nova, Valladolid, 1979.
- GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, Manuel: Tema 8, «La donación», en *Instituciones de Derecho Privado*, T. III, *Obligaciones y Contratos*, vol. 2.º, coord. por Vicente L. SIMÓ SANTONJA, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, págs. 573-936.
- GRAMUNT FOMBUENA, María Dolores: «Reflexiones en torno a la revocación de la donación», en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, t. I, coord. por José Manuel GONZÁLEZ PORRAS y Fernando P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones, Universidad de Murcia, 2004, págs. 2211-2224.
- IGLESIAS SANTOS, Juan: *Derecho Romano, Historia e Instituciones*, Ariel Derecho, Barcelona, 1992.
- ISÁBAL BADA, Marceliano: Voces «Donación» y «Donación Modal», en *Enciclopedia Jurídica Española*, dir. por Luis MOUTÓN Y OCAMPO, Lorenzo María ALIER Y CASSI, Enrique OLIVER RODRÍGUEZ y Juan TORRES BALLESTÉ, T. 12, Editorial Seix, Barcelona, 1910, págs. 570-573 y 633-636.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros: *Elementos de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones*, 5.ª ed., J. M. Bosch, Barcelona, 1993.
- *Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*, vol. 2.º, *Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito*, edición revisada y puesta al día por Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, Dykinson, Madrid, 1999.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique: *El Código Civil y sus reformas. Textos, antecedentes y notas*, 9.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- Las Siete Partidas (El Libro del Fuero de las Leyes de Alfonso X el Sabio)*, introducción y edición dirigida por José SÁNCHEZ ARCILLA, Madrid, 2004.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: *Principios de Derecho Civil, III, Contratos*, 11.ª ed., Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2008.
- LLACER MATA CÁS, María Rosa: «En torno al artículo 622 del Código Civil», en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, t. II, coord. por José Manuel GONZÁLEZ PORRAS y Fernando P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones, Universidad de Murcia, 2004, págs. 2765-2776.
- MALUQUER DE MOTES BERNET, Carlos J.: «Donación y revocación», en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, t. II, coord. por José Manuel GONZÁLEZ PORRAS y Fernando P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones, Universidad de Murcia, 2004, págs. 2955-2970.
- MEZQUITA DEL CACHO, José Luis: «La cláusula modal ante el Registro de la Propiedad», en *RDP*, 1960 (en.), págs. 21-30.
- NIETO ALONSO, Antonia: *Donación onerosa y vitalicio. Perspectiva del incumplimiento de las cargas*, Trivium, Madrid, 1998.

- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: «Capítulo XV: Responsabilidad por deudas, legados y modos», en *Derecho de Sucesiones*, coordinado por él, T. III, Félix Varela, La Habana, 2004, págs. 27-62.
- PÉREZ GONZÁLEZ, Blas, y ALGUER MICÓ, José: «Anotaciones al Tratado de Derecho Civil», de ENNECERUS, Ludwig; KIPP, Theodor, y WOLFF, Martin, T. II, *Derecho de Obligaciones*, vol. 2.º, *Doctrina especial*, trad. de la 35.ª edic. alemana, 2.ª ed., al cuidado de José PUIG BRUTAU, Bosch, Barcelona, 1950.
- PRATS ALBENTOSA, Lorenzo: «Comentario a la STS de 6 de abril de 1999: Donación con modo. Cosa juzgada. Compatibilidad de la acción revocatoria y de cumplimiento de obligaciones», en *CCJC*, núm. 51, septiembre-diciembre de 1999, págs. 1053-1065.
- QUINTANA CABANAS, José María: *Raíces griegas del léxico castellano, científico y médico*, Dykinson, Madrid, 1996.
- RABANETE MARTÍNEZ, Isabel: *El comodato modal y su distinción con el arrendamiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- ROCA SASTRE, Ramón María, y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho Hipotecario*, T. I y II, 8.ª ed., Bosch, Barcelona, 1995.
- ROCA TRÍAS, Encarna: «Contrato traslativo del dominio a título gratuito: La donación», en AA.VV.: *Derecho de Obligaciones y Contratos*, 2.ª ed., coordinado por María del Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- «Contrato traslativo del dominio a título gratuito: La donación», en AA.VV.: «Derecho de Obligaciones y Contratos», coordinado por María del Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ y Rafael VERDERA SERVER, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- ROSELLÓ MANZANO, Rafael: «Comentario al artículo 55 del Código Civil cubano», en *Comentarios al Código Civil cubano* (en prensa).
- RUBIO GIMENO, Gemma: «La donación de herencia: un caso particular de donación modal», en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, t. II, coord. por José Manuel GONZÁLEZ PORRAS y Fernando P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones, Universidad de Murcia, 2004, págs. 4431-4450.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: *Principios de Derecho Administrativo General*, T. II, Iustel, Madrid, 2004.
- TORRALBA SORIANO, Orencio-Vicente: *El modo en el Derecho Civil*, Montecorvo, Madrid, 1967.
- VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen: «Capítulo III: Requisitos del contrato», en *Derecho de Contratos*, T. I, *Teoría general del contrato*, Félix Varela, La Habana, 2003, págs. 59-91.

RESUMEN

DONACIÓN CONDICIÓN

El incumplimiento de la carga en la donación modal se presenta como un

ABSTRACT

GIFT CONDITION

Failure to meet the conditions in a gift on conditions is presented as a spe-

caso particular de patología contractual en el que son varias las cuestiones problemáticas que se suscitan y mucha su trascendencia práctica. Partiendo del concepto de modo o carga, resulta obligado analizar las consecuencias jurídicas de su incumplimiento. Se plantea si, además de la revocación, cabe el cumplimiento forzoso en forma específica o, incluso, en forma genérica. Se analiza también la transmisibilidad de la acción revocatoria, su plazo y la posibilidad de su renuncia anticipada. Se concluye brevemente con la liquidación del estado posesorio.

cial case of contractual pathology in which the problematic issues that arise are several and their practical implication, great. Starting with the concept of the condition, the analysis necessarily moves on to the legal consequences of failure to meet a condition. It is considered whether, in addition to revocation, one might call for forced compliance specifically or even generically. The analysis also extends to the transmissibility of action for revocation, its period and the possibility of early abandonment of action. A brief conclusion addresses liquidation of the possessor's status as such.

(Trabajo recibido el 7-10-2009 y aceptado para su publicación el 26-7-2010)

Los pisos tutelados como alternativa de alojamiento a los establecimientos residenciales de personas mayores: cuestiones sobre su régimen y naturaleza jurídica (1)

por

M.^a CARMEN NÚÑEZ MUÑIZ

*Profesora Contratada Doctora del Departamento
de Derecho Civil de la UNED*

SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA.
- II. APROXIMACIÓN A UN CONCEPTO DE PISO TUTELADO.
- III. FINALIDAD DE LOS PISOS TUTELADOS.
- IV. NORMATIVA Y RÉGIMEN LEGAL DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS SOBRE PISOS TUTELADOS:
 1. MADRID: LOS PISOS TUTELADOS COMO ALOJAMIENTO ALTERNATIVO PARA «AUTÓNOMOS» SIN RECURSOS: SU DUDOSA NATURALEZA COMO USUFRUCTO O DERECHO DE HABITACIÓN:

(1) Este artículo es fruto de la estancia de investigación realizada en la Universidad de Salerno (Italia), bajo la tutela de la profesora Virginia Zambrano, Catedrática de Derecho Privado Comparado, siendo este trabajo uno de los resultados del proyecto de investigación I+D+i del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Secretaría de Estado de Asuntos Sociales, Familia y Discapacidad. IMSERSO), que lleva por título «Mayores en situación de dependencia y centros residenciales. Análisis del sistema de ingresos y estancias, con especial atención a la responsabilidad civil. Propuesta de *lege ferenda* del estatuto de las personas institucionalizadas» (Orden TAS/1588/2005, de 20 de mayo y número de Proyecto 21/2007), siendo investigador responsable el Profesor LASARTE ÁLVAREZ, Catedrático de Derecho Civil de la UNED y coordinadora M.^a Fernanda MORETÓN SANZ, Profesora Contratada Doctora de dicho Departamento.

- A) *Requisitos para poder ingresar en un piso tutelado.*
 - B) *Adjudicación de plaza.*
 - C) *Aportación de los usuarios y asunción de los gastos de mantenimiento: su aproximación a los derechos reales de goce.*
 - D) *Pérdida de la condición de usuario: otras causas de extinción del derecho distintas de la pérdida de autonomía.*
2. PAÍS VASCO: EL CASO DE LAS ENTIDADES LOCALES:
- A) *Requisitos de las personas usuarias: edad y autonomía relativa.*
 - B) *Tutela de los servicios sociales.*
- 2.1. Gipuzkoa: Ayuntamiento de Donostia:
- A) *Régimen económico del servicio.*
 - B) *Extinción del servicio y del derecho.*
 - C) *Otras fórmulas de prestación del servicio: el derecho de habitación y el contrato subyacente.*
3. LA REGULACIÓN DE LOS ESTABLECIMIENTOS RESIDENCIALES EN EL PRINCIPADO DE ASTURIAS: ENTRE EL CONTRATO ATÍPICO DE HOSPEDAJE Y EL TÍPICO DE ARRENDAMIENTO:
- A) *Requisitos de los solicitantes: edad y/o pareja del solicitante.*
 - B) *Requisitos de residencia en el Principado de Asturias.*
 - C) *Régimen de acceso.*
 - D) *Régimen económico.*
 - E) *Firma del contrato.*
 - F) *Pérdida de la condición de residente.*
4. LA RIOJA: LOS PISOS COMUNITARIOS Y CONTRATO DE HOSPEDAJE:
- A) *Requisitos de los residentes.*
 - B) *Derechos y obligaciones de las personas usuarias:*
 - a) *Derechos.*
 - b) *Obligaciones.*
 - C) *Servicios.*
 - D) *Pérdida de la condición de usuario.*
 - E) *El contrato subyacente como contrato de hospedaje.*
5. EL SISTEMA CANARIO: LOS PISOS TUTELADOS COMO FÓRMULA PREVENTIVA DE MARGINALIDAD Y EXCLUSIÓN SOCIAL:
- A) *Finalidad de los pisos tutelados.*
 - B) *Usuarios.*
 - C) *Gestión.*
 - D) *Pérdida de la condición de usuario.*
 - E) *Su consideración como casas de acogida.*
- V. EL CASO BOLOÑÉS: NOTA COMPARATIVA Y SISTEMA COOPERATIVISTA.
- VI. CONCLUSIONES.
- VII. BIBLIOGRAFÍA

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Que la población está envejeciendo es una realidad innegable, hasta el punto de que se habla del envejecimiento del envejecimiento para referirse a las personas de, por lo menos, ochenta años (2), colectivo que se incrementa. En la Unión Europea, un cuarto de la población tiene más de sesenta años, y en los próximos veinte años el número de ancianos se doblará, de la misma forma que el número de personas que superan los ochenta se seguirá expandiendo (3).

Ante este panorama, los poderes públicos se han visto en la necesidad de regular la situación de estas personas, teniendo en cuenta, entre otras cosas, el cambio que se ha operado en el seno de la familia, como la incorporación de la mujer al mercado de trabajo quien, tradicionalmente, se encargaba de cuidar a los ancianos (4). Así las CC.AA., en virtud de la competencia que el artículo 148.1.20 de la Constitución le atribuye en materia de asuntos sociales, han legislado sobre residencias de la tercera edad, si bien todas coinciden en que es más ventajoso para la persona mayor permanecer en el seno de la familia o, al menos, retrasar lo más posible su ingreso en un centro residencial, potenciando su autonomía (5). De ahí que algunas Comunidades hayan optado por

(2) Véase, en este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y atención a las personas en situación de dependencia.

(3) Vid. CASALENA, A., «Brevi note sui profili economico-aziendali delle Residenze Assistenziali per anziani alla luce de la legge 328/2000», en *Revista Italiana di Ragioneria e di Economia Aziendale*, enero-febrero de 2005, pág. 78. Sobre el progresivo envejecimiento de la población y sus consecuencias, véase también, RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, P., «Las personas mayores y los alojamientos», en *Residencias y otros alojamientos para personas mayores*, ed. Médica Panamericana, S. A., Madrid, 2007, pág. 8; «Las necesidades de las personas mayores dependientes», en *Revista del Ministerio de Asuntos Sociales*, pág. 38; ZURITA MARTÍN, I., *Responsabilidad derivada del internamiento de personas mayores dependientes en centros residenciales*, ed. Bosch, Barcelona, 2008, pág. 20; LEONSEGUI GUILLOT, R. A., «La autotutela como mecanismo de autoprotección de las personas mayores», en LASARTE ÁLVAREZ (dir.), *La protección de las personas mayores*, ed. Tecnos, Madrid, 2007, pág. 147. UMBERTO MORELLI, «Istituto del pensionamento e crescita della popolazione anziana», en *Aggiornamenti sociali*, 1980, pág. 45 y sigs.; LINACERO DE LA FUENTE, M., «La protección jurídica de las personas mayores», en *AC*, núm. 19, 2004, págs. 2262 y 2263.

(4) Cfr. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, P., *ob. cit.*, págs. 4 y 5.

(5) En este sentido cabe destacar el Decreto 41/1998, de 10 de marzo, del Parlamento Vasco, que regula los servicios sociales residenciales al poner de manifiesto «que las actuaciones dirigidas a las personas mayores deberán fomentar, prioritariamente, su permanencia en el entorno familiar, procediendo al internamiento en servicios sociales residenciales, y concretamente en residencias, en aquellos casos en que exista una severa discapacidad de las personas usuarias». En el mismo sentido el Reglamento municipal de servicios de alojamiento y convivencia para personas mayores autónomas del Ayuntamiento de San Sebastián. También la Ley 2/2988, de 4 de abril, sobre servicios sociales en Andalucía, en el artículo 11 al referirse a los servicios sociales especializados, contempla la tercera edad, con el objeto de promover su integración y participación en la sociedad,

una solución alternativa para aquellas personas que, aunque mayores, son autosuficientes pero, o bien carecen de domicilio adecuado o tienen problemas familiares o de soledad, regulando los llamados pisos tutelados, para retrasar lo más posible, o incluso evitar, su institucionalización (6).

Al estudio de estas viviendas tuteladas, así como sus condiciones de acceso a las mismas y régimen de funcionamiento, entre otras cuestiones, es a lo que vamos a dedicar el presente trabajo.

II. APROXIMACIÓN A UN CONCEPTO DE PISO TUTELADO

Cuando iniciamos el estudio de una figura o institución, parece que resulta obligado dar un concepto de la misma. No obstante, en el caso que nos ocupa, no resulta sencillo definirlo de una forma unitaria dada la variedad de regulaciones que inciden sobre los pisos tutelados, pues cada Comunidad Autónoma los regula de una manera distinta (7) o, más propiamente, los requisitos exigidos a las personas que pretenden acceder a los mismos, así como los contratos que deben firmar, derechos y obligaciones de los usuarios, etc., no son iguales en todas las CC.AA., pues no todas las desarrollan, aunque sí otras que en este trabajo no las contemplamos (8). Evidentemente, no vamos a analizar la totalidad de la normativa reguladora, sino sólo aquéllas que nos ha parecido que tenían una regulación más singular y con ello pretendemos resaltar sus diferencias que llegan incluso a la propia denominación (9). No obstante, y como pone

«favoreciendo su mantenimiento en el medio habitual» (las comillas son nuestras), y evitando su marginación. La Ley 13/2008, de 3 de diciembre, sobre servicios sociales del Parlamento de Galicia destaca que en el desarrollo de los servicios sociales deberá tenderse al mantenimiento de la persona en su entorno personal, social y familiar, procurando su inserción social y sin menoscabo del derecho a la diferencia. También NORES TORRES, «Servicios: el servicio de atención residencial», en ROQUETA BUJ (coord.), *La protección de la dependencia*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 391, pone de manifiesto que este tipo de recurso debería tener un carácter subsidiario a otros que garanticen la permanencia de la persona dependiente en su domicilio habitual.

(6) RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, pág. 21, es partidaria de que este tipo de alojamientos alternativos vaya extendiéndose a personas dependientes y evitar que éstas sean trasladadas a una residencia.

(7) También pone de manifiesto estas diferencias NORES TORRES, *ob. cit.*, pág. 400.

(8) De hecho, según datos del OBSERVATORIO DE PERSONAS MAYORES Y ALBOMA, Imserso, «Servicios sociales para personas mayores en España», de enero de 2007, en *Boletín sobre el envejecimiento, perfiles y tendencias*, pág.22, existían en esa fecha 9.848 plazas en sistemas alternativos de alojamiento, entendiendo por tales las viviendas tuteladas, acogimiento familiar y apartamentos residenciales.

(9) Sin pretensiones de exhaustividad, cabe destacar la Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales, andaluza, que en su capítulo II: Servicios sociales comunitarios, artículo 6, recoge expresamente la atención y promoción del bienestar de la vejez. El artículo 10.4 hace referencia a la necesidad de atender a la convivencia y reinserción social, que tendrá como función la búsqueda de «alternativas» al internamiento en instituciones de las

de manifiesto NORES TORRES (10) cabe deducir unas notas más o menos comunes en la regulación que desde dichos niveles se dispensa.

De todas formas un piso o vivienda tutelada es exactamente lo que se entiende vulgarmente por tal, piso que puede funcionar o no en régimen de Propiedad Horizontal. Así, por ejemplo, en el País Vasco, cuya competencia en materia de pisos tutelados corresponde a los Ayuntamientos (11) por tratarse de viviendas destinadas a personas mayores con grandes niveles de autonomía personal, los derechos y obligaciones de los usuarios son los establecidos en la LPH. En cualquier caso, aquellas normas de CC.AA., como es el caso del Decreto 230/1998, de 18 de diciembre, por el que se regulan los pisos tutelados de la Comunidad Canaria, aunque no el único, pues todas las Comunidades los definen, ofrece un concepto técnico de los mismos. Hemos elegido éste por su singularidad y diferencias con los conceptos de las otras Comunidades que aquí analizamos.

Así dispone en su artículo 2, lo siguiente: «se entiende por Piso Tutelado a los efectos de este Decreto, toda vivienda destinada a la convivencia, en alojamiento temporal y en algún caso, de forma definitiva, en régimen de autogestión, de personas con dificultades económicas, de integración familiar o sociales, tuteladas por entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro».

De este concepto nos ha llamado particularmente la atención el hecho de que generalmente el alojamiento sea temporal, salvo excepciones, contrariamente a lo que sucede en otras CC.AA., que, como veremos en los supuestos analizados a continuación reclaman cierta permanencia, al menos mientras la persona residente conserve su autonomía y, en algunos casos, definitivo. La explicación de esta provisionalidad del servicio es que en la Comunidad Canaria no es requisito que la persona que accede a un piso tutelado sea de edad avanzada, caso en el que sí el alojamiento debería tener, y de hecho tiene, pues así lo dispone el artículo 2.2 del citado Decreto, carácter definitivo, si bien no se exige que se trate de personas autónomas, si no al contrario; más bien parecen estar pensados para personas con algún problema, generalmente pasajero, aunque el problema que les afecte, en la mayoría de los casos, no les convierte en personas dependientes, salvo quizás, las perso-

personas que se encuentren en especiales condiciones de marginación, procurando la incorporación de todos los ciudadanos a la vida comunitaria. La también andaluza Ley 6/1999, de 7 de julio, sobre atención y protección de las personas mayores, donde se recoge el sistema de viviendas tuteladas... y otras alternativas. La Ley 12/2007, de 11 de octubre, de Servicios Sociales de Cataluña, prevé expresamente el servicio de vivienda tutelada para personas mayores, de carácter temporal o permanente, y el servicio de tutela para personas mayores. El Decreto 261/2005, de 7 de diciembre, sobre asistencia social de Extremadura, contempla expresamente los pisos tutelados. También el Decreto Foral 69/2008, de 17 de junio, sobre asistencia social de Navarra.

(10) *Ob. cit.*, pág. 401.

(11) El único que los regula, que nos conste, es el de Donostia-San Sebastián.

nas afectadas por una incapacidad física, que también pueden acceder a uno de estos pisos, pero eso se verá más detenidamente cuando analicemos la normativa de esta Comunidad que, por cierto, difiere bastante del resto.

Por tanto, y a la vista de los diferentes requisitos de los alojados, así como del principio de carácter temporal, de momento no resulta posible dar un concepto general de piso tutelado, por lo que nos remitimos a la regulación de cada Comunidad Autónoma (12).

III. FINALIDAD DE LOS PISOS TUTELADOS

Como ya avanzáramos en la introducción, los pisos tutelados son considerados por algunas CC.AA. (13), así como por la doctrina (14) como un alojamiento alternativo al ingreso del anciano que goza de autonomía en un centro residencial de la tercera edad. Como pone de manifiesto GOICOETXEA FERREIRO (15): *«el perfil de las personas mayores de nuestro entorno ha experimentado un cambio importante en los últimos años: ni las caracte-*

(12) Con todo, desde un punto de vista social, destaca RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, P., *ob. cit.*, pág. 20, que existen diferentes fórmulas de este tipo de alojamiento que fueron desarrollándose en los países del Norte de Europa como alternativa a las residencias convencionales a partir de la década de los ochenta. Aunque en un inicio estaban destinados a personas frágiles pero que no precisaban de cuidados de larga duración, poco a poco se ha ido admitiendo su idoneidad para ofrecer una atención de calidad a las personas en situación de dependencia. Destacan tres fórmulas de alojamiento que tienen como características comunes, las siguientes: están ubicados en los entornos habituales de vida de las personas destinatarias de los mismos; se organizan con base el algún sistema o supervisión; su diseño y decoración son de tipo hogareño, no institucional; se encuentran integrados en la red local de servicios sociales.

En cuanto a las diferencias que cabe señalar entre la tipología de alojamientos existentes, según se trate de apartamentos o viviendas individuales, o de viviendas en las que conviven un grupo de personas mayores (llamadas en algunos lugares «tutelados») se reseñan las siguientes: los apartamentos o viviendas individuales ofrecen la ventaja de que garantizan a la persona la independencia e intimidad que muchas requieren, pero tienen como desventaja el riesgo de aislamiento. Por otra parte, este modelo facilita que la organización ajuste la atención a la necesidad de la persona, pero, en contrapartida, aumenta su coste cuando la dependencia es importante. No resulta adecuado para personas que presentan deterioros cognitivos.

Las viviendas en pequeños grupos favorecen la ayuda mutua, pero tienen las desventajas de que a veces no se garantiza la intimidad y de que pueden originarse problemas de convivencia.

(13) En este sentido el Decreto 41/1998, de 10 de marzo, del País Vasco, destaca que «se hacía necesario regular nuevos modelos de alojamiento, como los apartamentos tutelados, por el destacado papel que representan, junto a las viviendas comunitarias, como alternativa eficaz frente a los internamientos en residencias».

(14) LÓPEZ PELÁEZ, A., y PONCE DE LEÓN ROMERO, L., en LASARTE ÁLVAREZ (dir.), *La protección de las personas mayores*, ed. Tecnos, Madrid, 2007, pág. 123.

(15) «Apartamentos tutelados para personas mayores», *Gizaurre 2. Gizartekintza*: Departamento de Servicios Sociales. Diputación Foral de Gipuzkoa, pág. 5.

rísticas, ni las necesidades ni las expectativas de los mayores, son hoy por hoy los mismos que hace un tiempo. Esto ha obligado a las administraciones a ir adaptando sus recursos a las necesidades cambiantes de este colectivo, cada vez más numeroso en nuestra sociedad. Uno de los ejes prioritarios de atención a las personas mayores, ha sido, y es, el de responder a sus necesidades de alojamiento. En este sentido, la red de plazas residenciales tradicionales ha experimentado un desarrollo importante a lo largo de la última década; sin embargo, de forma paralela, y como respuesta a las nuevas necesidades de este colectivo, en Gipuzkoa han surgido diversas alternativas de alojamiento para personas mayores con necesidades sociales, pero con niveles de autonomía personal importantes». Pero no sólo en Gipuzkoa, sino, como veremos, en otras Comunidades. Baste con citar, a modo de ejemplo, el Decreto canario que data nada menos que de 1998, o el de otras Comunidades como es el caso del País Vasco o La Rioja, que en la regulación de las viviendas tuteladas, para dar alojamiento a aquellas personas de, por lo menos, sesenta años que, careciendo de una vivienda adecuada, gozan de autonomía para la realización de las tareas diarias. Desde esta perspectiva se hace aconsejable que esta autonomía resulte potenciada retrasando lo más posible su institucionalización; al menos, mientras la persona pueda valerse por sí misma, llevando una vida lo más normalizada posible. De hecho el artículo 50 de la Constitución, que regula la protección de la Tercera Edad, garantiza, entre otras cosas, el derecho a disponer de una vivienda (16).

Lo cierto es que el requisito de la edad de los candidatos varía de unas Comunidades a otras, pero esto lo iremos viendo a lo largo del trabajo, concretamente, al estudiar los presupuestos que la normativa de cada Comunidad Autónoma exige para acceder a este tipo de viviendas.

IV. NORMATIVA Y RÉGIMEN LEGAL DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS SOBRE PISOS TUTELADOS

En este epígrafe pretendemos analizar la regulación de algunas de las CC.AA. que han legislado sobre los apartamentos tutelados y los requisitos exigidos a los solicitantes; es decir, personas que pueden acceder a los mismos, diferentes modalidades de contrato que deben firmar las personas a quienes se les ha adjudicado plaza en una de estas viviendas, derechos y obligaciones de los residentes, etc.

(16) Véase, en este sentido, VIDAL PRADO, C., «La protección constitucional de la Tercera Edad», en LASARTE ÁLVAREZ (dir.), «La protección...», *ob. cit.*, pág. 21; FERNÁNDEZ RAMOS, S., «Los centros residenciales para personas mayores en el marco del sistema sobre servicios sociales», en ZURITA MARTÍN (coord.), *Responsabilidad derivada del internamiento de personas mayores dependientes en centros residenciales*, ed. Bosch, Barcelona, 2008, pág. 94.

Por resultarnos más llamativa su regulación, empezaremos por Madrid y el País Vasco.

1. MADRID: LOS PISOS TUTELADOS COMO ALOJAMIENTO ALTERNATIVO PARA «AUTÓNOMOS» SIN RECURSOS: SU DUDOSA NATURALEZA COMO USUFRUCTO GRATUITO O DERECHO DE HABITACIÓN

En la Comunidad de Madrid los pisos tutelados para personas mayores están regulados por la Orden 368/2003, de 1 de abril. Dicha norma los configura en su artículo 2.1 como «un equipamiento social de alojamiento, con algunos servicios comunes, para personas mayores con autonomía personal y problemas graves de alojamiento». En el apartado 2.º del citado precepto se dispone que son objetivos de los pisos, fundamentalmente tres: *a)* proporcionar alojamiento y supervisión a las personas mayores que carezcan de vivienda en las condiciones adecuadas; *b)* facilitar a las personas mayores el desarrollo de una vida autónoma el mayor tiempo posible, y, *c)* favorecer el mantenimiento de las personas mayores en un entorno lo más normalizado posible, evitando su institucionalización.

Como se puede observar, lo decisivo para acceder a uno de estos apartamentos es que el interesado carezca de vivienda, o en su defecto que ésta no reúna las debidas condiciones. Evidentemente «el carecer de vivienda» no significa, en modo alguno, que deba tenerse en propiedad y que una persona que reside en una casa de alquiler y puede pagarla, tenga derecho a un piso tutelado. Ahora bien, si la vivienda se tiene en propiedad pero no reúne las debidas condiciones de habitabilidad, no es susceptible de reparación y el propietario es una persona que carece de recursos para acceder a otra aunque sea de alquiler, puede solicitar un piso tutelado. Puede ocurrir que una persona de la edad que exige la presente Orden que ya adelantamos, son sesenta y cinco años, viva «en la calle», en un albergue o se encuentre habitando una casa que no reúne las condiciones adecuadas y no sea susceptible de reparación. En cuanto al sujeto solicitante, ha de gozar de autonomía personal, esto es, que pueda solucionar por sí misma su vida o, al menos, las tareas normales y básicas como atender la casa, limpieza de la misma, hacer la compra, etc. sin ayuda; en una palabra, que sea independiente. En este sentido podemos citar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 31 de julio de 2008 (17), que confirma la Orden 1279/05, de 22 de junio, dictada por la Secretaría General Técnica de la Consejería de Familia y Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra de Resolución de fecha 14 de septiembre de 2004, dictada

(17) *Aranzadi*, núm. 1528 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8.ª).

por la Dirección General del Mayor, por la que se archiva el expediente de solicitud en piso tutelado para personas mayores intentado por la actora, por pérdida de su condición de usuaria. La razón de esta decisión fue el informe clínico que señala que doña Clara —la recurrente—, presenta un trastorno grave de personalidad paranoide con ausencia de conciencia de enfermedad e intensos rasgos querulantes que la llevan a enfrentarse con las figuras de autoridad, considerando que al negarse a tomar ninguna medicación, es imposible que viva en un piso tutelado por requerir un régimen de supervisión y contención más propio de otro centro.

Visto lo anterior, procede tratar de delimitar qué es lo que se entiende por autonomía. En este sentido, el artículo 2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, la define como: «La capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias así como desarrollar las actividades básicas de la vida diaria» (18).

A) *Requisitos para poder ingresar en un piso tutelado*

El artículo 3 de la citada Orden exige los siguientes requisitos:

- a) Ser español o nacional de cualquier Estado miembro de la Unión Europea.
- b) Ser residente en el territorio de la Comunidad de Madrid durante los dos últimos años inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud.
- c) Tener cumplidos sesenta y cinco años en el momento de solicitar la plaza. Asimismo, podrá adquirir también la condición de usuario de los pisos tutelados, el cónyuge del solicitante o persona unida de hecho a él, siempre que haya cumplido sesenta años.
- d) No padecer enfermedad infecto-contagiosa ni cualquier otra que requiera atención permanente y continuada en un centro hospitalario.
- e) Ser autónomo en las actividades básicas e instrumentales de la vida diaria.
- f) Carecer de alojamiento estable, o ser éste inadecuado y no susceptible de reforma.

(18) Cfr. también, en este sentido, CALVO SAN JOSÉ, M. J., «Respuestas desde la Ley 39/2006 (RCL 2006/2226) a las personas en situación de dependencia; Aranzadi, 2007, pág. 1 y sigs.; MORETÓN SANZ, F., «La construcción de un derecho subjetivo de ciudadanía: nuevas perspectivas sobre autonomía personal y dependencia», en *Las dimensiones de la autonomía personal. Perspectivas sobre la Ley 39/2006. Estudios en homenaje a Pilar Ramiro*, ediciones Cinca, Madrid, 2008, pág. 36.

- g) Los extranjeros que, residiendo en la Comunidad de Madrid, pertenezcan a países distintos de los de la Unión europea podrán ser usuarios de los pisos tutelados, de acuerdo a lo dispuesto en los vigentes tratados internacionales, en la vigente Ley Reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado (19) y en la vigente Ley Reguladora de los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social (20).

Evidentemente antes de adjudicar la plaza es necesaria la presentación de una solicitud acompañada de una documentación que enumera el artículo 5 de la Orden reguladora y que no vamos a reproducir por evidentes razones de espacio y por no hacer tediosa la lectura del trabajo. Con todo sí conviene destacar que entre ella se exige documento acreditativo de la identidad del solicitante que, en el caso de españoles será el DNI, documentos acreditativos de los ingresos, patrimonio y pensiones del solicitante dado el carácter gratuito de estas plazas en apartamentos tutelados e informe médico que acredite su condición física y psíquica adecuada para ingresar en un piso tutelado, exigencia elemental dada la necesidad de adjudicarse los pisos a personas autónomas.

B) *Adjudicación de plaza*

Lo primero que aquí debemos destacar es que cuando a un solicitante de un piso tutelado se le adjudica una plaza, a lo que tiene derecho es a la plaza en sí, no al piso tutelado en cuanto tal. Su titularidad corresponde a la Comunidad de Madrid.

En este sentido, el artículo 12.5 de la Orden, «el nuevo usuario suscribirá un documento de incorporación al centro en el que figurará la aceptación expresa de las normas reguladoras de la organización y del funcionamiento del mismo y de sus derechos y obligaciones, así como el compromiso de aceptar ser derivado a un centro residencial, público o privado, cuando sus condiciones físicas o psíquicas, acreditadas por los servicios médicos de la Consejería de Servicios Sociales, le impidan valerse por sí mismo. El documento deberá ser suscrito también por los familiares en el caso de que sean éstos los que acepten hacerse cargo del interesado si se produjera la eventualidad mencionada. La suscripción de este documento será condición previa y necesaria para la ocupación efectiva de la plaza».

Como se puede observar, este precepto no menciona la firma de un contrato o negocio jurídico alguno —a diferencia de lo que ocurre en otras Comuni-

(19) Ley 5/1984, de 26 de marzo.

(20) LO 4/2000, de 11 de enero.

dades, como Asturias, cuya norma exige la firma de un contrato de hospedaje—, sino sencillamente, la suscripción de un documento. Pese a la falta de mención legal lo cierto es que se trata de un documento del cual surgen derechos y obligaciones para las partes, y eso, en nuestra opinión, se llama contrato, porque las cosas son lo que son, no lo que las partes dicen que son (21). Ahora bien, el problema técnico no es tanto concretar que efectivamente existe un pacto negocial, sino el tipo de contrato suscrito. Tal como aparece redactado el precepto, todo apunta a pensar que se trata de un contrato de adhesión, pues el futuro residente se limita a aceptar las condiciones que figuran en el documento, pero en ningún momento, discutir las. Las acepta o no, y eso, en nuestra opinión, es un contrato de adhesión (22).

Por otro lado, cabe destacar el compromiso del solicitante del piso tutelado de ser derivado a una residencia caso de que pierda su autonomía. Esto nos parece una exigencia coherente, puesto que, como ya se ha visto, uno de los requisitos que deben reunir los aspirantes a un piso tutelado es ser una persona autónoma y valerse por sí misma; desde el momento en que esto deje de ocurrir se le ingresará en una residencia convencional donde dispondrá de la asistencia necesaria y adecuada a su nueva situación, salvo, claro está, que para esta eventualidad algún familiar se haga cargo del mismo. Es indiferente la razón por la que el residente pierda su autonomía. Puede devenir dependiente por una enfermedad física, psíquica o mental (23). Lo decisivo es que no pueda valerse por sí mismo.

El compromiso del adjudicatario de una plaza en un piso tutelado, de aceptar, en su caso ser trasladado a una residencia convencional, podría considerarse una declaración de voluntad anticipada (24), de querer ser trasladado a una residencia de asistidos cuando pierda su autonomía (25). Enten-

(21) En este sentido, la STS de 30 de septiembre de 1985, *Aranzadi*, núm. 4482.

(22) Sobre los contratos de adhesión, véase por todos, LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil, III*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2009, pág. 65 y sigs., y la bibliografía allí citada.

(23) MORETÓN SANZ, F., «La construcción de un derecho subjetivo...», *ob. cit.*, pág. 35.

(24) Sobre las declaraciones anticipadas de voluntad, véase LEONSEGUI GUILLLOT, *ob. cit.*, pág. 147 y sigs.; ARCE FLÓREZ-VALDÉS, «La incapacidad eventual de autogobierno y las declaraciones de voluntad anticipadas (la tutela del siglo XXI)», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, T. I, ed. Civitas, Madrid 2003, pág. 207 y sigs.; JIMÉNEZ CLAR, «La autotutela y los apoderamientos preventivos», en *Jornadas sobre la nueva Ley de Protección de Discapacitado*, Valencia, 2004. Instituto Valenciano de Estudios Notariales, Valencia, 2005, pág. 119 y sigs.; BERROCAL LANZAROT, «El apoderamiento o mandato preventivo como instrumento de prevención ante una eventual y futura pérdida de capacidad», en LASARTE ÁLVAREZ (dir.), *ob. cit.*, pág. 197 y sigs.

(25) En este sentido, véase LEONSEGUI GUILLLOT, *ob. cit.*, pág. 158, donde contempla la posibilidad de que una persona, además de designar tutor para el caso de su futura incapacidad, de declarar su voluntad favorable al internamiento en un centro residencial llegado el momento.

demostramos que la pérdida de la autonomía requerida para ser residente de un piso tutelado opera como una condición resolutoria del derecho sobre la mencionada plaza. Ya se verá más adelante qué derecho adquiere al hablar de la aportación del usuario del piso tutelado, en función de la onerosidad o gratuidad de la plaza.

C) *La aportación de los usuarios y asunción de los gastos de mantenimiento: su aproximación a los derechos reales de goce*

Esta cuestión se regula en el artículo 14 de la Orden que estamos analizando. Según el apartado 1.º del precepto citado: «la ocupación de plazas en pisos tutelados conllevará que los usuarios se hagan cargo, de manera directa, de los suministros y consumos necesarios para su permanencia en el piso, así como el resto de los gastos cuya cobertura no corresponda a la Comunidad de Madrid».

De este precepto se deduce que los usuarios de los pisos tutelados lo único que tienen que pagar son el mantenimiento del piso; esto es, agua, luz, gas, teléfono (26) y atender a su propia manutención, así como las reparaciones ordinarias que proceda hacer en el piso como consecuencia de su utilización normal. Pese a que el párrafo está redactado de manera un tanto confusa, lo cierto es que los usuarios de un piso tutelado en la Comunidad de Madrid, aparte de los gastos mencionados, no tienen que abonar coste adicional; es decir, es gratuito el uso de la vivienda. Lo que sí deben hacer es reponer las piezas de la casa que hayan roto. Junto con el documento que suscriben cuando ingresan (en nuestra opinión se trata de un contrato), se le entrega un inventario detallado de todos y cada uno de los objetos que están en la vivienda; si alguno se deteriora o rompe, por ejemplo, piezas de la vajilla, deben reponerlo. Si es necesario pintar la casa o acuchillar el parquet, corre de su cuenta, pero no deben abonar renta por vivir en los pisos (27).

(26) En el año 2008 en conversación telefónica con la directora de uno de los centros de pisos tutelados de la Comunidad que estamos analizando, me transmitió la información de que los residentes sólo tenían que abonar al mes 33 € para gastos de luz, agua, gas y teléfono.

(27) Tal vez en cuanto a las obligaciones del residente para conservar la vivienda, y ante la inconcreción de la norma que regula los pisos tutelados, se podría aplicar el artículo 21 LAU, que regula las reparaciones que debe realizar el arrendador para la conservación de la vivienda, además del artículo 500 del Código Civil, relativo a la obligación del usufructuario de hacer las reparaciones ordinarias que sean exigidas por el deterioro producido por el uso normal de las cosas. Respecto de lo que se entiende por reparación ordinaria, según la SAP de Palencia, de 18 de octubre de 2005, *Aranzadi*, 251, sería la que exijan los deterioros o desperfectos que procedan del uso natural de la cosa y sean indispensables para su conservación. En el mismo sentido, la SAP de Burgos de 4 de mayo de 2006, *Aranzadi*, 215.

El párrafo 2.º del precepto en estudio dispone lo siguiente: «serán a cargo de la Comunidad de Madrid los gastos de mantenimiento de las partes generales del inmueble, los originados por las zonas de uso común, por los servicios de apoyo personal y social y por las actividades comunes que ella organice».

Teniendo en cuenta esta circunstancia, ¿qué derecho le corresponde a los usuarios de los pisos tutelados en la Comunidad de Madrid?

Es esta una cuestión difícil de dilucidar, pues si bien presenta semejanzas con determinados derechos regulados en el Código Civil como el usufructo y el derecho de habitación, también existen diferencias notables que los separan, sobre todo del derecho de usufructo. La cuestión primordial es: ¿se trata de un derecho real o personal? Éste es un tema sobre el que no podemos pronunciarnos de una manera decisiva, pues si consideramos que se trata de un usufructo o derecho de habitación, evidentemente habrá que concluir que se trata de derechos reales limitados sobre cosa ajena, con eficacia *erga omnes*, y acceso al Registro de la Propiedad, pero para que esto llegue a ocurrir (la inscripción en el Registro), sería necesario otorgamiento de escritura pública, cosa que no ocurre con el documento suscrito por el adjudicatario de un piso tutelado. Pero a esto tampoco hay que darle demasiada importancia, pues en nuestro Derecho rige un principio general de libertad de forma en la celebración de los contratos (arts. 1.279 y 1.280 CC) y la inscripción en el Registro, salvo excepciones, no es ni obligatoria ni constitutiva. De todas formas, ¿podría un usuario de un piso tutelado exigir a la Dirección General del Mayor el otorgamiento de un documento público para inscribirlo en el Registro? No es posible decirlo con exactitud dada la inexistencia de jurisprudencia al respecto y que la normativa que los regula no se pronuncia sobre el tema.

Lo que sí podemos decir es que el residente tiene el uso y disfrute de la vivienda adjudicada, a semejanza del adjudicatario del uso de la vivienda familiar en caso de crisis matrimoniales, aún cuando la vivienda pertenezca privativamente al otro cónyuge, y el carácter personal o real del derecho del usuario, es discutida por la jurisprudencia. Por ejemplo, la SAP de Teruel, de 7 de junio de 1994 (28), considera que *«el derecho de uso de la vivienda común concedida a uno de los cónyuges por razón del interés familiar más necesitado y porque queden a su disposición los hijos, no tiene la naturaleza de derecho real»*. Por su parte, la sentencia del JPI, número 5 de Valencia, de 9 de marzo de 2001 (29), califica la atribución del uso de la vivienda a uno de los cónyuges como comodato, que es un derecho de carácter personal.

Pero también hay sentencias que en el mismo caso se pronuncian en sentido contrario; así podemos citar la SAP de Córdoba, de 2 de abril de 2003 (30),

(28) AC, núm. 1027.

(29) AC, núm. 473.

(30) Aranzadi, núm. 84.

que califica la atribución del uso de la vivienda como un derecho real limitado oponible frente a terceros; o la RDGRN, de 19 de septiembre de 2007 (31), en la que se pretende la inscripción de una sentencia donde se adjudica el uso de la vivienda familiar al cónyuge no propietario en caso de divorcio; se pronuncia de la siguiente manera: «es claro que nada se opone a la registración pretendida, por cuanto el derecho de uso, si bien, de naturaleza personal o real discutida, limita las facultades dispositivas del propietario de la finca, por lo que incuestionablemente merece la protección registral».

Dejando sentado que existen dudas respecto de la naturaleza real o personal de este derecho, lo cierto es que tampoco existe una identidad absoluta con la atribución de una plaza en un piso tutelado a efectos de determinar si se trata de un derecho de naturaleza real o personal, pues generalmente, la adjudicación del uso de la vivienda familiar es temporal, mientras dura la situación de necesidad familiar, cosa que no ocurre en un piso tutelado. Aquí la atribución es definitiva, al menos en principio, salvo que el residente pierda su autonomía y se convierta en una persona dependiente.

Visto esto, vamos a analizar ahora las semejanzas y diferencias que existen entre el derecho que corresponde a un residente de un piso tutelado, el del usufructuario y el titular de un derecho de habitación. Ambos son derechos reales con acceso al Registro de la Propiedad.

En principio, y teniendo en cuenta que no se paga nada por habitar uno de estos apartamentos, parece que podríamos encontrarnos ante un derecho de usufructo (32) (aunque también con un derecho de habitación), sometido a la condición resolutoria de mantener su autonomía e independencia por lo que a la persona beneficiaria se refiere. Si la persona fallece habitando una de estas viviendas, el usufructo sería (al igual que el derecho de habitación), evidentemente, vitalicio. Caso contrario, se extinguiría cuando pierda su autonomía, deviniendo en una persona dependiente y sea conveniente su ingreso en una residencia de la Tercera Edad o pasar al cuidado de los familiares correspondientes, que hubieran firmado el documento antes mencionado con el compromiso de hacerse cargo de la persona si tal eventualidad llegaba a producirse.

Otros datos que lo aproximan al usufructo: es que es gratuito (al igual que el derecho de habitación) —aunque si es voluntario e *inter vivos*, el usufructo también puede ser oneroso—, constituido por pacto *inter vivos*, aunque este dato no significa nada, pues bien pudiera constituirse *mortis causa* (el usufructo, se entiende). Su contenido coincide con la regulación que de este derecho hace el Código Civil, al menos a grandes rasgos y en algunos puntos concretos, pero también hay que reconocer que derechos que le corresponden

(31) Aranzadi, núm. 6167.

(32) Sobre este derecho, véase por todos, LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, IV, ed. Marcial Pons, Madrid, 2009, pág. 262 y sigs. y, más concretamente, 264.

al usufructuario, como enajenarlo o hipotecarlo (art. 107.1 LH), creemos que no puede hacerlo un residente de un piso tutelado, pues si se permitiera su transmisibilidad se frustraría la finalidad de adjudicación de los mismos que es satisfacer una necesidad: dotar de alojamiento a quien no lo tiene y carece de recursos para adquirirlo. En este aspecto se aproxima más al derecho de habitación. Las facultades del usufructuario sobre la cosa objeto del usufructo, son más amplias que las que tiene un residente de un piso tutelado. Digamos que el derecho que le corresponde al adjudicatario de un piso tutelado en la Comunidad que estamos analizando, es personalísimo, al igual que el derecho de habitación (33), pues, entre otras cosas, no puede hipotecarse (art. 108.3 LH), cosa que no es el usufructo —personalísimo, se entiende—. De todas formas estas figuras son las que más se asemejan al derecho que le corresponde al adjudicatario de un piso tutelado. Por ejemplo: una de las obligaciones del usufructuario, al igual que el habitacionista en virtud de la remisión que el artículo 528 del Código Civil, regulador de los derechos de uso y habitación, hace a las normas del usufructo que se le declaran aplicables a los derechos de uso y habitación (34), es hacer un inventario de las cosas usufructuadas (art. 491 CC) (35); al usuario de un piso tutelado también se le entrega un inventario detallado de los objetos existentes en la vivienda debiendo conservarlos y, en su caso, reponerlos. Aunque también aquí existe alguna diferencia con el usufructo, pues en este derecho es el usufructuario el que debe hacer el inventario, mientras que a la persona que se le ha adjudicado plaza en un piso tutelado, se le da el inventario, cosa normal, en nuestra opinión. Por otro lado, el artículo 500 del Código Civil impone al usufructuario la obligación de hacer en los bienes usufructuados las reparaciones ordinarias (36), como el usuario del piso tutelado. El artículo 501 impone al nudo propietario la obligación de hacer las reparaciones

(33) Este punto, sin embargo, ha sido discutido por la doctrina, pues se duda de si la norma contenida en el artículo 523 del Código Civil que declara la intransmisibilidad de los derechos de uso y habitación, es un elemento constitutivo, propio del tipo de estos derechos o si por el contrario, es simplemente una norma supletoria de la voluntad no expresada del constituyente de los mismos. Algún autor como RAMS ALBESA, opinión que compartimos, considera que la intransmisibilidad de estos derechos parte de que si se permitiera la cesión se frustraría la finalidad de esa atribución que es asegurar al usuario la satisfacción directa de necesidades, al igual que ocurriría con un piso tutelado si se permitiera al adjudicatario transmitirlo, pues las personas que acceden a ellos lo hacen porque se encuentran en una situación de necesidad. *Comentario del Código Civil*, T. I, Ministerio de Justicia, Madrid 1991, pág. 1387.

(34) Cfr. RAMS ALBESA, *ob. cit.*, pág. 1389.

(35) Cfr. GARCÍA CANTERO, G., *Comentario del Código Civil*, T. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1313; DORAL GARCÍA DE PAZOS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. VII, vol. I, dirigidos por ALBALADEJO Y DÍAZ ALABART, ed. Edersa, Madrid, pág. 386 y sigs.

(36) Cfr. GARCÍA CANTERO, G., *ob. cit.*, pág. 1331; DORAL GARCÍA DE PAZOS, *ob. cit.*, pág. 443.

extraordinarias (37). En el caso que nos ocupa, corresponden a la Comunidad de Madrid; aunque también aquí existe una pequeña diferencia: el usufructuario debe comunicar al propietario la urgente necesidad de efectuar las reparaciones extraordinarias; esto no ocurre con el usuario de un piso tutelado, o al menos en la normativa que los regula, no se contempla tal obligación, pero esto puede tener fácil explicación: al tratarse de un piso tutelado existe una cierta labor de vigilancia y control de los mismos o, al menos, de las personas que los habitan, con lo cual enseguida se detecta la necesidad de las mencionadas reparaciones.

Claro que al tratarse de un derecho personalísimo —el que le corresponde al usuario de un piso tutelado— y dada la semejanza con el usufructo, también podríamos encontrarnos, como ya se ha puesto de manifiesto más arriba, con un derecho de habitación, pues el artículo 527 permite que el habitacionista ocupe toda la casa, aunque lo normal no sea esto, al igual que un piso tutelado que le corresponde íntegramente al residente. La cuestión dista de estar clara. El artículo 524 del Código Civil permite al habitacionista ocupar la casa a él y a todas las personas de su familia (art. 524 CC), cosa que no ocurre con los pisos tutelados que sólo puede llevar al cónyuge o persona con la que conviva y, en principio, el habitacionista debe ocupar en la casa ajena sólo las piezas necesarias que basten para él y su familia (art. 524 CC) (38). Por otro lado, como ya hemos puesto de manifiesto unas líneas más arriba, el habitacionista no debe pagar nada, una renta periódica (39), se entiende, por el derecho que tiene de habitar, bien las piezas que necesite en la casa ajena, bien en caso de que ocupe toda la casa, aunque en este último caso el habitacionista está obligado a hacer las reparaciones ordinarias de conservación y al pago de las contribuciones del mismo modo que el usufructuario (art. 527 CC).

El usuario de un piso tutelado también debe hacer en la casa las reparaciones ordinarias, como el habitacionista que ocupa toda la vivienda, pero no las contribuciones. También el derecho de habitación es un derecho personalísimo e intransmisible, pues así se deduce del artículo 525 al disponer: «que los derechos de uso y habitación no se pueden arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título». En el mismo sentido la RDGRN, de 19 de mayo de 2005 (40), considera al derecho de habitación como personalísimo e intrans-

(37) Cfr. GARCÍA CANTERO, G., *ob. cit.*, pág. 1334; DORAL GARCÍA DE PAZOS, *ob. cit.*, pág. 450.

(38) Véase la SAP de Barcelona, de 17 de septiembre de 2003. AC, núm. 1817, que considera al derecho de habitación más limitado que el de usufructo, salvo que expresamente se establezca otra cosa. Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, C., «Principios...», *ob. cit.*, pág. 291.

(39) Cfr. PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho Civil*, vol. III, ed. Bosch, Barcelona, 1989, pág. 267.

(40) *Aranzadi*, núm. 5615.

misible y se extingue con la muerte del habitacionista (41), es decir, al igual que el usufructo y el derecho que le corresponde al adjudicatario de un piso tutelado, es vitalicio, salvo que, en el caso del usufructo y el derecho de habitación, se constituyan por un tiempo determinado, pues se rigen por el título constitutivo, y en el caso del residente de un piso tutelado, pierda su autonomía.

Como puede observarse, no es tarea sencilla pronunciarse sobre este tema, si bien, analizadas con cierto detenimiento las semejanzas y diferencias entre estos derechos y el residente de un piso tutelado, parece que existen menos discrepancias con el derecho de habitación. De todas formas no vamos a pronunciarnos de una manera definitiva sobre esta cuestión porque es ciertamente dudosa. Por el momento nos conformamos con dejar planteado el tema y esperar a ver si la jurisprudencia tiene ocasión de pronunciarse sobre ello, aunque no parece probable que un residente acuda a los tribunales para exigir el otorgamiento de escritura pública e inscribir su derecho.

D) *Pérdida de la condición de usuario: otras causas de extinción del derecho distintas de la pérdida de autonomía*

El artículo 15 de la Orden reguladora establece que la condición de usuario se perderá por alguna de las siguientes circunstancias:

- a) No superar el período de adaptación. Efectivamente, una vez incorporado el usuario al piso tutelado dispone de un período de adaptación de treinta días naturales siguientes al ingreso. Transcurrido este período sin resolución expresa en contra, consolida su plaza. En caso de no superar este período, el interesado deberá, en el plazo de diez días, abandonar la plaza ocupada, dándosele la opción de trasladarse a una plaza residencial, si éste fuera el recurso adecuado a sus necesidades, debiendo, en caso contrario, retornar a su entorno social (art. 13).
- b) Renuncia voluntaria a la plaza.
- c) Ausencia injustificada del centro, sin autorización expresa de la Dirección General del Mayor, por un tiempo superior a 45 días naturales al año.
- d) Por ocultación o falseamiento en los documentos o datos aportados por los interesados que hayan dado lugar a la adjudicación de la plaza.

(41) En este mismo sentido se ha pronunciado la SAP de Córdoba, de 21 de noviembre de 2000; AC, núm. 2252.

- e) Por dejar de reunir los requisitos establecidos en el artículo 3, en cuyo caso, la Dirección General del Mayor derivará a los interesados al recurso más adecuado a sus circunstancias y necesidades.
- f) Por incumplimiento reiterado y sistemático de la aportación establecida en el artículo 14.
- g) Por sanción, de acuerdo con el régimen disciplinario que sea de aplicación.

Como puede observarse, las causas enumeradas anteriormente por las que se pierde la condición de usuario, son de lo más heterogéneo, carentes de toda sistematización. Bien podrían ser agrupadas en voluntarias, como las recogidas en los apartados *a)*, aunque queda la duda de que el usuario no supere el período de adaptación dependa de su voluntad, si bien es cierto que si pone algo de su parte, bien pudiera superarlo; *b)*, *c)*, *d)* y *f)* Causas de extinción por sanción. Aquí no se establecen los actos que son sancionables, por lo que habrá que recurrir al reglamento de régimen interno de cada centro y, por último, dejar de reunir los requisitos exigidos para residir en un piso tutelado, como pudiera ser la pérdida de autonomía. Tampoco se especifica si esta enumeración es taxativa o, simplemente, enunciativa. Más bien parece una enumeración cerrada, salvo la pérdida por sanción, pues en este apartado pueden entrar un número considerable de conductas sancionables. En cualquier caso, está por determinar.

2. PAÍS VASCO: EL CASO DE LAS ENTIDADES LOCALES

En esta Comunidad rige el Decreto 41/1998, de 10 de marzo, sobre servicios sociales residenciales. Dentro de la clasificación que hace de los distintos servicios residenciales, contempla expresamente los pisos tutelados, así como las viviendas comunitarias que si bien son algo distinto de los primeros, también están dirigidas, al igual que los pisos tutelados, a personas autónomas, con la particularidad de que en estas viviendas pueden convivir hasta catorce personas, mientras que los pisos tutelados son individuales o dobles. No obstante no podemos dejar de citar la Ley 12/2008, de 5 de diciembre, del País Vasco, sobre servicios sociales, que hace una enumeración muy parecida a la que acabamos de citar, pero con alguna diferencia. El artículo 22 de la mentada Ley distingue: Piso de acogida que, como no entra dentro del ámbito de nuestro estudio, no vamos a analizarlos. Vivienda tutelada; apartamentos tutelados y vivienda comunitaria (42).

(42) De todas formas como esta Ley no está todavía desarrollada, no podemos analizar las diferencias, si es que existen, entre vivienda tutelada y apartamentos tutelados. En conversación telefónica con profesionales de los servicios sociales del Ayuntamiento de

Tras esta breve referencia a las viviendas comunitarias, nos vamos a limitar a los pisos tutelados que constituyen el objeto de este trabajo.

El artículo 2 del citado Decreto los configura como un conjunto de viviendas autónomas, individuales y/o dobles, que cuentan con servicios colectivos, de uso facultativo y que dan alojamiento a personas mayores con una situación psico-física y social que no precisa de recursos de mayor intensidad.

Una vez más resulta requisito prioritario, por un lado, la necesidad de alojamiento de la persona interesada como su autonomía y capacidad para realizar las actividades básicas de la vida diaria.

El apartamento tutelado es un recurso social orientado a atender las necesidades de alojamiento y seguridad de las personas mayores, preferentemente cuando éstas no disponen de un alojamiento adecuado, tienen problemas de convivencia o soledad o sus recursos no les permiten acceder a una vivienda de mercado.

No obstante en su artículo 1.3 dispone: «Expresamente se excluyen del ámbito de aplicación de este Decreto las viviendas unifamiliares en régimen de autogestión y los programas de acogimiento familiar. Igualmente se exceptúan los apartamentos en los que medie un contrato de compra-venta o cualquier otro modo de adquisición total o parcial de la propiedad regulada en Derecho, así como aquéllos en cuya formulación no se contemple el deber de pago periódico de las personas usuarias en contraprestación por el uso del apartamento y por la prestación de servicios».

Esto supone excluir del ámbito de aplicación del Decreto a los pisos tutelados que, al estar destinados a personas autónomas, la competencia de gestión corresponde al Departamento de servicios sociales de los Ayuntamientos. De hecho, la normativa del Ayuntamiento de San Sebastián sobre los apartamentos para personas mayores, declara que estos apartamentos no están afectados por el Decreto 41/1998, de 10 de marzo, ni por el 64/2004, de 6 de abril, ni cualquier otra regulación sobre servicios sociales. Ello sin

Donostia, en particular con una persona que se encarga específicamente de los pisos tutelados, me han comunicado que en todos los establecimientos destinados a personas mayores autónomas, se exigen los mismos requisitos y se prestan los mismos servicios, con independencia de que se trate de un piso tutelado o de una vivienda comunitaria. A pesar de que la normativa vigente en la materia permite residir en una vivienda comunitaria hasta catorce personas, en la actualidad, aún vigente esa normativa, están siendo destinadas a la residencia de sólo tres, o incluso se tiende a limitarlo a dos personas, con lo cual la diferencia existente entre estas viviendas y el piso tutelado es prácticamente inexistente. Lo que se desconoce en estos momentos es si existirá o no alguna diferencia entre los apartamentos tutelados y las viviendas tuteladas que prevé la Ley 12/2008, de 5 de diciembre, pues se prevé que no esté desarrollada hasta dentro de, por lo menos, un año, contado desde el 27 de enero de 2009 que es cuando se nos ha proporcionado esta información. Con fecha 19-4-2010 se publicó en el BO del País Vasco, núm. 71, el Decreto 101/2010, de 30 de marzo, que desarrolla la Ley 12/2008, de 5 de diciembre. Se refiere en exclusiva al Órgano Interinstitucional de Servicios Sociales, por lo que lo relativo a los pisos tutelados sigue tal como se ha expuesto en este trabajo.

embargo, no es óbice para que en el Anexo IV establezca los requisitos materiales y funcionales específicos para los apartamentos tutelados, además de lo establecido al respecto con carácter general para todos los servicios sociales residenciales en el punto 1 del anexo I. Este punto hace referencia a la ubicación idónea de los distintos servicios residenciales, incluidos los pisos tutelados. Deben estar emplazados en zona céntrica del municipio o, en su defecto, en lugar debidamente comunicado con el centro mediante transporte público. En su caso, facilitación por parte del servicio social residencial a las personas usuarias, en determinados días y horas, de otro medio alternativo de transporte al centro del municipio.

Además la zona de ubicación del servicio no ha de ser especialmente ruidosa ni peligrosa para la integridad física de las personas usuarias, reunirá la debida salubridad y contará con alrededores bien iluminados.

Deberá contar con jardines o espacios exteriores amplios donde pasear o, al menos, fácil acceso a plazas o jardines públicos (43).

A) *Requisitos de las personas usuarias: edad y autonomía relativa*

Las personas usuarias deben ser mayores de sesenta años con una situación psicofísica y social que no precise recursos de mayor intensidad y capaces de hacer por sí mismos las actividades de la vida diaria, tanto las básicas (alimentación, higiene, vestido, deambulación, control de esfínteres, etc.), como las instrumentales (realizar tareas del hogar, paseos, compras, gestiones, etc.), de forma independiente, con o sin apoyos.

El artículo 5.4 del Decreto dispone: «Aunque al principio las personas usuarias se valen por sí mismas para la realización del conjunto de actividades de la vida diaria, será preciso adecuar la oferta de servicios a sus requerimientos crecientes, dotándola de una mayor diversidad e intensidad de prestación con el paso del tiempo, para preservar la vida normalizada y fomentar la autonomía de esas personas. Por tanto, se debe contemplar la opción de proporcionar ayuda para la realización de las actividades de la vida diaria, con carácter puntual o continuado y con baja intensidad, bien de forma direc-

(43) Destaca la importancia de la ubicación para residencias y, en nuestro caso, pisos tutelados, en definitiva, alojamientos para personas mayores, CASINELLO PLAZA, A., «Diseño arquitectónico integral en residencias y otros alojamientos», en RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, P. (coord.), *ob. cit.*, págs. 96 y 97, poniendo de manifiesto la importancia de los lugares céntricos que deben cumplir unos parámetros de confort ambiental, relativo a la contaminación acústica y atmosférica para no constituir un entorno agresivo. El medio urbano, pues favorece la movilidad de los residentes para desplazarse por la ciudad y visitar familiares y conciudadanos. Además considera necesario potenciar el contacto con la naturaleza, primando la existencia de jardines, patios o terrazas que se pueden concebir como lugares de paseo, contemplación o terapéutico.

ta o mediante la coordinación con otros servicios. Asimismo se fomentarán actividades enfocadas a mejorar los aspectos relacionales y de participación social de las personas usuarias».

B) *Tutela de los servicios sociales*

Al denominarse apartamentos tutelados, parece que es propio que cuenten con algún tipo de tutela. En este sentido el artículo del citado Decreto establece que los apartamentos contarán con una persona física, profesional de los servicios sociales, que tendrá asumida la responsabilidad de servir de referencia a las personas usuarias. Su actividad presencial tendrá una duración, al menos, de ocho horas diarias; en su caso, esta presencia debe ser incrementada en función de las necesidades de las personas usuarias.

Además los apartamentos dispondrán de un servicio de teleasistencia durante las veinticuatro horas del día.

En su caso, la persona de referencia realizará funciones de mediación (44) con objeto de garantizar una correcta convivencia entre el conjunto de personas usuarias del conjunto de apartamentos y establecer la coordinación necesaria con los servicios sociales de base (45).

En los casos en que se precise una intervención urgente, y dentro del debido respeto a la privacidad de las personas usuarias, será imprescindible que la persona física de referencia tenga acceso inmediato al apartamento, con objeto de que pueda hacer las verificaciones útiles y necesarias.

2.1. Gipuzkoa. Ayuntamiento de Donostia

Quedando ya claro que las competencias en el País Vasco sobre pisos tutelados y demás servicios residenciales destinados a personas autónomas corresponde a los Ayuntamientos, vamos a examinar a continuación la normativa sobre los mismos del Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián (46).

(44) Respecto de la mediación, véase VILLAGRASA ALCAIDE, «El papel de la mediación familiar en la solución de los conflictos», en LASARTE ÁLVAREZ (dir.), *La protección de las personas mayores*, ob. cit., págs. 134 y 135, en las que extiende la mediación familiar a las desavenencias que puedan surgir entre las personas mayores y sus cuidadores y familiares.

(45) Por su parte el artículo 11 dispone que cada apartamento debe tener un sistema de intercomunicación adecuado para situaciones de emergencia, con puesto de control en el mismo edificio.

(46) El artículo 25.K, de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, atribuye a los municipios competencias en la prestación de los servicios sociales y promoción y reinserción social. Sobre este tema, véase MORETÓN SANZ, F.,

En el punto 5 de esta información básica sobre el tema y bajo el epígrafe: «ITINERARIOS FUTUROS DE LAS PERSONAS RESIDENTES», se señala lo siguiente: «Las personas mayores que se incorporan a los apartamentos lo hacen como personas autónomas que cuentan, en principio, con la autonomía o los apoyos suficientes para poder llevar una vida normalizada. La progresiva dependencia de estas personas en los apartamentos se verá institucionalmente apoyada de la misma manera que cualquier otro ciudadano del municipio. Esto es, con los servicios domiciliarios que estén a su disposición y con la regulación legal que les afecte. Si en su progresiva dependencia, tuvieran necesidad de servicios de día o residenciales, se actuará de la misma manera que con cualquier otro ciudadano: tramitando su solicitud en el centro que corresponda».

Incide en idéntica idea el punto 6 cuyo primer apartado coincide con el que acabamos de transcribir, pero el segundo es más concreto y explícito. Dice así: «en la previsión de esta progresión en la necesidad de servicios a futuro y una vez devenidos en personas dependientes seguirán su itinerario en plazas de la red pública destinadas a personas dependientes (competencia foral). La competencia foral de las personas dependientes es algo que reitera el reglamento municipal de servicios de alojamiento y convivencia para las personas mayores autónomas.

Como puede observarse, en Gipúzkoa, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en la Comunidad de Madrid, si el residente de un piso tutelado empieza a hacerse dependiente, se contempla la asistencia domiciliaria en el propio apartamento tutelado, salvo que dicha falta de autonomía sea ya muy considerable, en cuyo caso se tramitará su traslado a un centro más adecuado a su situación.

Una vez adjudicada la plaza, las personas residentes disponen de un período de adaptación de tres meses a las características y funcionamiento del servicio. El técnico de Trabajo Social de referencia del usuario y los profesionales de las empresas que gestionan los servicios, comentarán en todo momento con ésta los problemas que vayan surgiendo y se buscarán las soluciones necesarias para lograr una buena adaptación.

«Residencias de mayores y responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: nuevas perspectivas a la luz de la Ley española 39/2006, de Autonomía personal y atención a la dependencia», en *Derecho de daños*. Estudio Mario Castillo Freire. Lima. Perú, 2009 (en prensa). «Las residencias de personas mayores como servicio exigible en el marco de los derechos subjetivos de ciudadanía: consecuencias jurídicas de su inclusión en el Sistema para la autonomía y atención a la dependencia», en *Residencias y alojamientos alternativos para personas mayores en situación de dependencia*, LASARTE ÁLVAREZ y MORETÓN SANZ (dirs.), ed. Colex, Madrid, 2010, pág. 139 y sigs.

A) *Régimen económico del servicio*

Los precios vendrán determinados en la adjudicación del servicio. Anualmente, en su caso, el órgano competente actualizará esos precios según los incrementos establecidos en las condiciones de adjudicación del servicio.

Según el artículo 20 del Reglamento municipal de servicios de alojamiento y convivencia para personas mayores autónomas, la persona usuaria deberá abonar un porcentaje del coste del servicio que será calculado teniendo en cuenta su capacidad económica. Para la fijación de dicha capacidad se tendrán en cuenta la renta y el patrimonio del solicitante. Según el anexo II de dicho reglamento las personas usuarias cuyo patrimonio per capita supere los 32.995,89 (47) (cantidad que se irá actualizando anualmente en función del IPC de la Comunidad Autónoma Vasca) deberán sufragar, con la parte que exceda, el total del precio del servicio.

Lo cierto es que en función de la capacidad económica de los usuarios, unos pagarán la totalidad del servicio; otros sólo una parte, subvencionando el resto el Ayuntamiento y, para los menos pudientes, será gratuito. El apartado 2.º del citado artículo 20, dispone: «en casos excepcionales, y mediante informe del departamento de Bienestar Social, por diversas causas, se podrá acordar la exención de pago de la aportación del usuario».

B) *Extinción del servicio y del derecho*

El servicio se extinguirá por los siguientes motivos:

- a) Renuncia del usuario.
- b) Fallecimiento.
- c) Ingreso en otro recurso o programa.
- d) Desaparición de la causa de necesidad que generó la prestación del servicio.
- e) Ocultamiento o falsedad en los datos que hayan sido tenidos en cuenta para la concesión del servicio.
- f) Pérdida de alguno de los requisitos exigidos para obtener el servicio (vecindad, autonomía...).
- g) No aportar la documentación requerida para el seguimiento del servicio.
- h) Por agresión física o psicológica al personal que presta el servicio o a otros usuarios del mismo.
- i) Por demora injustificada en el pago de tres recibos del servicio, o por superar el plazo de suspensión por demora en el pago de dos

(47) Estas cantidades hacen referencia al año 2006.

recibos sin haber abonado la deuda y aportación y ayuda correspondiente.

- j) Por incumplimiento reiterado de las obligaciones de los usuarios previstas en este reglamento.

Como puede observarse, una vez más nos encontramos con una enumeración de causas de lo más heterogéneo, sin orden ni concierto. Tal vez estaría mejor si se agrupasen en causas voluntarias: en las que entrarían las contempladas en los apartados *a)*, *c)*, *g)* e *i)*; causas involuntarias: en este grupo se comprenderían las enumeradas en los apartados *b)* y *c)*; por sanción: apartados *h)* y *j)* y, por último, por pérdida de los requisitos exigidos. Nos ha llamado la atención que en el apartado *f)* se contempla como causa de extinción, la pérdida de los requisitos exigidos, como vecindad o autonomía, cuando, al menos en nuestra opinión, el apartado *d)* contempla un supuesto de pérdida de requisitos, como es la desaparición de la causa de necesidad que generó la prestación del servicio.

C) *Otras fórmulas de prestación del servicio: El derecho de habitación y el contrato subyacente*

Debemos distinguir, al respecto, los apartamentos tutelados, dependientes de los servicios sociales y las fórmulas genéricas de apartamentos para mayores, como las creadas y proyectadas por el Ayuntamiento de Donostia en Berio, Ategorrieta y Benta Berri, entre otras localidades, bajo la fórmula del derecho de habitación. En estos proyectos, las viviendas son adquiridas por los usuarios por un precio muy ventajoso y su valor es devuelto cuando se abandonan.

En primer lugar debemos destacar que, en nuestra opinión, esto no es un derecho de habitación, al menos, no tal como lo regula el Código Civil (48), sino una compra-venta en toda regla. Aunque el hecho de que el precio sea devuelto al abandonar la vivienda nos sugiere una compra-venta con pacto de retro, pero teniendo en cuenta la regulación de esta figura que exige el señalamiento de un plazo para recuperar la vivienda o el bien vendido (49), creemos que se trata de una condición resolutoria de que el usuario siga

(48) Al respecto, véanse los artículos 523 a 529 del Código Civil. También LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil, IV*, ed. Marcial Pons, 2009, págs. 291 y 292.

(49) En este sentido el artículo 1.508 del Código Civil dispone que «el derecho que trata el artículo anterior (que se refiere al retracto convencional) durará, a falta de pacto expreso, cuatro años contados desde la fecha del contrato. En caso de estipulación, el pacto no podrá exceder de diez años». Sobre el retracto convencional o pacto de retro, véase también LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil, III*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2009, págs. 244 y sigs.

residiendo en la vivienda. Desde el momento en que la abandone, ya sea por fallecimiento o por devenir en situación dependiente y pasar a ingresar en una residencia de asistidos, el derecho se extingue y se le devolverá el dinero pagado por la casa actualizado al IPC. Esto si la abandona por ingresar en una residencia o por cualquier otro motivo en vida del usuario. Si la abandona por fallecimiento, el dinero se devolverá a sus herederos. Una vez abandonadas estas viviendas, pasan a convertirse en pisos tutelados, o bien su reasignación a otros usuarios demandantes de este servicio.

Los derechos y obligaciones de estas personas, en definitiva propietarios de las viviendas que habitan, aunque el reglamento de los servicios públicos de alojamiento en edificios públicos de apartamentos para sectores sociales determinados, se refiera a ellos como habitacionistas y hable de la junta de habitacionistas equivalente a la junta de propietarios, son las reguladas en la Ley de Propiedad Horizontal.

3. LA REGULACIÓN DE LOS ESTABLECIMIENTOS RESIDENCIALES EN EL PRINCIPADO DE ASTURIAS: ENTRE EL CONTRATO ATÍPICO DE HOSPEDAJE Y EL TÍPICO DE ARRENDAMIENTO

En el Principado de Asturias, los apartamentos tutelados están regulados por el Decreto 10/1998, de 19 de febrero. Debemos decir al respecto que se trata de una regulación un tanto confusa, pues se aplica a todos los establecimientos residenciales, cuando las personas que ingresan en uno u otro no son las mismas o, más exactamente, no tienen iguales necesidades, resultando incluso en algunos aspectos, contradictoria. De hecho el artículo 1 dispone que el Decreto tiene por objeto la regulación del acceso en los establecimientos residenciales para ancianos, sin distinguir entre unos y otros, y el artículo 5 declara, por su parte, que: «Los establecimientos residenciales para ancianos se clasifican en: a) Residencias; b) Apartamentos residenciales, y c) viviendas y pisos tutelados».

Las residencias quedan fuera del ámbito de nuestro estudio (50), pero no así las viviendas y pisos tutelados y, teniendo en cuenta la definición, los apartamentos residenciales, que se parecen más a lo que en otras Comunidades llaman pisos tutelados. Veamos cómo define unos y otros.

El artículo 7 del presente Decreto considera apartamentos residenciales «los establecimientos formados por un conjunto de viviendas independientes destinadas al alojamiento de personas mayores que valiéndose por sí mismas, desean vivir de forma autónoma».

(50) Nos remitimos a la bibliografía citada y a MORETÓN SANZ.

Y en el artículo 8 se definen las viviendas y pisos tutelados como «pequeñas unidades de residencia y convivencia ubicadas en núcleos rurales o urbanos que, con el apoyo técnico de un servicio especializado, están destinadas al alojamiento de personas mayores con necesidades socio-familiares».

Como puede observarse, al referirse a las viviendas tuteladas no se exige autonomía en los residentes; es más, da la impresión de que incluso pueden estar afectadas por un cierto grado de dependencia al contemplar el apoyo técnico de un servicio especializado, a diferencia de lo que ocurre con los apartamentos residenciales y, desde luego, contrasta con el concepto de piso tutelado de otras CC.AA. Al definir las como «pequeñas unidades de residencia y convivencia» parece sugerir la idea de una residencia en la que convive un número reducido de personas, pero no de forma independiente como correspondería a un piso. La única exigencia es que tengan necesidades socio-familiares. ¿Qué debe entenderse por esto, que tengan problemas de convivencia con los familiares que los tienen a su cargo? Realmente, el concepto que nos proporciona de los pisos tutelados dista de estar claro (51).

A) Requisitos de los solicitantes: edad y/o pareja del solicitante

El artículo 9 del Decreto dispone que para obtener plaza residencial dependiente del Principado de Asturias tendrán la consideración de ancianos:

- a) Las personas mayores de sesenta y cinco años.
- b) Los pensionistas mayores de sesenta años.
- c) Los pensionistas mayores de cincuenta años con incapacidad física o psíquica cuyas circunstancias personales, familiares o sociales aconsejen el ingreso en un establecimiento residencial.

Debe tenerse en cuenta que estos requisitos son comunes a todos los establecimientos residenciales de Asturias, no sólo para los pisos tutelados o apartamentos residenciales. Se supone que en función de la situación y necesidades del interesado, se ingresará en uno u otro tipo de establecimiento. Por ejemplo, los contemplados en el apartado c) deberían ingresar en una residencia.

Podrá reconocerse también la condición de usuario a los efectos de obtener plaza residencial a quienes no reuniendo los requisitos señalados en los

(51) De todas formas, tras una conversación telefónica con los Servicios Sociales del Principado de Asturias, me han confirmado la necesidad de que las personas que acceden a un piso tutelado sean autónomas, pero se trata sobre todo de residencias ubicadas fundamentalmente en el mundo rural, donde convive un número reducido de residentes. En cualquier caso destacar que esto está siendo objeto de remodelación, y en el Principado de Asturias, las viviendas tuteladas tienden a desaparecer, quedando las residencias y los apartamentos residenciales, donde sí los residentes disponen de un piso para su uso.

artículos precedentes, sea cónyuge o pareja de hecho con relación de convivencia habitual análoga a la marital, ser pariente hasta el primer grado, por adopción o por consanguinidad; colateral hasta el segundo grado, siempre que exista dependencia acreditada respecto del solicitante y no se hayan obtenido los recursos adecuados a sus necesidades.

B) Requisitos de residencia en el Principado de Asturias

Las personas ancianas contempladas en el artículo anterior deberán residir en el Principado de Asturias, como mínimo los dos años inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud, salvo los contemplados en la letra c) que deben tener un período de residencia de tres años. Suponemos que esta mayor exigencia es por cuestión de la edad, pues difícilmente, dados los tiempos que corren y la esperanza de vida de las personas, a una persona de cincuenta años se le puede considerar anciana. Es más, en nuestra opinión, ni siquiera a los de sesenta o sesenta y cinco.

En el artículo 12 se contemplan otros requisitos que deben reunir las personas que pretenden acceder a un centro residencial, a saber, tener un estado de salud que no requiera asistencia continuada en instituciones sanitarias ni la adopción de medidas de salud pública, y no padecer trastornos de conducta que puedan perturbar gravemente la normal convivencia en el establecimiento residencial.

C) Régimen de acceso

Según el artículo 14.1, el acceso a los establecimientos residenciales del Principado de Asturias se realizará previa petición de los interesados, y la prioridad en las admisiones vendrá determinada por la valoración conjunta de las circunstancias personales y familiares del solicitante, recursos económicos, condiciones de habitabilidad de la vivienda, abandono o soledad, así como por sus condiciones físicas, psíquicas y sociales.

El apartado segundo del precepto dispone que, no obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el acceso a los apartamentos residenciales para ancianos y la permanencia en los mismos, dadas sus especiales características, requerirá las condiciones de adecuada capacidad física y psíquica, validez y autonomía personal del solicitante o solicitantes, así como mantener hábitos convivenciales adecuados.

El artículo 15 dispone que para efectuar el ingreso en un establecimiento residencial será condición necesaria la previa y libre manifestación de voluntad de la persona a ingresar.

Es este un requisito importante. En este sentido CHIMENO CANO (52) ponía de manifiesto que son ilegales los ingresos involuntarios de ancianos en centros geriátricos, salvo que estén amparados por resolución judicial que autorice o convalide la medida (art. 211 CC) (53). De ahí que el ingreso de un anciano en un centro geriátrico a instancia de familiares, cuando éste tiene plenas facultades intelectivas y volitivas y se opone a entrar en la residencia, es absolutamente ilícito, pudiendo incurrir tanto familiares como responsables de la residencia en un delito de detenciones ilegales (54). Por su parte, la Ley 30/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, dispone en su artículo 4.g), que las personas en situación de dependencia tienen derecho a decidir libremente sobre el ingreso en centro residencial.

Curiosamente el apartado 2.º del citado precepto disponía al respecto que cuando exista posible causa de incapacitación de la persona a ingresar en los términos establecidos en el artículo 200 CC, habrá de estarse para su ingreso a lo dispuesto en el Título IX del Libro 1.º del citado texto legal, como ver el artículo 763 LEC.

Si existe causa de incapacitación, puede que la persona a ingresar no disponga de libertad para decidir sobre su ingreso, y ni el Título IX del Código Civil, ni la actual regulación de la LEC, nos soluciona esta situación. Suponemos que esta remisión a la normativa del Código Civil sobre incapacitación es para que a la persona incurso en causa de incapacitación se la

(52) «El ingreso forzoso de ancianos en centros especializados» BIB 2000/126. Aranzadi, 2000. Véase también MORETÓN SANZ, F., «Derechos y obligaciones de los mayores en la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 70, págs. 62-64; «El nuevo sistema de protección de la persona con autonomía limitada: de la incapacitación judicial a la discapacidad y dependencia» en LASARTE ÁLVAREZ, C., *La protección de las personas mayores*, ob. cit., pág. 33; «La intervención judicial en los internamientos psiquiátricos: cuestiones sobre su aplicabilidad a los ingresos no voluntarios en residencias de mayores», en *Cuestiones actuales de la jurisdicción en España, I. La extensión y límites de la jurisdicción y los órdenes jurisdiccionales. I. Competencia de los órganos del orden civil*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 2009 (en prensa). En este sentido, también CALVO SAN JOSÉ, M. J., «Respuestas desde la Ley 39/2006 (RCL 2006/2226) a las personas en situación de dependencia», Aranzadi, 2007, pág. 7. MARTÍNEZ MAROTO, A., «Aspectos legales y consideraciones éticas básicas relacionadas con las personas mayores y los alojamientos», en RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, P., ob. cit., pág. 85, pone de manifiesto que los hijos o familiares de un residente no pueden conculcar su libertad de elegir el lugar o modo de vida que quiera según sus posibilidades, dejando claro que la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, de *Habeas Corpus*, en su artículo 1.º b) determina que se consideran ilegalmente detenidos a los internados ilícitamente en cualquier establecimiento o lugar; COUTO GALVEZ, R., *La protección jurídica de los ancianos*, ed. Colex, Madrid, 2007, pág. 135 y sigs.

(53) Debe tenerse en cuenta que el artículo 211 del Código Civil actualmente está derogado por la LEC 2000.

(54) Artículo 163 CP.

incapacite judicialmente, y así poder ingresar al incapacitado a instancia del tutor, pero con autorización judicial, pues así lo exige el artículo 271 del Código Civil; siempre que la sentencia de incapacitación establezca esta forma de guarda, claro, pues también puede ser sometido a curatela. Entendemos que estas personas no pueden acceder a un piso tutelado o apartamento residencial por su incapacidad.

D) *Régimen económico*

Toda la normativa de que disponemos, así el tantas veces citado Decreto de 1998, como el 41/2001, de 11 de abril, y el 2837/2007, de 26 de diciembre, coinciden en que el servicio no es gratuito. De hecho el último Decreto citado de 2007, contiene una lista de precios para el ejercicio 2008 y, desde luego, dista mucho de la gratuidad e incluso, de su asequibilidad.

E) *Firma del contrato*

Se refiere a este tema el artículo 24 del Decreto al disponer que notificada la concesión de la plaza al solicitante, éste o en su caso, su representante legal, para adquirir la condición de residente en un establecimiento residencial dependiente de la Administración del Principado de Asturias o en plaza concertada, deberá proceder necesariamente a la firma del contrato de hospedaje (55), entendiéndose en caso contrario que renuncia a la plaza adjudicada.

De la dicción de este precepto no deja de llamar la atención la referencia al representante legal de la persona que pretende acceder a un piso tutelado o a un establecimiento residencial, toda vez que ello implica que la persona en cuestión está judicialmente incapacitada, en cuyo caso carece de la capacidad física y psíquica y autonomía personal que se exige en el artículo 14.2 del Decreto regulador, ya que ni siquiera puede firmar el contrato, pues se contempla que lo haga su representante legal. Se supone que será para el ingreso en una residencia.

Por otro lado, el contrato que deben firmar debe ser de hospedaje. En nuestra opinión este contrato tal vez sea adecuado para el ingreso en una

(55) Sobre el contrato de hospedaje, véase, entre otros, LÓPEZ PELÁEZ, P., «La responsabilidad en la hostelería», en *Cuestiones sobre responsabilidad civil*, coordinado por DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2000, pág. 139 y sigs.; REPESA POLO, P., *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros por los efectos introducidos por los clientes*, Ed. Edersa, Madrid, 2004; O'Callaghan, X., «El contrato de hospedaje», en *Compendio de Derecho Civil*, t. II, vol. 2, 1993.

residencia o en un piso tutelado, tal como lo regula el Principado de Asturias, pero para los apartamentos residenciales nos queda la duda de que en realidad se trate de este contrato, para lo que quizá sea más ajustada la fórmula del arrendamiento —evidentemente, no de temporada—, porque si se entrega un piso a cambio de renta, que es lo que sucede en el caso de los apartamentos residenciales, eso, en nuestra opinión, es un arrendamiento. Así el Código Civil define el arrendamiento de cosas, entre el que estaría el de vivienda, en el artículo 1.543, como aquél en que una de las partes se obliga a dar a otra el uso o goce de una cosa por tiempo determinado y precio cierto.

Por su parte, la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, define el contrato de vivienda en el artículo 2 como aquel arrendamiento que recae sobre una edificación habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario. El problema que nos plantea el concepto que nos proporciona el Código Civil es que el arrendamiento lo considera por un tiempo determinado, cosa que no ocurre en los pisos tutelados o, en este caso, los apartamentos residenciales, pues aquí no hay tiempo preestablecido de duración. Incluso puede durar toda la vida. Por su parte la LAU, si bien no recoge en el concepto que la duración sea por tiempo determinado, no obstante el artículo 9 establece un plazo mínimo de duración de cinco años. Pero es de destacar que establece el plazo mínimo, no el máximo, si bien el artículo 10 admite la posibilidad de que el contrato se prorrogue por tres años más. Este período de ocho años debe entenderse como plazo máximo de la duración del arrendamiento. Sin embargo, debemos entender que si transcurrido ese plazo las partes deciden continuar con el contrato, o incluso celebrar un nuevo contrato, no parece haber nada que lo impida (56). El artículo 17 LAU hace referencia a la renta, que será la que libremente estipulen las partes, lo cual significa que debe mediar un precio que salvo pacto en contrario, la renta será mensual, mientras que en el contrato de hospedaje el pago del precio es único. No se establece una renta periódica mensual, como en el caso que estudiamos (57).

(56) En este sentido señalan Díez MÉNDEZ, N.; LEGIDO LÓPEZ, E., y LOMBARDÍA DEL POZO, *Visión judicial sobre los aciertos y desaciertos de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos: aspectos sustantivos y procesales (comentario urgente a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre)*, ed. Comares, Granada, 1995, pág. 48, que si transcurrido el plazo máximo de duración que prevé la LAU en ocho años, las partes decidieran continuar con el contrato, éste se regiría por el Código Civil, salvo que celebrasen un nuevo contrato, en cuyo caso la LAU desplegaría todos sus efectos. Véase también LASARTE ÁLVAREZ, C., «Principios de Derecho Civil, III», *ob. cit.*, pág. 210 y sigs.

(57) REPRESA POLO, P., al establecer las diferencias entre el hospedaje y el arrendamiento señala, entre otras, que el pago del precio en el hospedaje es único, mientras que en el arrendamiento lo habitual es que el pago sea periódico, *ob. cit.*, pág. 8; también LÓPEZ PELÁEZ, P., dice que en el contrato de hospedaje los precios se contarán por días o jornadas, *ob. cit.*, pág. 152.

Por otro lado, tenemos serias dudas de que las entidades gestoras o los propietarios se hagan cargo o asuman responsabilidad por los objetos introducidos por los residentes en los pisos, como generalmente ocurre en el contrato de hospedaje (58). La doctrina suele destacar la responsabilidad del hotelero por los efectos introducidos en su establecimiento, respondiendo por los daños sufridos en los efectos personales, cualquiera que sea el agente causante de los mismos, extraños o no al establecimiento (59). De hecho el artículo 1.783 califica como depósito necesario el de los efectos introducidos por los viajeros en las fondas y mesones (60).

También en el Derecho argentino se establece la responsabilidad del hotelero por los efectos introducidos por los viajeros en sus establecimientos, si bien aquí el contrato de hospedaje no es atípico; al referirse a este contrato ZUNINO, J. O. (61) prefiere referirse a la persona usuaria de un hotel, fonda o albergue, como «huésped» para significar que se trata de una persona en tránsito como elemento típico de la relación de hospedaje. Si debemos considerar que el hallarse en tránsito es un elemento típico del contrato de hospedaje, y hay que reconocer que en la mayoría de los casos lo es, debemos concluir que ni el contrato que debe firmar un usuario de un piso tutelado o un apartamento residencial es de hospedaje.

Cosa distinta son las residencias donde deberían los propietarios responder de los objetos introducidos por los residentes, pues el artículo 1.783 del Código Civil considera depósito necesario los efectos introducidos por los

(58) Cfr. LÓPEZ PELÁEZ, P., *ob. cit.*, pág. 144 y sigs.; REPRESA POLO, P., *ob. cit.*, pág. 11. También la jurisprudencia impone a los establecimientos hoteleros la obligación de indemnizar, entre otras cosas, por la sustracción de los objetos introducidos por los viajeros en su establecimiento. En este sentido podemos citar la STS de 8 de mayo de 2008, *Aranzadi*, núm. 286, en la que se condena a un hotel a indemnizar a un cliente por la sustracción de un vehículo aparcado en dependencias del establecimiento. En el mismo sentido, la SAP de Madrid, de 7 de febrero de 2008, *Aranzadi*, núm. 1185, en la que se condena a un establecimiento de hostelería a indemnizar a un cliente por la sustracción de unos esquís.

(59) Cfr. AURIOLES MARTÍN, A., *Introducción al Derecho turístico*, ed. Tecnos, Madrid, 2002, pág. 77; PÉREZ MARTELL, R., y GONZÁLEZ CABRERA, I., *El alojamiento turístico: problemática y soluciones en la ejecución del contrato de hospedaje*, La Ley, Madrid, 2008, pág. 30.

(60) Sobre el depósito necesario, cfr. AURIOLES MARTÍN, A., *ob. cit.*, pág. 77; LASARTE ÁLVAREZ, C., «Principios..., III», *ob. cit.*, pág. 337, considera que la responsabilidad del hotelero en estos casos no deriva del contrato de hospedaje, ni de la posible existencia de un contrato tácito de depósito, sino que es un caso de responsabilidad legal a cargo del hotelero respecto de los efectos introducidos en el ámbito de control del mismo. De igual opinión es LÓPEZ PELÁEZ, P., pero sólo en el caso de los efectos introducidos por los viajeros de forma no clandestina pero sin dar cuenta de los mismos al hotelero, *ob. cit.*, pág. 161. También en el Derecho argentino la responsabilidad del hotelero por los efectos introducidos en su establecimiento se rige por las disposiciones del depósito necesario, ZUNINO, J. O., *ob. cit.*, pág. 229.

(61) *Depósito y otras relaciones de guarda*, ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, pág. 238.

viajeros en las fondas y hoteles y, consecuentemente, hace responder al hostelero por los daños sufridos por los objetos introducidos. Claro que tal vez resulte un tanto forzado equiparar estas residencias con las fondas y mesones, donde la estancia suele ser más bien corta, mientras que en las residencias que estudiamos tiene carácter de una cierta permanencia. Pero, en nuestra opinión, eso no debería ser un obstáculo, pues existen personas que residen de forma un tanto permanente en un hotel o pensión, aunque también debemos reconocer que la posible permanencia de la estancia en estos establecimientos dista mucho de la que tiene lugar en estos apartamentos residenciales que, en principio, es definitiva.

Una vez concedida la plaza, existe un período de adaptación de treinta días a contar desde el ingreso con la finalidad de comprobar si los usuarios reúnen las condiciones físicas y psíquicas indispensables para residir en los establecimientos residenciales. En el caso de adaptación al centro, quedará confirmada la condición de residente, caso contrario se resolverá el cese de la permanencia en el centro.

F) *Pérdida de la condición de residente*

- a) A petición propia.
- b) Por fallecimiento.
- c) Por no superar el período de adaptación y observación.
- d) Por alguna causa determinante del contrato de hospedaje.

Una vez más, también aquí nos encontramos con una gran falta de criterio a la hora de enumerar las causas por las que se pierde la condición de residente.

4. LA RIOJA: LOS PISOS COMUNITARIOS Y CONTRATO DE HOSPEDAJE

Los pisos tutelados en la Comunidad de La Rioja presentan una peculiaridad, y es que, al igual que ocurre en el Principado de Asturias, no se adjudica un piso a una persona o pareja, sino que se trata de una especie de pequeña residencia o alojamiento comunitario, donde las personas deben gozar de autonomía, con un máximo de diez personas.

Se encuentran regulados por el Decreto 60/1998, de 9 de octubre: el artículo 2 los define como aquellos dotados de una unidad organizativa y funcional propia, que presten alojamiento y asistencia integral a un número inferior a once personas mayores de sesenta años.

A) *Requisitos de los residentes*

- a) Haber cumplido sesenta años en el momento de solicitar el ingreso.
- b) Mantener unas condiciones personales, físicas y psicofísicas, que les permita realizar por sí mismos las tareas de la vida diaria, acreditadas mediante una certificación médica emitida por una Institución Pública de salud.

Podrán adquirir también la condición de usuario el cónyuge o persona unida maritalmente al residente, así como los hermanos que acrediten su dependencia respecto al mismo, que sin haber cumplido los sesenta años reúnan los requisitos establecidos en la letra b) del apartado anterior, es decir, ser personas autónomas.

La verdad es que se nos escapa la dependencia de los hermanos respecto de los que pretenden ser residentes, dado que tienen que tener autonomía, salvo que se trate de una dependencia económica. Pero tampoco parece que se trate de este tipo de dependencia, pues si pretende acceder a un piso tutelado, su economía no será muy boyante, aunque en esta Comunidad la estancia en un piso tutelado no es gratuita. Además, puesto que pueden ser menores de sesenta años, parece que el dependiente debería ser el que pretenda acceder a la plaza, no al revés. A menos que se trate de una dependencia afectiva, pues pudiera darse la circunstancia de que vivieran juntos y el menor para evitar la soledad, ingresase también con su hermano en un piso tutelado, o sencillamente no disponga de medios económicos suficientes para sufragar él solo el coste de la vivienda si ésta no fuese en propiedad.

B) *Derechos y obligaciones de las personas usuarias*

Aparecen regulados en el artículo 4 del presente Decreto:

- a) *Derechos:* 1. Recibir información escrita de las normas de funcionamiento del piso o vivienda tutelada. 2. Ejercitar el derecho de queja, haciendo uso de las hojas de reclamaciones que han de existir en todo piso o vivienda tutelada.
- b) *Obligaciones:* 1. La persona usuaria será responsable del pago del precio público o privado establecido por su estancia en el piso o vivienda tutelada.

Serán, asimismo, derechos y obligaciones de las personas usuarias las que como tales se contemplan en el Reglamento de Régimen Interior del piso o vivienda tutelada, que en ningún caso podrán conculcar los derechos que la normativa vigente establece.

C) *Servicios*

El artículo 7 regula los servicios con que debe contar el piso tutelado. Tendrán un servicio de dirección y administración, que podrá ser desempeñado por una misma persona; y, además, deberá ofrecer, como mínimo, los servicios de mantenimiento, limpieza, lavandería, manutención, alojamiento y asistencia social y sanitaria.

En nuestra opinión, al tratarse de pisos tutelados y ser personas autónomas, los servicios de manutención y lavandería deberían ser opcionales, aunque tampoco es seguro que sean obligatorios, pues lo cierto es que esta regulación es bastante parca y deja en el aire muchos aspectos sin solucionar. La manutención entra dentro del servicio que se presta a los residentes; si un día no van a comer, deben comunicarlo, pero en ningún caso ellos pueden acceder a la cocina para prepararse su propia comida.

Desconocemos si el servicio de lavandería está a disposición de los residentes para que ellos mismos laven su ropa o, por el contrario, esto lo hagan los empleados del centro, como ocurre en los hoteles.

D) *Pérdida de la condición de usuario*

Esto se regula en el artículo 5 y la condición de usuario se perderá por alguna de las siguientes causas:

1. Por renuncia.
2. Por variación de las condiciones personales, físicas y/o psíquicas que les impida desarrollar las actividades normales de la vida con total autonomía y de manera permanente, precisando para ello de la asistencia de terceros.
Aunque el Decreto no lo diga, hay que suponer que, en tal caso, la persona que deviene en dependiente, será derivado a una residencia de asistidos si carece de familiares que se hagan cargo del residente.
3. Por fallecimiento.
4. Como consecuencia de sanción impuesta a través del correspondiente procedimiento sancionador en los pisos tutelados de titularidad pública.
5. Por falta de pago del precio público o privado establecido en la forma prevista en el Reglamento de Régimen Interior del piso.
6. Por cualquier otra causa establecida en el Reglamento de Régimen Interior del piso o vivienda tutelada.

Las personas a las que hace referencia el apartado 2 del artículo 3, en el supuesto de que el residente al que acompañen perdiera la condición de usuario

por cualquiera de las causas previstas en este artículo, deberán abandonar el piso o vivienda tutelada en el plazo de tres meses contados a partir de la fecha de baja, salvo que en dicha fecha cumplieren el requisito de edad exigido en el artículo 3.1.a) del presente Decreto.

Esto parece dar a entender que los derechos y obligaciones sólo afectan a los que tienen la consideración de residentes por haber solicitado la plaza y no a los acompañantes, como el cónyuge o hermanos, cuando también éstos residen en la vivienda y deberían estar sujetos a las mismas normas de convivencia. Supongamos que el residente es expulsado en virtud de un expediente sancionador, probablemente, aunque el Decreto no lo dice, por incumplimiento de las normas de convivencia establecidas. En este caso el acompañante también debe abandonar la vivienda, salvo que ya reúna los requisitos para continuar en la misma, en cuyo caso, entendemos que el acompañante debería solicitar seguir residiendo en la vivienda tutelada, dado que si está ahí es porque, en el caso de los hermanos, depende del residente, y en el caso del cónyuge, por su condición de tal, por lo que lo normal parecería que éstos sigan al residente. Pero ¿qué ocurriría si el que vulnera esas normas es el cónyuge o hermano del residente? Parece que este último seguiría en la vivienda, pero ¿y el acompañante? Como ya hemos señalado anteriormente esta norma deja mucho que desear, pues quedan puntos oscuros que no soluciona.

E) El contrato subyacente como contrato de hospedaje

Esta norma no se refiere en absoluto a la firma de un contrato por parte de las personas a las que se les ha adjudicado plaza en un piso tutelado, pero es de suponer que algo tendrán que firmar, pues de hecho existen unos derechos y obligaciones para ambas partes que deben ser asumidas y, para ello, es necesario la emisión de una declaración de voluntad en ese sentido, lo que viene a suponer la existencia de un contrato, aunque sea verbal dado el principio de libertad de forma que rige en nuestro Derecho. El último apartado del artículo 9 se limita a decir que: «al producirse el ingreso de la persona usuaria se entregará a la misma la oportuna copia del reglamento de Régimen Interior y se abrirá una ficha donde se recojan los datos personales, familiares y sanitarios».

En nuestra opinión, en este caso sí nos encontramos ante un contrato de hospedaje (62). Creemos que es así por las siguientes razones: en la enumeración que hace el artículo 4 del Decreto de los derechos y obligaciones de los usuarios, se contempla como derecho, el de queja haciendo uso de las hojas de reclamaciones que deben existir en todo piso tutelado, al igual que

(62) Véase, entre otros, LÓPEZ PELÁEZ, P., *ob. cit.*; REPRESA POLO, *ob. cit.*

ocurre entre otros, en los establecimientos hoteleros. En cuanto a las obligaciones que se les imponen, al igual que en los hoteles, mesones, etc., deben observar unas normas de conducta adecuadas y, por supuesto, pagar el precio correspondiente. Aquí puede que exista alguna diferencia, pues en el hospedaje el precio, como ya se ha puesto de manifiesto en líneas anteriores, es único (63), mientras que en los pisos tutelados, aunque la norma no se pronuncie al respecto, es de suponer que se pagará por meses; es decir, es periódico. Respecto de los servicios que se le ofrecen al residente, anteriormente enumerados, por lo que no vamos a reiterarlos, coinciden con los servicios de que disfruta el huésped de un hotel, salvo la asistencia social y sanitaria.

5. EL SISTEMA CANARIO: LOS PISOS TUTELADOS COMO FÓRMULA PREVENTIVA DE MARGINALIDAD Y EXCLUSIÓN SOCIAL

De esta Comunidad ya hemos avanzado algo en la introducción, entre otras cosas, el concepto, por lo que no vamos a reiterarlo. La Exposición de Motivos del Decreto 230/1998, de 18 de diciembre, que regula los pisos tutelados en la Comunidad en cuestión, señala que están orientados a evitar y superar conjuntamente con otros elementos del régimen público de Bienestar Social, las situaciones de necesidad y de marginación social que presenten los individuos, grupos y comunidades en territorio canario. Continúa diciendo la citada Exposición de Motivos que tiene como objeto la presente norma ofrecer soluciones concretas a determinados problemas detectados por los estudios que se han venido realizando en el ámbito de la Comunidad Autónoma, ya que una de las salidas obligatorias de gran parte de las situaciones de riesgo, malos tratos, abandono, pobreza, edad avanzada, soledad, conflicto o rupturas matrimoniales, limitaciones físicas o psíquicas, pasa por contar con una vivienda digna o lugar de residencia adecuado (64).

Como puede observarse, en Canarias los pisos tutelados están pensados para tal cúmulo de conflictos que, en la mayoría de los casos, no es de extrañar que se considere la permanencia temporal, salvo en casos de edad avanzada, que es el supuesto que nosotros estamos contemplando y quizá también en caso de limitaciones físicas o psíquicas. No obstante, el artículo 2 dispone lo siguiente al respecto: «será definitivo el alojamiento en los supuestos de personas que por razón de edad o incapacidad física no puedan normalizar su vida». No deja de llamar la atención que no se contemplen las incapacidades psíquicas como causa de que el alojamiento sea definitivo, tal vez por considerar que

(63) REPRESA POLO, *ob. cit.*, pág. 152.

(64) En esta misma línea parece ir el Anteproyecto de Ley Canaria de Acción Social y Servicios Sociales, pues entre sus objetivos, se dice que se dedica prioritariamente a las situaciones de pobreza, exclusión y desprotección.

este tipo de enfermedades requieran unas atenciones más especializadas que las que se dispensan en un piso tutelado, o bien por estar pensando en el supuesto de una depresión que con un tratamiento adecuado puede superarse, en cuyo caso la estancia sería temporal.

En los demás supuestos contemplados, en cuanto desaparezca la causa de necesidad que ha motivado que la persona residente haya accedido a estas viviendas, dejará de residir en ella y, por tanto, se espera que normalice su vida.

El último apartado del párrafo primero del artículo 2 dice lo que debe entenderse por autogestión. Dispone lo siguiente: «Por autogestión se entiende la organización de la vida en común de los usuarios, tanto desde el punto de vista del régimen interno como del de la aportación de los medios económicos necesarios para su funcionamiento». De la dicción de este apartado parece desprenderse que la estancia en un piso tutelado es gratuita. De hecho para las mujeres víctimas de violencia de género, sí lo es por disposición de la Ley 16/2003, de 8 de abril. Claro que la estancia en este caso es como máximo de doce meses. ¿Ocurrirá lo mismo en caso de que se trate de una estancia definitiva? Si nos atenemos a la dicción del precepto y, fundamentalmente a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 9, todo parece indicar que así es, no obstante, queda la duda.

A) Finalidad de los pisos tutelados

Destaca el artículo 3 que la finalidad de estos pisos es triple. Así:

1. Proporcionar asistencia orientada al desarrollo de la autonomía personal e integración social de los usuarios.
2. Ofrecer oportunidades de convivencia en un ambiente normalizado.
3. Ofrecer ayudas para las actividades cotidianas, organizativas y relacionales.

B) Usuarios

Dispone el artículo 4 del Decreto regulador que podrán ser usuarios de los pisos tutelados, aquellas personas que por circunstancias socio-familiares, económicas, físicas o psíquicas se vean impedidas para llevar a cabo una vida normalizada.

Haciendo una comparación de estos requisitos con los del resto de CC.AA., que regulan los pisos tutelados, observamos que en esta Comunidad no se exige la autonomía de los usuarios, puesto que pueden tener problemas físicos o psíquicos y las causas por las que se puede acceder a un piso tutelado son varias, no sólo la condición de personas mayores, respecto de las cuales no

señala una edad mínima para acceder a este tipo de viviendas, sino también, como hemos visto unas líneas más arriba, víctimas de malos tratos o afectados por rupturas matrimoniales. Lo que no queda claro en la norma es si pueden reunirse en un mismo piso personas afectadas por distintos problemas; es decir, ancianos, víctimas de malos tratos, etc., o existirán apartamentos para cada tipo de problema, como ocurre en otras Comunidades en las que existen unos pisos tutelados para mayores, otros para víctimas de malos tratos e incluso para personas con discapacidad.

De lo que se desprende de esta regulación es que no están diferenciados, lo que en nuestra opinión no parece muy adecuado y la seguridad y anonimato que necesitan como fórmula de protección. Al menos respecto de las mujeres víctimas de violencia de género, existe la Ley 16/2003, de 8 de abril, de prevención y protección integral de las mujeres contra la violencia de género, que también pueden alojarse en pisos tutelados, además de en casas de acogida. La Ley prevé en el artículo 28 la estancia de las mujeres víctimas de malos tratos en pisos tutelados, por un período máximo de doce meses. Por su parte, el artículo 31 dispone que: «tendrán derecho a la utilización de *forma gratuita* (65) de los pisos tutelados las personas que, habiendo residido en una casa de acogida, se encuentren en condiciones de abandonarla, y aquéllas que hayan agotado el plazo máximo legal de permanencia en casas de acogida». Es de destacar que las casas de acogida están previstas únicamente para mujeres víctimas de malos tratos y para las personas bajo su potestad, tutela, curatela, etc., a diferencia de lo que hemos visto que ocurría en los pisos tutelados. Ahora bien, del artículo 30 de la Ley parece desprenderse que los pisos tutelados en los que se acoge a mujeres víctimas de violencia de género, sólo residen ellas y las personas bajo su patria potestad, tutela, curatela, acogida o representación legal.

C) *Gestión*

Se refiere a ello el artículo 9 al disponer que los pisos tutelados serán gestionados por entidades públicas o entidades privadas sin ánimo de lucro, colaboradoras en la prestación de servicios sociales e inscritas como tales en el correspondiente Registro de Entidades Colaboradoras, si bien su titularidad corresponde a la Comunidad canaria según el artículo 8.1 del Decreto que comentamos. El apartado 2 del citado precepto dispone que «el uso» de los pisos tutelados puede ser cedido a entidades públicas o privadas en precario, en acceso diferido, o a través de cualquier otro medio de adjudicación de

(65) El subrayado es nuestro. Se desconoce si las demás personas que pueden acceder a un piso tutelado también lo harán de forma gratuita o no.

los que se empleen por la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Aguas de los previstos en la legislación vigente.

Según el artículo 9.2, las entidades gestoras de los pisos tutelados se comprometen a mantenerlos en perfectas condiciones de habitabilidad, siendo de su cargo las reparaciones de todos los desperfectos que sean debidos al transcurso del tiempo o al uso natural de las cosas. A su vez, el artículo 10 establece que la posesión de los pisos tutelados se perderá por: *a)* incumplimiento de la finalidad para la que fueron cedidos; *b)* por incumplimiento de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo anterior.

De esto se deduce que la posesión, que es un derecho real, a quien se transmite es a las entidades gestoras, que la pierden por incumplimiento de la finalidad para la que fueron cedidos y por incumplimiento de lo dispuesto en el apartado segundo del artículo anterior (art. 10).

D) Pérdida de la condición de usuario

El artículo 11 dispone que la condición de usuario se perderá en los siguientes supuestos:

1. Por el cese de las circunstancias que motivaron el acceso a este recurso.
2. Por el incumplimiento por parte del usuario de las normas que se establezcan reglamentariamente.

Esta enumeración parece incompleta, pues no recoge el transcurso del tiempo que una mujer víctima de violencia de género puede residir en un piso tutelado, pues la norma reguladora prevé un máximo de doce meses de estancia, con independencia de que la situación de riesgo persista.

E) Su consideración como casas de acogida

Como se ha visto hasta el momento, los pisos tutelados en la Comunidad Canaria presentan más semejanza con una casa de acogida, pese a su denominación legal de pisos tutelados, que con los pisos tutelados regulados por otras CC.AA. Lo primero que nos ha llamado la atención es que a diferencia de otras Comunidades que los consideran alojamientos alternativos al ingreso de una persona mayor en una residencia, y está básica, por no decir exclusivamente, destinados al alojamiento de personas de la tercera edad y, por tanto la estancia tiene un carácter indefinido, en Canarias la estancia en uno de estos pisos tiene carácter básicamente temporal, salvo excepciones, al igual que las casas de acogida. Por ello, nos parece, si no fuera porque en algún

supuesto concreto el alojamiento puede ser definitivo, que se trataría de una casa de acogida dado el carácter temporal de estancia en las mismas (66).

Como puede observarse, la regulación de los pisos tutelados en la Comunidad Canaria dista bastante de la establecida en las CC.AA. aquí analizadas, caracterizándose por su singularidad. De todas formas, pese a que el concepto de piso tutelado que nos proporciona el Decreto regulador destaca su carácter de alojamiento generalmente temporal, lo que le hace aproximarse a una casa de acogida, también dice que en algunos casos puede convertirse en definitivo, lo que a la vez, lo aproxima o, más bien lo convierte en el típico piso tutelado, dado que entre la variedad de personas que pueden acceder al mismo en esta Comunidad, también se encuentran las personas mayores, caso en que el alojamiento será definitivo (art. 2 del Decreto regulador).

V. EL CASO BOLONÉS: NOTA COMPARATIVA Y SISTEMA COOPERATIVISTA

Una experiencia semejante a la del País Vasco en la que los ancianos compran las viviendas, aunque en este caso es de forma definitiva, se da en Bolonia (Italia), donde una cooperativa ha construido un edificio de apartamentos que sólo pueden ser adquiridos por personas mayores y/o con discapacidad, con servicios para la seguridad y la salud, como sala de fisioterapia.

El edificio está ubicado en una zona de consolidada urbanización, bien dotada de medios de transporte público, con servicios comerciales de todo tipo y cercana a un gran parque. La residencia está dotada de un sistema de seguridad que garantiza los incidentes domésticos, las intrusiones indeseadas y las emergencias sanitarias, con vigilancia durante las 24 horas. Goza de estancias dedicadas al esparcimiento como sala de lectura, bar y sala de tele-

(66) Ahora bien, con la particularidad de que las casas de acogida están pensadas fundamentalmente para mujeres víctimas de malos tratos y a sus hijos (en este sentido puede citarse el Decreto 284/1996, de 23 de julio de Cataluña; el Decreto 5/2000, de 13 de enero de la Comunidad de Castilla y León; Decreto 38/2002, de 12 de marzo, de Castilla-La Mancha). Como la propia Comunidad Canaria prevé, pues, como ya se ha puesto de relieve, disponen de una norma que las regula y están pensadas exclusivamente para mujeres víctimas de violencia de género y los menores bajo su guarda, si bien éstas, una vez finalizada su estancia en la casa de acogida, pueden trasladarse a un piso tutelado por un período de doce meses. Debemos destacar que, generalmente, la normativa que regula las casas de acogida para mujeres maltratadas, de estancia temporal, prevé otro tipo de alojamiento donde instalarse cuando su estancia en la casa de acogida haya finalizado, pero no en pisos tutelados, como ocurre en la Comunidad Canaria. Podemos citar en este sentido el Decreto 38/2002, de 12 de marzo, de Castilla-La Mancha, que en su artículo 23 prevé la existencia de un «alojamiento provisional gratuito» a favor de mujeres víctimas de malos tratos cuando haya finalizado su estancia en la casa de acogida y lo precisen por su situación socio-laboral.

visión (67). No se exige de forma expresa que sean personas autónomas, pero ello se deduce del hecho de que deben adquirir las viviendas antes de dejar de trabajar, es decir, antes de la jubilación (aunque, como ya se ha visto, estos pisos también pueden ser adquiridos por discapacitados). Al menos por lo que a los mayores respecta, es de destacar que en Italia no existen pisos tutelados tal como los conocemos en nuestro país. Sólo existe la experiencia de Bolonia, única en Italia, anteriormente descrita, pero si bien en un sentido amplísimo se pudiera considerar viviendas tuteladas en el sentido de que están destinadas a un colectivo que pudiéramos denominar dependiente, como mayores y discapacitados, y de que disponen de mecanismos de protección y cuidados (caso de ser necesarios) para los residentes de estas viviendas. Por lo demás, estas personas son auténticos propietarios que adquieren estos apartamentos especialmente equipados para satisfacer sus necesidades, al igual que, como se ha visto, ocurre en determinadas localidades del Ayuntamiento de Donostia, con la particularidad de que aquí el contrato de compra se resuelve cuando el propietario deje de residir en la vivienda, cosa que no ocurre en Bolonia.

Aquí también se le ha dado importancia a la ubicación de los apartamentos, de modo que los usuarios dispongan de todos los servicios sin necesidad de grandes desplazamientos para la satisfacción de sus necesidades y, caso de ser necesario, pueden desplazarse con facilidad, pues disponen de los suficientes medios de transporte.

En Italia también parece existir una preferencia a que los ancianos permanezcan en sus casas, aunque haya que prestarle asistencia domiciliaria, pues el artículo 15 de la Ley de 8-11-2000, número 38, sobre servicios sociales, referente al servicio sanitario nacional en materia de prevención, cura y rehabilitación de patologías crónicas, particularmente de sujetos no autosuficientes, prevé reservar una cuota para el servicio de las personas ancianas no autosuficientes, para favorecer su autonomía y mantenerle en el núcleo familiar con asistencia domiciliaria (68).

V. CONCLUSIONES

Como se ha podido observar a lo largo del trabajo, los pisos tutelados constituyen alojamientos alternativos al ingreso de las personas mayores que

(67) «Case atizzate per anziani: una sperimentazione a Bologna», en *Autonomie locali e servizi sociali*, 1, 1999, pág. 129 y sigs.

(68) En este sentido, véase REALINO MARRA, *Diritti degli anziani e politiche sociali*, G. Giapichelli editore. Torino, 2005, pág. 5. Sobre residencias de ancianos, sobre todo dependientes, véase RAFFAELLA VITALE, «La qualità dei servizi residenziali», en REALINO MARRA, *ob. cit.*, págs. 87 a 92. Sobre la protección de ancianos, véase SCIANCALEPORE, G., y STANZIONE, P., *Anzian, Capacità e tutele giuridiche*, Ipsos editore, 2003.

gocen de autonomía para realizar las tareas básicas de la vida diaria, en una residencia, evitando así su institucionalización y desarraigo, en un intento de que estas personas lleven una vida lo más normalizada posible. Están pensados para ancianos que, o bien carecen de vivienda o ésta no reúne las necesarias condiciones de habitabilidad y no es susceptible de rehabilitación; con problemas económicos, dificultades socio-familiares, etc.

Dado que la regulación de la materia relativa a la Asistencia y Servicios Sociales corresponde a las Comunidades Autónomas y en algunos casos a los Ayuntamientos, es fácil comprender que la regulación es muy dispar. Cada Comunidad tiene la suya propia y no coinciden ni en el concepto, ni en la edad mínima que debe tener la persona para acceder a un piso tutelado. Por otro lado, en algunas Comunidades se le adjudica a cada persona un piso, como en Madrid, en otras se trata de viviendas en las que conviven un número reducido de residentes, número que varía dependiendo de cada Comunidad, pero nunca es superior a diez. Mientras en unos lugares son gratuitos, como Madrid, en otros no lo son en ningún caso, como en el Principado de Asturias, o se paga en función de la capacidad económica del residente, lo que conlleva que mientras unas personas tienen que abonar la totalidad del servicio, otras sólo parte y los menos pudientes, nada (País Vasco).

Y qué decir de la naturaleza del contrato que se supone debe existir cuando a una persona se le adjudica una plaza; si en unas Comunidades, como Asturias, exigen claramente la firma de un contrato de hospedaje, otras, como Madrid, hablan de la suscripción de un documento, sin otros calificativos, pero más se trata de un documento del que surgen derechos y obligaciones para ambas partes y, por tanto, parece ser un contrato. Con todo, la cuestión estriba en determinar qué tipo de contrato. Y la mayoría de las regulaciones aludidas ni siquiera hacen referencia al tema.

En lo que sí coinciden es que la persona que pretende acceder a un piso tutelado debe gozar de autonomía, salvo Canarias, que su norma reguladora ni menciona este requisito; claro que su regulación difiere sustancialmente del resto y a los pisos tutelados tiene acceso no sólo los mayores, sino también víctimas de malos tratos, personas con problemas provocados por crisis matrimoniales, etc. Evidentemente, en estos casos el alojamiento es temporal, salvo el de los mayores que es definitivo y también el caso de personas con problemas físicos, lo que nos ha llevado a pensar que también los mayores pueden adolecer de algún tipo de incapacidad al no exigir la independencia y admitir a personas con problemas físicos.

Otro punto de coincidencia, aunque no todas las normativas de las Comunidades que hemos estudiado lo abordan, estriba en que la ubicación de estos pisos estén en zona céntrica, cerca de parques y jardines y con fácil acceso a los distintos servicios y bien dotada de medios de transporte para proporcionar a los residentes una vida lo más normalizada posible que les permite

realizar sus compras, hacer gestiones, pasear y desplazarse para hacer alguna visita a familiares o amigos.

Se trata, en definitiva, de proporcionar al mayor un hogar, que se sientan, en la medida de lo posible, como en su propio domicilio. En alguna Comunidad incluso se permite a los residentes llevar su propio mobiliario, pese a que los apartamentos están totalmente amueblados y equipados, para que se acomoden como en casa.

Evidentemente no hemos analizado la normativa de todas las CC.AA. que disponen de pisos tutelados, sino sólo aquéllas que nos ha parecido más interesante su regulación y poder poner de manifiesto las diferencias entre ellas. Esto nos hace echar de menos una Ley que regule esta materia de forma unitaria, pero al corresponder la competencia a las CC.AA., parece un tanto difícil.

BIBLIOGRAFÍA

- ARCE FLÓREZ-VALDÉS, «La incapacidad eventual de autogobierno y las declaraciones de voluntad anticipadas (la tutela del siglo XXI)», en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, t. I, ed. Civitas, Madrid, 2003.
- AURIOLES MARTÍN, A., *Introducción al Derecho Turístico*, ed. Tecnos, Madrid, 2002.
- BERROCAL LANZAROT, «El apoderamiento o mandato preventivo como instrumento de prevención ante una eventual y futura pérdida de capacidad», en LASARTE ÁLVAREZ (dir.), *La protección de las personas mayores*.
- CALVO SAN JOSÉ, M. J., «Respuesta desde la Ley 39/2006 (RCL 2006/2226) a las personas en situación de dependencia», en *Aranzadi*, 2007.
- CASALENA, A., «Brevi note sui profili economico-aziendali delle Residenze assistenziali per anziani alla luce de la legge 328/2000», en *Revista Italiana di ragioneria e di Economia Aziendale*, enero-febrero, 2005.
- «Case attezzate per anziani: una sperimentazione a Bologna», en *Autonomia locali e servizi sociali*, I, 1999.
- CASINELLO PLAZA, A., «Diseño arquitectónico integral en residencias y otros alojamientos», en RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, P. (coord.).
- CHIMENO CANO, «El ingreso forzoso de ancianos en centros especializados», BIB, 2000. *Aranzadi*, 2000.
- COUTO GÁLVEZ, R., *La protección jurídica de los ancianos*, ed. Colex, Madrid, 2007.
- DEPARTAMENTO DE SERVICIOS SOCIALES, Diputación Foral de Gipuzkoa, *Apartamentos tutelados para personas mayores*, Gizaurre, 2. Ggizartekintza.
- DÍEZ MÉNDEZ, N.; LEGIDO LÓPEZ, E., y LOMBARDÍA DEL POZO, *Visión judicial sobre los aciertos y desaciertos de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos: aspectos sustantivos y procesales (comentario urgente a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre)*, ed. Comares, Granada, 1995.
- DORAL GARCÍA DE PAZOS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. VII, vol. I, dirigidos por ALBALADEJO Y DÍAZ ALABART.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S., «Los centros residenciales para personas mayores en el marco del sistema sobre servicios sociales», en ZURITA MARTÍN (coord.), *Responsabilidad*

- del internamiento derivada del internamiento de personas mayores dependientes en centros residenciales*, ed. Bosch, Barcelona, 2008.
- GARCÍA CANTERO, G., *Comentario del Código Civil*, T. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- JIMÉNEZ CLAR: «La autotutela y los apoderamientos preventivos», en *Jornadas sobre la nueva Ley de Protección del Discapacitado*, Valencia, 2004. Instituto Valenciano de Estudios Notariales, Valencia, 2005.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil, III*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2009.
- *Principios de Derecho Civil, IV*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2009.
- LEONSEGUI GUILLLOT, R. A., «La autotutela como mecanismo de autoprotección de las personas mayores», en LASARTE ÁLVAREZ, C. (dir.), *La protección de las personas mayores*, ed. Tecnos, Madrid, 2007.
- LINACAERO DE LA FUENTE, M., «La protección jurídica de las personas mayores», en AC, núm. 19, 2004.
- LÓPEZ PELÁEZ, A., y PONCE DE LEÓN ROMERO, «Atención social a la dependencia: un nuevo derecho de los ciudadanos mayores», en LASARTE ÁLVAREZ (dir.), *La protección de las personas mayores*, ed. Tecnos, Madrid, 2007.
- LÓPEZ PELÁEZ, P., «La responsabilidad en la hostelería», en DÍAZ AMBRONA BARDAJÍ (coord.), *Cuestiones sobre responsabilidad civil*. Ed. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2000.
- MARTÍNEZ MAROTO, A., «Aspectos legales y consideraciones éticas básicas relacionadas con las personas mayores y los alojamientos», en RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, P. (dir.).
- MORETÓN SANZ, F., «La construcción de un derecho subjetivo de ciudadanía: nuevas perspectivas sobre autonomía personal y dependencia», en *Las dimensiones de la autonomía personal. Perspectivas sobre la Ley 39/2006. Estudios en homenaje a Pilar Ramiro*, ed. Cinca, Madrid, 2008.
- «Residencias de mayores y responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: nuevas perspectivas a la luz de la ley española 39/2006, de Autonomía Personal y Atención a la Dependencia», en *Derecho de daños*, Estudio Mario Castillo Freire, Lima, Perú, 2009 (en prensa).
- «Derechos y obligaciones de los mayores en la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales*, 70.
- «El nuevo sistema de protección de las personas con autonomía limitada: de la incapacidad judicial a la discapacidad y dependencia», en LASARTE ÁLVAREZ, (dir.).
- «La intervención judicial en los internamientos psiquiátricos: cuestiones a su aplicabilidad a los ingresos no voluntarios en residencias de mayores», en *Cuestiones actuales de jurisdicción en España, I. La extensión y límites de la jurisdicción y los órdenes jurisdiccionales, I, competencia de los órganos del orden civil*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2009 (en prensa).
- NORES TORRES, «Servicios: el servicio de atención residencial», en ROQUETA BUJ, (coord.), *La protección de la dependencia*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, enero, 2007.

- O'CALLAGHAN, X., «El contrato de hospedaje», en *Compendio de Derecho Civil*, T. II, vol. 2, 1993.
- PÉREZ MARTELL, R., y GONZÁLEZ CABRERA, I., *El alojamiento turístico: problemática y soluciones en la ejecución en el contrato de hospedaje*, La Ley, Madrid, 2008.
- PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho Civil*, vol. III, ed. Bosch, Barcelona, 1989.
- RAFFAELLA VITALLE, «La qualità dei servizi residenziali», en REALINO MARRA.
- RAMS ALBESA, *Comentario del Código Civil*, T. I. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- REALINO MARRA, *Diritti degli anziani e politiche sociali*, G. Giapiachelli editore. Torino, 2005.
- REPRESA POLO, P., *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros por los efectos introducidos por los clientes*, ed. Edersa, Madrid, 2004.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, P., «Las personas mayores y los alojamientos», en *Residencias y otros alojamientos para personas mayores*, ed. Médica Panamericana, S. A., Madrid, 2007.
- «Las necesidades de las personas mayores dependientes», en *Revista del Ministerio de Asuntos Sociales*.
- «Servicios sociales para personas mayores en España», Observatorio de personas mayores y Alboma, Imsero. Servicios sociales para personas mayores en España», en *Boletín sobre el envejecimiento, perfiles y tendencias*.
- SCIANCELEPORE, G., y STANZIONE, P., *Anziani, Capacità e tutele giuridiche*, Ipsoa editore, 2003.
- UMBERTO MORELLI, «Istituto del pensionamento e crescita de la popolazione anziana», en *Aggiornamenti Sociali*, 1980.
- VIDAL PRADO, C., «La protección constitucional de la Tercera Edad», en LASARTE ÁLVAREZ, (dir.), *La protección de las personas mayores*.
- VILLAGRASA ALCAIDE, «El papel de la mediación familiar en la mediación de los conflictos», en LASARTE ÁLVAREZ (dir.).
- ZUNINO, J. O., *Depósito y otras relaciones de guarda*, ed. Astrea, Buenos Aires, 2006.
- ZURITA MARTÍN, I., *Responsabilidad derivada del internamiento de personas mayores dependientes en centros residenciales*, ed. Bosch, Barcelona, 2008.

RESUMEN

PISOS TUTELADOS ALOJAMIENTOS ALTERNATIVOS

En este trabajo hemos analizado los pisos tutelados como alternativa de alojamiento a los centros residenciales para personas mayores, en un intento de mantenerlos en un entorno familiar y evitando, así, su desarraigo e institucionalización. Como la competencia en materia de servicios sociales le corresponde a las

ABSTRACT

SUPERVISED FLATS ALTERNATIVE HOUSING

This paper looks at supervised flats as a alternative to institutional homes for the elderly, in an attempt to enable the elderly to remain in a familiar environment and thus avoid alienation and institutionalisation. Since authority over social services belongs to Spain's autonomous communities (regional govern-

Comunidades Autónomas, es fácil suponer la diversidad de regulaciones en cada una de ellas, si bien todas coinciden en algo: a los pisos tutelados sólo pueden acceder personas autónomas; es decir, aquéllas capaces de solucionar-se por sí solas las tareas básicas de la vida diaria, excepción hecha de la Comunidad canaria, cuya regulación se distancia mucho de la del resto de Comunidades analizadas, hasta el punto de acercarse más a una casa de acogida que a un piso tutelado.

Se ha analizado la naturaleza jurídica de los contratos que los residentes tienen que firmar o suscribir, en terminología de las normas reguladoras de algunas Comunidades. El Principado de Asturias, por ejemplo, exige explícitamente la firma de un contrato de hospedaje. Sin embargo, la normativa vigente en la Comunidad de Madrid se refiere simplemente a la suscripción de un documento, pero dado que del mismo surgen derechos y obligaciones para ambas partes, todo parece indicar que el citado documento es un contrato. La cuestión estriba en determinar de qué tipo es tal contrato, cosa que se ha analizado con el debido detenimiento, tratando, además, de determinar el derecho que se constituye a favor del residente habida cuenta de su carácter gratuito. Al estudio de estos y otros aspectos, como requisitos de acceso, derechos, obligaciones, etc., hemos dedicado el presente artículo.

ments), one may easily suppose that the regulations on the subject vary widely from community to community, although they all agree on one thing: Only autonomous persons, that is, persons who are able to handle the basic tasks of daily life for themselves, may gain access to supervised flats. The one exception is the Canary Islands, whose regulations are so very different from those of the rest of the communities looked at here that they make this housing alternative more closely resemble a shelter than a supervised flat.

The paper analyses the legal nature of the contracts that residents must sign, in terms of the rules in some communities. The Principality of Asturias, for example, explicitly requires a lodging agreement to be signed. The legislation in force in the Community of Madrid, on the other hand, refers simply to the signing of «a document»; but, since rights and obligations for both parties arise from that document, everything seems to indicate that the document is a contract. The issue lies in determining what kind of contract it is. This matter is looked at with all due care here, attempting, in addition, to determine what right the resident gains under the contract, since the contract is gratuitous. This article takes up the study of these and other points, such as access requirements, rights and obligations.

(Trabajo recibido el 15-6-2009 y aceptado para su publicación el 26-7-2010)

DICTÁMENES Y NOTAS

Las modificaciones estructurales de sociedades mercantiles a la luz de la Ley 3/2009, de 3 de abril: sus repercusiones registrales

por
ROSANA PÉREZ GURREA
Abogado

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. TRANSFORMACIÓN:
 - 1. REQUISITOS:
 - A) *Acuerdo de transformación.*
 - B) *Información a los socios.*
 - C) *Otros requisitos.*
 - 2. EFECTOS:
 - A) *Derecho de separación de los socios.*
 - B) *Efectos sobre la responsabilidad de los socios.*
 - C) *Modificaciones adicionales a la transformación.*
 - 3. REPERCUSIONES REGISTRALES.
- III. FUSIÓN:
 - 1. CONCEPTO Y CLASES.
 - 2. EFECTOS.
 - 3. FASES DEL PROCEDIMIENTO DE FUSIÓN.
 - 4. FUSIONES ESPECIALES.
 - 5. VALOR DE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL.
 - 6. FUSIONES TRANSFRONTERIZAS INTRACOMUNITARIAS.
- IV. ESCISIÓN:
 - 1. CLASES, REQUISITOS Y RÉGIMEN JURÍDICO.
 - 2. PROCEDIMIENTO DE ESCISIÓN.

3. DISTINCIÓN ENTRE LAS FIGURAS JURÍDICAS: ESCISIÓN PARCIAL Y APORTACIÓN DE RAMA DE ACTIVIDAD.

V. CESIÓN GLOBAL DEL ACTIVO Y DEL PASIVO:

1. CONCEPTO.
2. PROCEDIMIENTO.

VI. OTRAS MODIFICACIONES SOCIETARIAS:

1. MODIFICACIONES EN LA LSA.
2. MODIFICACIONES EN LA LSRL.

VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El pasado 4 de julio entró en vigor la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de sociedades mercantiles. Incorpora al derecho español la Directiva Comunitaria 2005/56/CE, relativa a fusiones transfronterizas de las sociedades de capital (1). Igualmente se incorpora la Directiva 2006/68/CE, por la que se modifica la Directiva 77/91/CEE del Consejo en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital. También se incorpora la Directiva 2007/63/CE, por la que se modifican las Directivas 78/855/CEE y 82/891/CEE del Consejo en lo referente al requisito de presentación de un informe de un perito independiente en caso de fusión o escisión de sociedades anónimas. Con ello nuestro Derecho de Sociedades se pone al día, puesta al día que quedará completada una vez se ponga en marcha la modificación de la 1.^a Directiva del Consejo, 68/151/CEE, de 9 de marzo de 1968, por la Directiva 58/2003/CEE, de 15 de julio, con la definitiva implantación del Registro Mercantil Electrónico.

Aborda por primera vez una regulación completa y global de las sociedades mercantiles, intentando modernizar y actualizar el régimen jurídico de las operaciones que modifican la estructura de las mismas. En este trabajo vamos a analizar sin ánimo exhaustivo estas operaciones como la fusión, transformación, escisión, cesión global del activo y del pasivo, incluido el traslado internacional del domicilio social, indicaremos las principales novedades, sus repercusiones registrales y las modificaciones introducidas en puntos esenciales del TR de la LSA y de la LSRL (2).

(1) Como señala Manuel GONZÁLEZ MENESES en la Revista *El Notario del siglo XXI*, núm. 27, septiembre-octubre de 2009: «Lo importante es que la necesidad de incorporar los mandatos de la Directiva 2005/56 para los supuestos de fusiones transfronterizas de capital ha venido a ser la ocasión para una remodelación de toda nuestra normativa sobre fusiones y otras operaciones análogas». «Nos encontramos ante una norma que supone un paso adelante en el fomento de la conocida ingeniería societaria».

(2) La Disposición Final 7.^a de esta Ley prevé la elaboración en un plazo de doce meses de un TR bajo el título de «Ley de sociedades de capital» en el que se integrarán

Dicho esto procedemos a exponer el concepto de modificaciones estructurales, EMBID IRUJO las define como conjunto heterogéneo de operaciones que alteran decisivamente el marco jurídico, organizativo y patrimonial del negocio de fundación de la sociedad.

Se trata de operaciones de reestructuración que implican una variación sustancial del conjunto de relaciones derivadas del contrato de sociedad y que persiguen adaptar y adecuar la estructura de la empresa a las nuevas exigencias económicas y societarias. La Ley que estamos examinando es aplicable a todas las sociedades que tengan la consideración de mercantiles, bien por la naturaleza de su objeto, bien por la forma de su constitución.

II. TRANSFORMACIÓN

La transformación es una operación que permite el cambio de forma social, permaneciendo inalterada la identidad y personalidad jurídica de la sociedad que continúa subsistiendo bajo la nueva forma.

Por su carácter de operación única, la transformación supone una simplificación del procedimiento de cambio de forma jurídica, sin necesidad de disolver y liquidar la sociedad y constituir otra nueva de tipo social diferente.

Pese al mantenimiento de personalidad jurídica, la posición jurídica de socios y terceros se ve afectada por la regulación del nuevo tipo social adoptado por la sociedad, por lo que es necesario establecer mecanismos de protección adecuados para salvaguardar sus legítimos intereses.

Como supuestos de posible transformación se recogen en la ley los siguientes:

- Las sociedades mercantiles inscritas se pueden transformar en cualquier otro tipo de sociedad mercantil, en sociedades cooperativas y en AIE incluyendo las AIEI y viceversa.
- Las sociedades civiles pueden transformarse en sociedades mercantiles.
- Las sociedades anónimas pueden transformarse en sociedades anónimas europeas y viceversa.
- Igualmente las cooperativas pueden hacerlo en cooperativas europeas y viceversa.

No es obstáculo para la transformación el que la sociedad esté en liquidación, siempre que no haya comenzado la distribución del patrimonio entre los socios.

las normas del Código de Comercio relativas a las sociedades comanditarias por acciones, el TR de la LSA y de la LSRL y el título de la LMV, relativo a sociedades anónimas cotizadas.

Con la nueva regulación se amplía el concepto de transformación, sobre todo para la sociedad anónima que antes sólo podía transformarse en otro tipo de sociedad mercantil *ex* artículo 223 de la LSA (derogado), el cual añadía que salvo disposición legal en contrario, cualquier transformación en otro tipo de sociedad será nula.

No se contempla la transformación de sociedad mercantil en sociedad civil, con lo que se restringe el concepto que de la transformación tenía el artículo 87.2 de la LSRL (hoy derogado), que permitía la transformación de la limitada en sociedad civil cuando su objeto no fuera mercantil.

1. REQUISITOS

A) *Acuerdo de transformación*

La transformación de la sociedad habrá de ser acordada necesariamente por la junta de socios (art. 8.1). El acuerdo de transformación tendrá que ser adoptado con los requisitos y formalidades establecidos en el régimen de la sociedad que se transforma (art. 10.1).

En las sociedades anónimas y sin que sea posible delegar el acuerdo en el órgano de administración, el acuerdo debe adoptarse con el *quórum* reforzado del artículo 103. En las sociedades limitadas, el artículo 53.2 exige el voto favorable de al menos 2/3 de los votos correspondientes a las participaciones en que se divide el capital social. Asimismo, según el artículo 217 del RRM, en las sociedades colectivas será necesario el consentimiento de todos los socios colectivos y en las comanditarias simples se estará a lo dispuesto en la escritura social; respecto a las sociedades comanditarias por acciones el artículo 156 del Código de Comercio se remite a la LSA.

El acuerdo deberá incluir la aprobación del balance de la sociedad presentado para la transformación con las modificaciones que en su caso resulten procedentes, así como de las menciones exigidas para la constitución de la sociedad cuyo tipo se adopte *ex* artículo 10.2.

Según la RDGRN, de 2 de febrero de 1996, tiene por objeto «proporcionar a los socios información precisa sobre la composición y valor del patrimonio social y el de su participación en la sociedad, a fin de ejercitar los derechos que en cada caso les concede la ley».

B) *Información a los socios*

Para que los socios puedan decidir sobre la conveniencia y oportunidad de la transformación social, se establece a su favor un derecho de información

sobre los aspectos jurídicos y económicos de la transformación que se materializa en la necesidad de poner a su disposición los documentos que sirven de presupuesto a la operación.

Así al convocar la junta en que haya de deliberarse sobre el acuerdo de transformación los administradores deberán poner en el domicilio social, a disposición de los socios, que deberán pedir su entrega o envío gratuito, incluso por medios electrónicos los siguientes documentos: 1.º El informe de los administradores que explique y justifique los aspectos jurídicos y económicos de la transformación. 2.º El balance de la sociedad a transformar. 3.º El informe del auditor de cuentas sobre el balance presentado. 4.º El proyecto de escritura social o estatutos de la sociedad que resulte de la transformación.

No será precisa la puesta a disposición o envío de la información cuando el acuerdo de transformación se adopte en junta universal y por unanimidad.

El acuerdo de transformación se publicará una vez en el *BORM* y en uno de los diarios de gran circulación de la provincia en que la sociedad tenga su domicilio (como vemos se reduce la publicidad del acuerdo de transformación antes se publicaba tres veces y ahora solo una). La publicación no será necesaria cuando el acuerdo se comunique individualmente por escrito a todos los socios a través de un procedimiento que asegure su recepción.

C) Otros requisitos

La transformación no libera por sí sola a los socios del cumplimiento de sus obligaciones frente a la sociedad. Así en el supuesto de transformación de sociedad anónima en otra forma social, se establecen dos requisitos particulares que han de cumplirse con carácter previo a la adopción del acuerdo de transformación:

1. Si el tipo social adoptado exige el desembolso total del capital social es necesario efectuar dicho desembolso o reducir el capital social por condonación de dividendos pasivos. La realidad de los desembolsos se ha de acreditar ante el notario autorizante de la escritura pública por algunos de los medios previstos al efecto, debiendo incorporarse a ésta en original o testimonio los documentos acreditativos.
2. Si la sociedad transformada tiene emitidas obligaciones de la clase que sean y en la que se transforma no está permitido emitirlas, es preciso la previa amortización o conversión en su caso de esas obligaciones.

Como límite, destacaremos que el acuerdo de transformación no podrá modificar la participación social de los socios, si no es con el consentimiento de todos los que permanezcan en la sociedad.

2. EFECTOS

La tutela de los socios de la sociedad que se transforma se articula mediante el reconocimiento del derecho a separarse de la sociedad. Por otro lado, los titulares de derechos especiales distintos de las acciones pueden oponerse a la transformación impidiendo que ésta pueda llevarse a efecto.

A) *Derecho de separación de los socios*

Se concede un derecho de separación facultativo para los socios que no hayan votado a favor del acuerdo de transformación, conforme a lo dispuesto para las sociedades de responsabilidad limitada. Están legitimados para ejercitar este derecho los socios que han votado en contra, en blanco, se han abstenido o no hayan asistido a la Junta General que adoptó el acuerdo. Adicionalmente se contempla la separación automática para los socios que por la transformación pasen a asumir responsabilidad personal por las deudas sociales.

La transformación no podrá tener lugar si dentro del mes siguiente a la publicación en el *BORM* se opusieran titulares de derechos especiales distintos de las acciones. El ejercicio del derecho de oposición determina como efecto que la transformación no pueda tener lugar y por tanto que el acuerdo adoptado devenga ineficaz.

B) *Efectos de la transformación sobre la responsabilidad de los socios*

Los socios que en virtud de la transformación asuman responsabilidad personal e ilimitada por las deudas sociales responderán en la misma forma de las deudas anteriores a la transformación. Salvo que los acreedores sociales hayan consentido expresamente la transformación, subsistirá la responsabilidad de los socios que respondían personalmente de las deudas de la sociedad transformada por las deudas sociales contraídas con anterioridad a la transformación de la sociedad. Esta responsabilidad prescribirá a los cinco años a contar desde la publicación de la transformación en el *BORM*.

C) *Modificaciones adicionales a la transformación*

Con carácter *ex novo* se regula la posibilidad de que la transformación de la sociedad pueda ir acompañada de la incorporación de nuevos socios. Cuando la transformación vaya acompañada de la modificación del objeto, el domicilio, el capital social u otros extremos de la escritura o de los estatutos,

habrán de observarse los requisitos específicos de esas operaciones conforme a las disposiciones que rijan el nuevo tipo social.

3. REPERCUSIONES REGISTRALES

La transformación se hará constar en escritura pública que ha de ser otorgada por la sociedad y por todos los socios que pasen a responder personalmente de las deudas sociales.

Además de las menciones exigidas para la constitución de la sociedad cuyo tipo se adopte, la escritura pública de transformación habrá de contener la relación de socios que hubieran hecho uso del derecho de separación y el capital que representen, así como la cuota, las acciones o las participaciones que se atribuyan a cada socio en la sociedad transformada. Si las normas sobre la constitución de la sociedad cuyo tipo se adopta así lo exigieran, se incorporará a la escritura el informe de los expertos independientes sobre el patrimonio social.

La eficacia de la transformación quedará supeditada a la inscripción de la escritura pública en el Registro Mercantil. Una vez inscrita, la transformación podrá ser impugnada en el plazo de tres meses.

III. FUSIÓN

1. CONCEPTO Y CLASES

La fusión es un procedimiento societario de concentración empresarial en virtud del cual dos o más sociedades mercantiles inscritas se integran en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante, que puede ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan.

El régimen jurídico de la fusión se contiene con carácter general en los artículos 22 a 53 de la Ley de 3 de abril de 2009, sin perjuicio de las limitaciones que pueda imponer la Ley de Defensa de la Competencia de 3 de julio de 2007.

Clases

- Fusión por creación de nueva sociedad o fusión propia: La fusión en una nueva sociedad implicará la extinción de cada una de las socie-

dades que se fusionan y la transmisión en bloque de los respectivos patrimonios sociales a la nueva entidad, que adquirirá por sucesión universal los derechos y obligaciones de aquéllas.

- Fusión por absorción: Si la fusión hubiera de resultar de la absorción de una o más sociedades por otra ya existente, ésta adquirirá por sucesión universal los patrimonios de las sociedades absorbidas, que se extinguirán, aumentando en su caso, el capital social de la sociedad absorbente en la cuantía que proceda.

2. EFECTOS

La fusión se apoya, tanto en los casos de fusión por creación de nueva sociedad como en los de fusión por absorción en tres presupuestos distintos que podemos considerar al mismo tiempo como efectos legales de la misma por ministerio de la ley y que son los siguientes:

A) *Extinción de alguna sociedad*

La fusión exige en todo caso la extinción de alguna de las sociedades participantes en la operación. En la fusión por creación de nueva sociedad se extinguen todas las sociedades fusionadas, ya que éstas integran sus socios y patrimonios en la nueva sociedad resultante. Y en la fusión por absorción se extinguen únicamente las sociedades absorbidas, de tal forma que la absorbente que pasa a integrar a los socios y patrimonios de aquéllas, conserva su propia identidad y personalidad jurídica.

B) *Transmisión en bloque de los patrimonios de las sociedades extinguidas*

En cualquier supuesto de fusión, los patrimonios de las sociedades que se extinguen se transmiten en bloque a la nueva sociedad (fusión por creación de nueva sociedad) o a la sociedad absorbente (fusión por absorción). Lo característico de esta transmisión es que se produce a título universal, de tal modo que la sociedad resultante sucede a las extinguidas en el conjunto de sus relaciones jurídicas.

Por tanto, los distintos bienes, derechos y obligaciones integrados en el patrimonio de la sociedad extinguida se transmiten *uno actu* y en virtud de la propia fusión, sin necesidad de utilizar los negocios jurídicos precisos para la transmisión de cada uno de dichos elementos.

C) *Incorporación de los socios de las sociedades extinguidas a la nueva o a la absorbente*

La fusión no sólo implica la confusión de los patrimonios de las sociedades participantes, sino también la unión de sus respectivos socios. Así el artículo 24.1 de la Ley 3/2009 señala que: «Los socios de las sociedades extinguidas se integrarán en la sociedad resultante de la fusión, recibiendo un número de acciones o participaciones, o una cuota, en proporción a su respectiva participación en aquellas sociedades».

En las operaciones de fusión el tipo de canje de las acciones o participaciones es una de las cuestiones que más ha cuidado la ley buscando la protección de los socios de la sociedad extinguida, debe establecerse sobre la base del valor real de su patrimonio. Cuando sea conveniente para ajustar el tipo de canje, los socios podrán recibir además una compensación en dinero que no exceda del 10 por 100 del valor nominal de las acciones o de las participaciones.

También se regula la prohibición de canje de participaciones propias en el artículo 26 de la Ley y la finalidad de esta prohibición es evitar la emisión de títulos que no lleven aparejada una aportación patrimonial.

3. FASES DEL PROCEDIMIENTO DE FUSIÓN

A) *Fase preparatoria*

Los administradores de cada una de las sociedades que participen en la fusión habrán de redactar y suscribir *un proyecto común de fusión*. Si falta la firma de alguno de ellos, se señalará al final del proyecto, con indicación de la causa. Una vez suscrito el proyecto común de fusión, los administradores de las sociedades que se fusionen se abstendrán de realizar cualquier clase de acto que pudiera comprometer la aprobación del proyecto o modificar sustancialmente la relación de canje de las acciones o participaciones.

El proyecto de fusión quedará sin efecto si no hubiera sido aprobado por las juntas de socios de todas las sociedades que participen en la fusión dentro de los seis meses siguientes a su fecha. El contenido del proyecto de fusión se encuentra regulado en el artículo 31 de la Ley 3/2009.

Publicidad del proyecto de fusión: Los administradores están obligados a presentar un ejemplar del proyecto común de fusión para su depósito en el Registro Mercantil correspondiente a cada una de las sociedades que participan en la fusión. Efectuados el depósito y la calificación del Registrador, éste comunicará al Registrador Mercantil central, para su inmediata publicación en el *BORM*, el hecho del depósito y la fecha en que hubiere tenido lugar.

La publicación de la convocatoria de las juntas de socios que hayan de resolver sobre la fusión no podrá realizarse antes de que hubiese quedado efectuado el depósito, salvo que se trate de la celebración de junta universal. En el anuncio en el *BORM* deberán constar la denominación, el tipo social y el domicilio de las sociedades que se fusionan, así como sus datos registrales.

Para mayor garantía de los socios y terceros, el proyecto de fusión deberá ser informado por los administradores y por expertos independientes:

1. Los administradores de cada una de las sociedades que participan en la fusión elaborarán un informe explicando y justificando detalladamente el proyecto común de fusión en sus aspectos jurídicos y económicos, con especial referencia al tipo de canje de las acciones, participaciones o cuotas y a las especiales dificultades de valoración que pudieran existir, así como las implicaciones de la fusión para los socios, los acreedores y los trabajadores.
2. Cuando la sociedad resultante de la fusión sea anónima o comanditaria por acciones, los administradores de cada una de las sociedades deberán solicitar del Registrador Mercantil correspondiente al domicilio social, el nombramiento de uno o varios expertos independientes y distintos, para que por separado emitan informe sobre el proyecto común de fusión. No obstante, los administradores de todas las sociedades que se fusionan podrán pedir al Registrador mercantil que designe uno o varios expertos para la elaboración de un único informe.

El balance de fusión es un documento meramente informativo de la situación patrimonial de las sociedades participantes en la fusión, pero imprescindible para la valoración de sus masas patrimoniales a efectos de la determinación del tipo de canje de los títulos.

La redacción y firma del proyecto de fusión condiciona a los administradores de cada sociedad a preparar el balance de su respectiva sociedad que servirá de base a la fusión. No es necesario que se trate de un balance especialmente elaborado para la fusión, pues la Ley 3/2009 en su artículo 36 tipifica: «El último balance de ejercicio aprobado podrá considerarse balance de fusión, siempre que hubiera sido cerrado dentro de los seis meses anteriores a la fecha del proyecto de fusión. Si el balance anual no cumpliera con ese requisito, será preciso elaborar un balance cerrado con posterioridad al primer día del tercer mes precedente a la fecha del proyecto de fusión, siguiendo los mismos métodos y criterios de presentación del último balance anual. En ambos casos podrán modificarse las valoraciones contenidas en el último balance en atención a las modificaciones importantes del valor razonable que no aparezcan en los asientos contables».

Verificación y aprobación del balance. El balance de fusión y las modificaciones de las valoraciones contenidas en el mismo deberán ser verificados

por el auditor de cuentas de la sociedad, cuando exista obligación de auditar, y habrán de ser sometidos a la aprobación de la junta de socios que resuelva sobre la fusión a cuyos efectos deberá mencionarse expresamente en el orden del día de la junta.

Impugnación del balance de fusión. La impugnación del balance de fusión no podrá suspender por sí sola la ejecución de la fusión. El socio que se considere perjudicado por la indemnización compensatoria, puede pedir el nombramiento de un experto al Registrador Mercantil para que fije dicha indemnización.

B) *El acuerdo de fusión*

Al convocar la junta a la que haya de someterse la aprobación de la fusión, es necesario que los administradores pongan a disposición de los socios, obligacionistas y titulares de derechos especiales para su examen en el domicilio social una serie de documentos relativos al proyecto de fusión, los informes de los expertos y de los administradores, las cuentas anuales, el balance de las sociedades y las cuentas de los tres últimos ejercicios, etc... Además los administradores estarán obligados a informar a la junta de socios de las sociedades que se fusionen las modificaciones importantes del activo o del pasivo acaecidas en cualquiera de ellas entre la fecha de redacción del proyecto de fusión y la de la reunión de la junta de socios que haya de aprobarla.

La fusión habrá de ser acordada necesariamente por la junta de socios de cada una de las sociedades que participen en ella, ajustándose estrictamente al proyecto común de fusión, con los requisitos y formalidades establecidos en el régimen de las sociedades que se fusionan (3). Cualquier acuerdo de una sociedad que modifique el proyecto de fusión equivaldrá al rechazo de la propuesta.

La publicación de la convocatoria de la junta o en su caso la comunicación del proyecto de fusión a los socios, habrá de realizarse con un mes de antelación como mínimo a la fecha prevista para la celebración de la junta. Cuando la fusión se realice mediante la creación de una nueva sociedad, el acuerdo de fusión deberá incluir las menciones legalmente exigidas para la constitución de aquella.

El acuerdo de fusión exigirá además el consentimiento de todos los socios que por virtud de la fusión pasen a responder ilimitadamente de las deudas sociales, así como el de los socios de las sociedades que se extingan que

(3) En el caso de sociedades anónimas se aplica el *quórum* reforzado del artículo 103: En primera convocatoria se precisa la concurrencia de accionistas presentes o representados que posean al menos el 50 por 100 del capital suscrito con derecho a voto. En segunda convocatoria es suficiente la concurrencia del 25 por 100 de dicho capital. En el caso de sociedades de responsabilidad limitada es necesario obtener el voto favorable de al menos dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divide el capital social.

hayan de asumir obligaciones personales en la sociedad resultante de la fusión. También será necesario el consentimiento individual de los titulares de derechos especiales distintos de las acciones cuando no disfruten en la sociedad resultante de la fusión, de derechos equivalentes a los que les correspondían en la sociedad extinguida.

Como norma facilitadora de las fusiones en sociedades que no sean anónimas o comanditarias por acciones, el artículo 42 permite prescindir de los requisitos del proyecto, balance, información sobre la fusión y publicación de la convocatoria si se adopta el acuerdo en junta de socios con la asistencia o representación de todos ellos y por unanimidad.

C) *Ejecución del acuerdo de fusión*

La fusión es una operación esencialmente formal. Una vez acordada por todas las sociedades interesadas hay que cumplir ciertos requisitos de publicidad y forma que la ley establece para su validez.

El acuerdo de fusión una vez adoptado *se publicará* en el *BORM* del Registro Mercantil y en uno de los diarios de gran circulación en las provincias en las que cada una de las sociedades tenga su domicilio. En el anuncio se hará constar que el derecho que asiste a los socios y acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado y del balance de fusión, así como el derecho de oposición que corresponde a los acreedores. No será necesaria la publicación cuando el acuerdo se comunique individualmente por escrito a todos los socios y acreedores por un procedimiento que asegure la recepción de aquél en el domicilio que figure en la documentación de la sociedad.

Como sistema de protección de los acreedores sociales se articulan dos medidas:

1. Derecho de oposición de los acreedores. La fusión no podrá ser realizada antes de que transcurra un mes contado desde la fecha de publicación del último anuncio del acuerdo por el que se aprueba la fusión o en caso de comunicación por escrito a todos los socios y acreedores del envío de la comunicación al último de ellos. Dentro de ese plazo, podrán oponerse a la fusión los acreedores de cada una de las sociedades que se fusionan cuyo crédito haya nacido antes de la fecha de publicación del proyecto de fusión, no haya vencido en ese momento y hasta que se les garanticen tales créditos. No gozarán de este derecho de oposición los acreedores cuyos créditos se encuentren ya suficientemente garantizados.
2. Régimen de responsabilidad de los socios. Salvo que los acreedores sociales hayan consentido expresamente la fusión, los socios responsables personalmente de las deudas de las sociedades que se extingan

por la fusión contraídas con anterioridad, continuarán respondiendo de esas deudas. Esta responsabilidad prescribirá a los cinco años a contar desde la publicación de la fusión en el *BORM*.

4. FUSIONES ESPECIALES

En función de la especial vinculación de las sociedades participantes, se distinguen los siguientes tipos de fusión también conocidas como fusiones especiales:

ABSORCIÓN DE SOCIEDAD ÍNTEGRAMENTE PARTICIPADA. Conocida también como fusión impropia o abreviada, tiene lugar cuando la sociedad absorbente es titular, de forma directa o indirecta, de la totalidad de las acciones o participaciones en que se divide el capital de la sociedad o sociedades absorbidas. Estas fusiones se caracterizan por tener un proceso de ejecución más ágil y abreviado con menos requisitos que el previsto para las fusiones en general (antes reguladas en el art. 250 LSA).

FUSIÓN INVERSA. También conocida como fusión invertida, se trata de una fusión por absorción en la que la sociedad absorbida es titular de forma directa o indirecta de la totalidad de acciones o participaciones de la sociedad absorbente, por ejemplo, cuando la sociedad filial absorbe a su matriz.

Al igual que la absorción de sociedad íntegramente participada, la fusión inversa del proceso de ejecución simplificado.

FUSIÓN DE SOCIEDADES GEMELAS. También conocida como «fusión de hermanas», consiste en la fusión en cualquiera de sus clases de sociedades íntegramente participadas de forma directa o indirecta por el mismo socio. El ejemplo típico es el de las sociedades, que no están participadas entre sí pero que están dominadas por una misma sociedad.

El proceso de ejecución de este tipo de fusiones se beneficia, en la medida de lo posible, de las particularidades en cuanto a la agilización de trámites previsto para la absorción de sociedades íntegramente participadas.

ABSORCIÓN DE SOCIEDAD PARTICIPADA AL 90 POR 100. Se trata de un nuevo supuesto de fusión introducido por la Ley 3/2009, que tiene lugar cuando la sociedad absorbente es titular directa del 90 por 100 o más, pero no de la totalidad del capital de la sociedad o de las sociedades anónimas o sociedades de responsabilidad limitada que vayan a ser objeto de absorción.

Este tipo de fusión cuenta con una simplificación procedimental consistente en que no son necesarios los informes de los administradores y de los expertos sobre el proyecto de fusión, siempre que se ofrezca por la sociedad absorbente a los socios de las sociedades absorbidas la adquisición de sus acciones o participaciones sociales estimadas en su valor razonable, dentro de

un plazo que no podrá ser superior a un mes a contar desde la fecha de la inscripción de la absorción en el Registro Mercantil. No obstante, el informe de los administradores será necesario cuando se trate de una fusión transfronteriza comunitaria.

5. VALOR DE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL

Escritura pública de fusión:

Las sociedades que se fusionan elevarán el acuerdo de fusión adoptado a escritura pública, a la cual se incorporará el balance de fusión de aquéllas.

Si la fusión se realiza mediante la creación de una nueva sociedad, la escritura deberá contener las menciones legalmente exigidas para la constitución de la misma en atención al tipo elegido. Si se realiza por absorción, la escritura contendrá las modificaciones estatutarias que se hubieran acordado por la sociedad absorbente con motivo de la fusión y el número, clase y serie de las acciones, participaciones o cuotas que hayan de ser atribuidas en cada caso, a cada uno de los nuevos socios.

Inscripción de la fusión:

La eficacia de la fusión se producirá con la inscripción de la nueva sociedad o en su caso, con la inscripción de la absorción en el Registro Mercantil competente.

Por tanto la inscripción en el Registro Mercantil tiene carácter constitutivo, ya que la eficacia de la fusión se hace depender legalmente de la inscripción en el Registro Mercantil de la nueva sociedad o de la absorción.

Como operaciones registrales a practicar destacamos las siguientes:

Si la fusión da lugar a la creación de una nueva sociedad, se le abre a ésta la correspondiente hoja registral, practicándose en ella una primera inscripción en la que se recogerán las menciones legalmente exigidas para la constitución de la nueva sociedad y demás circunstancias del acuerdo de fusión.

Si la fusión se verifica por absorción, se inscriben en la hoja abierta a la sociedad absorbente las modificaciones estatutarias que, en su caso, se hayan producido y demás circunstancias del acuerdo de fusión.

Una vez inscrita la fusión, el Registrador cancelará de oficio los asientos de las sociedades extinguidas, por medio de un único asiento, trasladando literalmente a la nueva hoja los que hayan de quedar vigentes.

Si las sociedades que se extinguen estuviesen inscritas en un Registro distinto, el Registrador comunicará de oficio haber inscrito la fusión, indicando el número de la hoja, folio y tomo en que conste.

Recibido este oficio, el Registrador del domicilio de la sociedad extinguirá cancelará mediante un único asiento los de la sociedad, remitiendo certificación literal de los asientos que hayan de quedar vigentes para su incorporación al Registro que haya inscrito la fusión.

Cada uno de los Registradores Mercantiles implicados en la fusión han de remitir al Registrador Mercantil Central los datos necesarios para la publicación en el *BORM*.

La extinción de la sociedad absorbida sólo se produce tras la inscripción de la escritura de fusión en el Registro Mercantil correspondiente. En caso de cierre registral por falta de depósito de cuentas anuales, la fusión no podrá inscribirse y, por tanto, no se producen los efectos extintivos de la sociedad absorbida.

Ninguna fusión podrá ser impugnada tras su inscripción, siempre que se haya realizado de conformidad con las previsiones de esta ley. Quedan a salvo los derechos de socios y terceros al resarcimiento de los daños y perjuicios causados. El plazo para el ejercicio de la acción de impugnación caduca a los tres meses contados desde la fecha en que la fusión fuera oponible a quien invoque la nulidad.

Se cambia el sistema de impugnación de la fusión con respecto a la regulación anterior, se pasa de un sistema de presunción de validez y eficacia de la fusión inscrita pero susceptible de impugnación por causas de nulidad o anulabilidad de los acuerdos sociales a un sistema de eficacia convalidante de la inscripción de la fusión respecto de los vicios o defectos de que pudiera adolecer ésta, siempre que se haya realizado de conformidad con las previsiones de la Ley 3/2009.

6. FUSIONES TRANSFRONTERIZAS INTRACOMUNITARIAS

Con la finalidad de garantizar la efectividad del mercado interior de la UE y eliminar trabas a la libertad de establecimiento y circulación de capitales, se incorpora a la legislación española la Directiva Comunitaria 2005/56, relativa a las fusiones transfronterizas de sociedades de capital.

Se consideran fusiones transfronterizas intracomunitarias las fusiones de sociedades de capital constituidas de conformidad con la legislación de un Estado parte del Espacio Económico Europeo y cuyo domicilio social o centro de actividad principal se encuentre dentro del Espacio Económico Europeo, cuando interviniendo al menos dos de ellas sometidas a la legislación de Estados miembros diferentes, una de las sociedades que se fusionen esté sujeta a la legislación española.

Su régimen jurídico se encuentra tipificado en los artículos 54 y siguientes de la Ley 3/2009 y supletoriamente se aplican las disposiciones que rigen la fusión en general.

IV. ESCISIÓN

1. CLASES, REQUISITOS Y RÉGIMEN JURÍDICO

La escisión de una sociedad mercantil inscrita podrá revestir cualquiera de las siguientes modalidades:

- 1.^a Escisión total: Consiste en la extinción de una sociedad con división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se transmite en bloque por sucesión universal a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente, recibiendo los socios un número de acciones o participaciones de las sociedades beneficiarias proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde.
- 2.^a Escisión parcial: Consiste en el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forma una unidad económica (4) a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes, recibiendo los socios de la sociedad que se escinde un número de acciones o participaciones de las sociedades beneficiarias de la escisión proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde y reduciendo ésta el capital social en la cuantía necesaria.
- 3.^a Segregación: Se introduce con carácter *ex novo* esta modalidad de la escisión. Hasta ahora esta figura no gozaba de tipificación mercantil a pesar de ser una operación utilizada en la práctica. Consiste en el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forma una unidad económica, a una o varias sociedades, recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones o participaciones de las sociedades beneficiarias (la diferencia con el supuesto anterior está en que no son los socios los que reciben las acciones de las sociedades beneficiarias, sino que las recibe la sociedad segregada).

Como operación especial se regula la constitución de sociedad íntegramente participada mediante la transmisión del patrimonio: Se aplican también las normas de la escisión a la operación mediante la cual una sociedad transmite en bloque su patrimonio a otra sociedad de nueva creación, recibiendo a cambio todas las acciones o participaciones de la sociedad beneficiaria. En

(4) En cuanto a qué debemos entender por unidad económica, en defecto de un concepto legal, acudiremos a la doctrina y a la jurisprudencia que, en general, la definen como el conjunto de elementos patrimoniales, activos y pasivos, que constituyen, desde el punto de vista organizativo y de estructura, una explotación autónoma capaz de operar en el tráfico jurídico con sus propios recursos (así RDGRN de 10 de junio de 1994).

definitiva, se trata de la creación de una nueva sociedad íntegramente participada por la escindida.

Régimen jurídico de la escisión: La escisión se rige por las normas establecidas para la fusión, con las salvedades contenidas en el capítulo de la escisión y entendiendo que las referencias a la sociedad resultante de la fusión equivalen a referencias a las sociedades beneficiarias de la escisión. La escisión en la que participen sociedades mercantiles de distinta nacionalidad se rigen por lo establecido en sus respectivas leyes personales.

2. PROCEDIMIENTO DE ESCISIÓN

A) *Proyecto de escisión*

El proceso de escisión se inicia con el proyecto de escisión que deberá contener, además de las menciones propias del proyecto de fusión, las siguientes:

- 1.^a La designación y, en su caso, el reparto preciso de los elementos del activo y del pasivo que han de transmitirse a las sociedades beneficiarias.
- 2.^a El reparto entre los socios de la sociedad escindida de las acciones o participaciones que les correspondan en el capital de la sociedades beneficiarias, así como el criterio en que se funda ese reparto.

B) *Informe de los administradores sobre el proyecto de escisión*

En el informe sobre el proyecto de escisión que habrán de redactar los administradores de las sociedades participantes en la escisión se deberá expresar que han sido emitidos los informes sobre las aportaciones no dinerarias previstos en esta Ley para el caso de que las sociedades beneficiarias de la escisión sean anónimas o comanditarias por acciones, así como el Registro Mercantil en que esos informes vayan a depositarse.

C) *Informe de expertos independientes*

Cuando las sociedades que participen en la escisión sean anónimas o comanditarias por acciones, el proyecto de escisión deberá someterse al informe de uno o varios expertos independientes designados por el Registrador Mercantil del domicilio de cada una de esas sociedades. Dicho informe comprenderá, además la valoración del patrimonio no dinerario que se transmita a cada sociedad.

D) *Aprobación de la escisión*

La escisión habrá de ser acordada necesariamente por la junta de socios de cada una de las sociedades que participen en ella, ajustándose estrictamente al proyecto común de escisión con los requisitos y formalidades establecidos en el régimen de las sociedades que se fusionan.

Los administradores de la sociedad escindida están obligados a informar a su junta general sobre cualquier modificación importante del patrimonio acaecida entre la fecha de elaboración del proyecto de escisión y la fecha de la reunión de la junta. La misma información deberán proporcionar, en los casos de fusión por absorción, los administradores de las sociedades beneficiarias y éstos a los administradores de la sociedad escindida para que a su vez informen a su junta de socios.

E) *Publicación del acuerdo de cesión*

El acuerdo de escisión, una vez adoptado, se publicará en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los diarios de gran circulación en las provincias en las que cada una de las sociedades tenga su domicilio. En el anuncio se hará constar el derecho que asiste a los socios y acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado y del balance de fusión así como el derecho de oposición que corresponde a los acreedores.

No será necesaria la publicación cuando el acuerdo se comunique individualmente por escrito a todos los socios y acreedores por un procedimiento que asegure la recepción de aquél en el domicilio que figure en la documentación de la sociedad.

F) *Ejecución de la fusión*

Por lo que respecta a las formalidades necesarias para la ejecución de la escisión acordada es necesario aplicar las disposiciones de la fusión relativas a la necesidad de escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil.

G) *Tutela de acreedores*

En la Ley se establece un régimen de tutela de acreedores que se basa en dos ideas fundamentales: el derecho concedido a los mismos para impugnar el acuerdo de escisión y el establecimiento de responsabilidad solidaria por las obligaciones incumplidas:

1. Impugnación del acuerdo de cesión. La escisión no podrá ser realizada antes de que transcurra un mes contado desde la fecha de publicación del último anuncio del acuerdo por el que se aprueba la escisión o en caso de comunicación por escrito a todos los socios y acreedores, del envío de la comunicación del último de ellos. Dentro de ese plazo, podrán oponerse a la escisión los acreedores de cada una de las sociedades intervinientes cuyo crédito haya nacido antes de la fecha de publicación del proyecto de escisión, no haya vencido en ese momento y hasta que se les garanticen tales créditos. No gozarán de este derecho de oposición los acreedores cuyos créditos se encuentren ya suficientemente garantizados.
 2. Responsabilidad solidaria por las obligaciones incumplidas. De las obligaciones asumidas por una sociedad beneficiaria que resulten incumplidas responderán solidariamente las demás sociedades beneficiarias hasta el importe del activo neto atribuido en la escisión a cada una de ellas y si subsistiera la propia sociedad escindida por la totalidad de la obligación.
3. DISTINCIÓN ENTRE LAS FIGURAS JURÍDICAS: ESCISIÓN PARCIAL Y APORTACIÓN DE RAMA DE ACTIVIDAD

Figura distinta de la escisión parcial es la denominada aportación de rama de actividad. La escisión parcial se caracteriza por implicar la división del patrimonio de una sociedad, constituyendo la parte escindida una unidad económica y su traspaso en bloque a otra sociedad beneficiaria, la cual tras el correspondiente aumento de capital, entrega en contraprestación las nuevas acciones emitidas a los accionistas de la sociedad escindida que simultáneamente reduce su capital en la cuantía necesaria. La escisión se caracteriza por tanto, por el efecto de causar el paso de una parte de los socios de la sociedad escindida a la sociedad beneficiaria lo que conlleva el correlativo traspaso del bloque patrimonial, constitutivo de una unidad económica correspondiente a la cuota de tales socios.

La aportación de rama de actividad (5) consiste, también, en la transmisión conjunta de elementos patrimoniales constitutivos de una unidad económica, de una sociedad a otra, que deberá aumentar su capital social, pero sin que

(5) En cuanto al problema de si se pueden seguir realizando aportaciones de rama de actividad como simples aportaciones no dinerarias, una vez que se regula en el artículo 71 de la Ley, la figura de la segregación, destacamos el trabajo de Segismundo ÁLVAREZ en el *Diario La Ley*, núm. 7.253, de 1 de octubre de 2009, donde el autor estudia esta materia exponiendo las diferentes posiciones doctrinales y jurisprudenciales existentes en la materia.

ésta última incorpore a su esquema orgánico a los accionistas de la sociedad aportante, que siguen perteneciendo a la misma sociedad, sino que las nuevas acciones son entregadas a la sociedad aportante, que así pasa a ser, a su vez, socio de la sociedad que aumenta el capital. Esta figura ha sido recogida en la Ley 3/2009 bajo el nombre de segregación. La especialidad radica en que no son los socios los que reciben las acciones o participaciones, sino que las recibe la propia sociedad.

V. CESIÓN GLOBAL DEL ACTIVO Y DEL PASIVO

1. CONCEPTO

La LSRL regulaba, dentro de la liquidación de esta sociedad como una forma de liquidación simplificada, la cesión global del activo y del pasivo. Actualmente su regulación se encuentra en los artículos 81 y siguientes de la Ley 3/2009.

Consiste en la transmisión en bloque por parte de una sociedad inscrita de todo su patrimonio por sucesión universal a uno o varios socios o terceros a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario. La sociedad cedente se extingue si la contraprestación es recibida totalmente por los socios.

Se denomina *cesión plural* aquella en que la transmisión en bloque del patrimonio de la sociedad cedente se realiza a favor de dos o más cesionarios. En este caso se exige que cada parte del patrimonio que se ceda constituya una unidad económica (6).

Es posible la cesión de sociedades en liquidación siempre que no haya comenzado el reparto del patrimonio entre los socios.

Cuando cedentes y cesionarios fueran de distinta nacionalidad, la cesión se regirá por sus respectivas leyes nacionales. En las sociedades anónimas europeas se estará a su propio régimen.

2. PROCEDIMIENTO

A) *Proyecto de cesión*

Corresponde a los administradores de la sociedad redactar y suscribir un proyecto de cesión global en el que se hará constar: 1.º La denominación, el tipo social y el domicilio de la sociedad y los datos de identificación

(6) Esta exigencia es una clara manifestación de que la cesión global es una modalidad estructural presidida por el principio de conservación de empresa.

del cesionario/s. 2.º La fecha a partir de la cual la cesión tendrá efectos contables. 3.º La información sobre la valoración del activo y pasivo del patrimonio. 4.º La contraprestación que hayan de recibir la sociedad o los socios. 5.º Las posibles consecuencias de la cesión global sobre el empleo. Los administradores deberán presentar para su depósito en el Registro Mercantil un ejemplar del proyecto de cesión global. Además los administradores deberán elaborar un informe explicando y justificando detalladamente el proyecto de cesión global.

B) Acuerdo de cesión global

La cesión global habrá de ser acordada necesariamente por la junta de socios de la sociedad cedente, ajustándose al proyecto de fusión con los requisitos establecidos para la adopción del acuerdo de fusión.

El acuerdo de fusión se publica en el *BORM* y en un diario de gran circulación en la provincia del domicilio social expresando la identidad de los cesionarios. También se expresará el derecho de socios y acreedores de obtener el texto íntegro, así como el derecho de oposición que corresponde a los acreedores. No será necesaria la publicación del acuerdo cuando se comunique individualmente por escrito a todos los socios y acreedores por un procedimiento que asegure la recepción de aquél.

La cesión global no podrá ser realizada antes de que transcurra un mes contado desde la fecha de publicación del último anuncio del acuerdo o en caso de comunicación por escrito a todos los socios y acreedores, del envío de la comunicación al último de ellos. Dentro de este plazo los acreedores de la sociedad cedente y del cesionario podrán oponerse a la cesión en las mismas condiciones y con los mismos efectos previstos para la fusión.

La omisión de referencia expresa a los obligacionistas determina que a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de la fusión, estos quedan excluidos de la posibilidad de ejercer el derecho de oposición a la cesión global del activo y del pasivo

C) Escritura de cesión e inscripción de la misma

La cesión global se hace constar en escritura pública otorgada por la sociedad cedente y por el cesionario o cesionarios. La eficacia de la cesión global se produce con la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad cedente. Si la cesión se extingue como consecuencia de la cesión, se cancelarán los asientos registrales.

Se puede impugnar en la misma forma y plazo que en el caso de fusión.

D) *Responsabilidad solidaria por las obligaciones incumplidas*

De las obligaciones asumidas por un cesionario que resulten incumplidas responderán solidariamente los demás cesionarios hasta el límite del activo neto atribuido a cada uno de ellos en la cesión; y según los casos los socios hasta el límite de lo que hubieran recibido como contraprestación por la cesión o la propia sociedad que no se hubiera extinguido por la totalidad de la obligación.

La responsabilidad solidaria de los cesionarios y los socios prescribirá a los cinco años.

VI. OTRAS MODIFICACIONES SOCIETARIAS

En las Disposiciones Finales de la Ley 3/2009 se da nueva redacción a algunos artículos de las leyes de sociedades de capital y se añaden otros nuevos. Se introducen modificaciones en el régimen de las aportaciones no dinerarias, regulando excepciones a la exigencia del informe del experto independiente y en el régimen de la autocartera, así como una referencia expresa al principio de igualdad de trato.

Se adapta el régimen del derecho de suscripción preferente y de las obligaciones convertibles a la jurisprudencia comunitaria (STJUE de 18 de diciembre de 2008).

Vamos a examinar las principales modificaciones introducidas en la LSA y en la LSRL.

1. MODIFICACIONES EN LA LSA

- Se modifica el artículo 11.1, cuando se establezcan en los estatutos los llamados bonos de fundador, los mismos estatutos deben prever un sistema de liquidación para los supuestos de extinción anticipada de estos derechos especiales.
- Se modifica el artículo 15.2 relativo a la responsabilidad de la sociedad en formación. Con la denominación de sociedad en formación se alude a la situación en que se encuentra una sociedad cuya escritura pública de constitución ya ha sido otorgada y que sin embargo aún no se encuentra inscrita en el Registro Mercantil, por lo que carece de personalidad jurídica. Viene a aclarar lo establecido por la reforma de la Ley de impulso de la productividad, de 28 de diciembre de 2007, tipificando:

«Por los actos y contratos indispensables para la inscripción de la sociedad, por los realizados por los administradores dentro de las

facultades que les confiere la escritura para la fase anterior a la inscripción y por los estipulados en virtud de mandato específico por las personas designadas a tal fin por los socios, responderá la sociedad en formación con el patrimonio por las aportaciones de los socios. Los socios responderán personalmente hasta el límite de lo que se hubiera obligado a aportar».

Como excepción a lo anterior se establece que si la fecha de comienzo de las operaciones coincide con la del otorgamiento de la escritura fundacional y salvo que los estatutos dispongan otra cosa, se entiende que los administradores ya quedan facultados para el pleno desarrollo del objeto social y para realizar toda clase de actos y contratos, de los que responderá la sociedad en formación y los socios en los términos indicados.

- El artículo 38 regula el informe de los expertos independientes en el caso de aportaciones no dinerarias con las siguientes novedades:
 - a) El valor que se le dé a la aportación en la escritura social no podrá ser superior a la valoración realizada por los expertos. Según el artículo 133 del RRM sólo procedía denegar la inscripción cuando el valor escriturado superase en un 20 por 100 al valor asignado por el experto.
 - b) Se establece de forma expresa la responsabilidad del experto por los daños causados por la valoración frente a acreedores, socios y la propia sociedad. La acción para exigirla prescribe a los cuatro años.
 - c) Se establece de forma expresa la exigencia de competencia profesional del experto.
- Además se introducen los artículos 38 bis, 38 ter y 38 quater mediante los que se exceptúan de la necesidad del informe de experto independiente las aportaciones consistentes en valores mobiliarios cotizados en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado o en instrumentos del mercado monetario, así como de bienes cuyo valor razonable se hubiera determinado dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la realización efectiva de la aportación, por experto independiente con competencia profesional no designado por las partes, de conformidad con los principios y las normas de valoración generalmente reconocido para esos bienes. En estos casos, los administradores deberán elaborar un informe con el contenido regulado en la ley sobre las aportaciones no dinerarias.

Como medio de publicidad de ambos informes, se establece que los mismos deberán depositarse en el Registro Mercantil en el plazo

máximo de un mes a partir de la fecha efectiva de la aportación y se incorporarán como anexo a la escritura de constitución o a la de ejecución del aumento del capital social.

- Se modifica el artículo 41.1 relativo a la denominada «fundación retardada». Con esta denominación se hace referencia a las cautelas legales que se establecen para evitar que durante el periodo inicial de existencia de la sociedad se puedan producir de forma encubierta aportaciones no dinerarias bajo la apariencia de adquisiciones onerosas de bienes, eludiendo el cumplimiento de los controles legales sobre la realidad y valoración de dichas aportaciones y en perjuicio de la integridad del patrimonio social.

Este mecanismo legal consiste en que para que la sociedad pueda realizar adquisiciones onerosas desde el otorgamiento de la escritura de constitución o a partir de la transformación en este tipo social y hasta dos años de su inscripción en el Registro Mercantil han de ser aprobadas por la junta general de accionistas si el importe de aquéllas excede de la décima parte del capital social.

Con la convocatoria de la junta deberá ponerse a disposición de los accionistas dos informes: uno elaborado por los administradores, y otro por uno o varios expertos independientes designados por el Registrador Mercantil.

- Las modificaciones introducidas en el artículo 42 en materia de dividendos pasivos afecta a la forma y plazo de desembolso y se concretan en los siguientes aspectos:
 - En los estatutos sociales se ha de prever obligatoriamente la forma y el plazo máximo para el desembolso de los dividendos pasivos, suprimiéndose la referencia a que en defecto de previsión estatutaria corresponde a los administradores fijar dichos extremos.
 - Como alternativa a la publicación en el *BORM* del acuerdo de los administradores exigiendo el desembolso de los dividendos pasivos se contempla la notificación de dicha decisión a los afectados, lo que supone un ahorro de costes para la sociedad.
 - Se fija en un mes el plazo mínimo que debe mediar entre la fecha del envío de la comunicación o la del anuncio en el *BORM* y la del pago efectivo de los dividendos pasivos.
- Se introduce un nuevo artículo 50 bis para reconocer de forma expresa el principio de igualdad de trato a los accionistas que se encuentren en condiciones idénticas.
- Se introducen modificaciones en el régimen de la autocartera. La autorización de la Junta para adquirir acciones propias puede tener ahora una duración máxima de cinco años (antes sólo dieciocho meses); la

adquisición en ningún caso puede provocar que el patrimonio neto resulte inferior al capital social; el límite cuantitativo de la autocartera permitida se eleva del 10 por 100 del capital al 20 por 100 para las sociedades no cotizadas, manteniéndose en el 10 por 100 para las cotizadas, siendo los administradores responsables del control de estos límites; será nula la adquisición de acciones no desembolsadas, salvo en adquisiciones a título gratuito o con prestaciones accesorias; y por último se reformula el requisito de no compromiso de la suficiencia patrimonial de la sociedad.

- Se incrementan los supuestos en que se exige un *quórum* reforzado para la constitución de la Junta. Se modifica el artículo 103 para incluir entre estos supuestos: la supresión o limitación del derecho de adquisición preferente de nuevas acciones, la cesión global del activo y del pasivo y el traslado de domicilio social al extranjero.
- Se modifica el régimen del derecho de suscripción preferente dando nueva redacción al artículo 158.1 para introducir dos modificaciones sustanciales: se restringe el derecho de suscripción preferente a los aumentos de capital con aportaciones dinerarias (antes era para toda clase de aumentos) y no se reconoce ya este derecho a los titulares de obligaciones convertibles. En consonancia con ello se modifica el artículo 293 en el que también se suprime el derecho de suscripción preferente en la emisión de obligaciones convertibles a favor de los titulares de emisiones anteriores.
- En cuanto al derecho de oposición de los acreedores regulado en el artículo 166, se precisa cuándo los acreedores pueden oponerse a un acuerdo de reducción del capital social: Sólo pueden oponerse aquellos cuyos créditos hayan nacido antes de la fecha del último anuncio del acuerdo de reducción de capital, no estén vencidos y no se les hayan garantizado.
- En consonancia con la nueva regulación establecida para la fusión y cesión del activo y del pasivo se modifica el artículo 266 que dice: «La disolución de la sociedad abre el período de liquidación».

2. MODIFICACIONES EN LA LSRL

- Se modifica el artículo 21.5, que exceptuaba de responsabilidad solidaria por la valoración de sus aportaciones no dinerarias a los socios cuyas aportaciones hubieran sido sometidas a valoración pericial conforme al artículo 38 de la LSA, para referirse ahora al caso en que las aportaciones no dinerarias sean valoradas de conformidad con lo previsto en la LSA.

- Se modifica el artículo 53.2 para incluir nuevos supuestos que requieren el *quórum* reforzado de votación de al menos 2/3 de los votos correspondientes a las participaciones en que se divide el capital social. Se añaden los relativos a la limitación del derecho de preferencia en los aumentos del capital social, cesión global de activo y pasivo y el traslado de domicilio al extranjero.

VII. CONCLUSIONES

La Ley 3/2009 regula las modificaciones estructurales de sociedades mercantiles estableciendo un régimen jurídico general y respondiendo así al creciente proceso de internacionalización de los operadores económicos. Se trata de una Ley de gran importancia para la práctica de los diferentes profesionales del Derecho y considero que se articula sobre dos ideas fundamentales: simplificación procedimental y ampliación tipológica.

Se regulan operaciones de reestructuración que implican una variación sustancial del conjunto de relaciones derivadas de la sociedad y que persiguen adaptar y adecuar la estructura de la empresa a las nuevas exigencias económicas y societarias. Es aplicable a todas las sociedades que tengan la consideración de mercantiles, bien por la naturaleza de su objeto, bien por la forma de su constitución. Queda pendiente la elaboración de un TR bajo el título de «Ley de sociedades de capital» en el que se integren las normas de los diferentes cuerpos legales que regulan esta materia evitando así la dispersión normativa.

En un momento de crisis como el actual, la gran cantidad de procedimientos concursales existentes pone de manifiesto la necesidad de coherenstar las normas concursales con el iter procedimental tipificado en la Ley. Con ella se unifica y actualiza el régimen jurídico de las operaciones que modifican la estructura de las sociedades mercantiles considerando como tales la transformación, fusión, escisión o cesión global del activo y del pasivo, incluido el traslado internacional del domicilio social; y todo ello a la espera de un posterior desarrollo legislativo y jurisprudencial.

RESUMEN

MODIFICACIONES ESTRUCTURALES SOCIEDADES MERCANTILES

En este trabajo vamos a analizar la Ley 3/2009, de 3 de diciembre, sobre modificaciones estructurales de sociedades mercantiles. Su importancia estriba

ABSTRACT

STRUCTURAL MODIFICATIONS BUSINESS PARTNERSHIPS

This paper analyses Act 3/2009 of 3 December on structural modifications of business partnerships. The importance of the act resides in the fact that it is

en que se aborda por primera vez una regulación completa y global sobre aspectos de gran trascendencia para las sociedades mercantiles, incorporando al Derecho español la Directiva Comunitaria 2005/56, relativa a fusiones transfronterizas de sociedades de capital. Esta Ley tiene por objeto la regulación de las modificaciones estructurales consistentes en la transformación, fusión, escisión, cesión global del activo y del pasivo, así como el traslado internacional del domicilio social. Se aplica a todas las sociedades que tengan la consideración de mercantiles, bien por la naturaleza de su objeto bien por la forma de su constitución.

the first Spanish law to tackle the full, comprehensive regulation of certain points of great importance for business partnerships, by incorporating EC Directive 2005/56 on cross-border mergers of limited liability companies into Spanish law. The object of Act 3/2009 is to regulate structural modifications consisting in transformations, mergers, splits, comprehensive transfers of assets and liabilities and international changes of company address. The act applies to all partnerships that are regarded as business partnerships, due either to the nature of their purpose or the form of their organisation.

(Trabajo recibido el 28-4-2010 y aceptado para su publicación el 26-7-2010)

DERECHO COMPARADO

Hacia una mejora de la calidad en la producción normativa (*better regulation*)

por

FEDERICO ALBÍN IZUIBEJERES
Subdirector General de Registros de Uruguay

SUMARIO

- I. MARCO CONTEXTUAL.
- II. EL ESTADO REGULADOR.
- III. LA INFLACIÓN O MOTORIZACIÓN NORMATIVA.
- IV. LA POLÍTICA DE MEJORA DE LA REGULACIÓN.
- V. LOS COSTES Y LAS CARGAS ADMINISTRATIVAS.
- VI. LA ESTRATEGIA DE LISBOA.
- VII. LA EXPERIENCIA NACIONAL.
- VIII. LA TERCERIZACIÓN (*OUTSOURCING*) IMPUESTA AL NOTARIADO.
- IX. CONCLUSIONES.

I. MARCO CONTEXTUAL

Es sabido que los notarios, así como un buen sistema registral, tienen que proteger el principio de libertad de rango constitucional, y su derivado, el de autonomía privada, al igual que los derechos reales en general. La seguridad tiene por objeto la búsqueda o concreción de la certeza, la justicia y a través de la estabilidad que brinda a los operadores, se logra la paz social.

La seguridad *jurídica*, que actúa en la órbita de la titularidad de los derechos, puede obtenerse a través de diferentes dimensiones tales como,

favorecer la titularidad del propietario o poseedor (dimensión estática o seguridad del derecho) o bien la protección del adquirente del derecho (dimensión dinámica o seguridad de tráfico). La primera es la concepción romana de la seguridad, mientras que el último es el modelo germánico.

La seguridad que brindan los escribanos actuando en función preventiva y la institución registral, da confianza a los operadores y permitirá que se propicien las inversiones y se dinamice la economía entre otras formas, a través del crédito territorial. La eficacia de los derechos reales movilizan el valor de los bienes como garantía, promoviendo el crecimiento económico.

Por tanto, las consecuencias no sólo *jurídicas* sino *económicas* del sistema adoptado para proteger la contratación, serán más beneficiosas, cuanto más seguro sea éste y en función de los efectos que el mismo produzca (1). La finalidad primaria de la publicidad registral es la protección del tráfico y agilización de las transacciones inmobiliarias. El Registro tiene como fin principal la publicidad de las situaciones jurídicas inmobiliarias, evitando la inseguridad y los pleitos consiguientes al desconocimiento de aquéllas (2).

En las últimas décadas hemos presenciado una complejidad cada vez más notoria de nuestra actividad, derivada de múltiples escenarios: la profunda transformación del conocimiento, la tecnología, la globalización, la preocupación de las organizaciones por las personas, el usuario o cliente, privilegiar la innovación, creatividad, los productos, servicios y resultados, entre otros. Se ha pasado por la revolución industrial, el fortalecimiento institucional y hemos ingresado a un siglo marcado por el predominio de la mente.

Paralelamente, se da una creciente demanda de más y mejores servicios por parte de la sociedad. Pero en todo caso, el principio de seguridad jurídica debe ser salvaguardado y reafirmarse en todo momento para beneficio, de la sociedad y el respeto externo a la institucionalidad.

II. EL ESTADO REGULADOR

Uno de los fenómenos que causan problemas a los operadores jurídicos es la producción normativa, que depende en general, de la concepción que se tenga de cuál debe ser el desempeño del Estado respecto a la sociedad civil, tema que es fuente fermental de continuos cambios y encontradas posiciones. En tal sentido, desde el Estado juez y gendarme, protector de la ley y el orden

(1) ARRUÑADA, Benito, *Sistemas de Titulación de la Propiedad. Un análisis de su realidad organizativa*, Palestra Ed. Lima, 2004, pág. 59 y sigs.

(2) Cf. LACRUZ BERDEJO, José Luis - SANCHO REBULLIDA, Francisco, *Derecho Inmobiliario Registral*, Bosch, 1984, pág. 11.

y proveedor de servicios básicos, hemos transitado por el Estado benefactor o asistencial «escudo de los débiles», intervencionista. Luego se tornó facilitador de la empresa privada que es, en definitiva, el motor de la economía, y nos encaminamos en el futuro, hacia un Estado que se perfila como fuertemente regulador.

La función que se le asigna al Estado hoy, más que abarcador de todas las tareas, es la de estructurador, mediante normas que permitan garantizar el real funcionamiento del sistema y el control de su ejecución, monitoreándola con el entorno en forma permanente, para realizar los ajustes que sea menester, eliminando aquellos controles que desnaturalizan su verdadera esencia.

Existe en los países desarrollados un interés cada vez más creciente por los efectos económicos y sociales de las normas jurídicas. El análisis del entorno regulatorio es sustancial en aquellos que se encuentran inmersos en proyectos de integración regional. Tradicionalmente se le prestaba escasa atención a un eventual impacto negativo de las normas en la economía, por lo que se legislaba sin más.

III. LA INFLACIÓN O MOTORIZACIÓN NORMATIVA

La situación descrita trajo como consecuencia una cada vez más creciente proliferación de normas supranacionales, nacionales y comunales, que torna cada vez más compleja la aplicación del Derecho. Existe un cúmulo de reglas de distinta jerarquía y naturaleza a cumplir, y los ciudadanos no saben qué norma aplicar cuando pretenden desarrollar cierta actividad.

En nuestro país, el entramado institucional genera distintas fuentes normativas, de diferente jerarquía y competencias, entre otros, por ejemplo: Estado, Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados. Las mismas no siempre se coordinan, y de esa manera se llega a un exceso de regulación y disputas institucionales que, en defensa de la autonomía, dejan al ciudadano común, que debería ser el fin último de todos los esfuerzos, como rehén en múltiples situaciones. Se debería buscar, por tanto, la eliminación de barreras burocráticas y económicas para simplificar la vida de las personas, por medio de la comunicación legislativa e interinstitucional.

Por tanto, nuestro Estado es compuesto: existen en él una pluralidad de conjuntos normativos sistémicos, que deberían cohesionarse a través de su constitucionalidad. La principal disfunción que ello apareja es la obsesión por legislar originada en razones políticas, que materializan acuerdos y se condicionan a tiempos políticos.

Pueden citarse como antecedentes de la Unión Europea:

- a) En materia de *mejora regulatoria* en cuestión de empresas: la «iniciativa SLIM» (1997), para la simplificación de la legislación en el mercado único. El Informe del Grupo BEST (1998). El Proceso de Cardiff (1998), que impulsó la supresión de obstáculos al comercio entre Estados miembros, fomentó el espíritu empresarial y la competitividad, así como el desarrollo de un entorno normativo más favorable a las PYME. El «Libro Blanco del Comercio» (1999), que trató de mejorar el entorno administrativo, legislativo y financiero de las empresas comerciales.
- b) Para la *sistematización regulatoria*: el Consejo Europeo de Lisboa (2000); la Resolución de Estrasburgo (2000); el Mandato del Grupo Mandelkern. Del Informe Mandelkern sobre mejora de la regulación (2001) resultó un enfoque coherente sobre mejora regulatoria, la presentación de propuestas y definición de una metodología común para la evaluación de la calidad normativa. El Consejo Europeo de Laeken (2001): aprobó las recomendaciones de Mandelkern y, finalmente, el Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea (2001).

No obstante, a veces las soluciones legislativas no responden a una necesidad social, muchas veces los acuerdos políticos se alejan del objeto a legislar. El número de quienes participan en el proceso de elaboración de la norma puede resultar excesivo o escaso, puesto que no se define en función de la consulta de todos los intereses afectados directa o indirectamente por el proyecto, y en ocasiones se superponen regulaciones nacionales y departamentales.

Para contribuir a racionalizar ese entramado normativo existen principios relacionales de los ordenamientos estatales como el respeto de la separación de poderes, el de precisa determinación de la competencia; el de lealtad institucional, el de cooperación y primacía.

IV. LA POLÍTICA DE MEJORA DE LA REGULACIÓN

Como contrapartida nace un movimiento preocupado por la mejora normativa, desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo (*better regulation*). No se trata de una corriente ideológica, sino que se desarrolla en forma transversal en todos aquellos Estados preocupados por generar mecanismos pragmáticos para la simplificación normativa y de buena administración pública.

Nace, en principio, como un contenido netamente económico, bajo el principio que el ordenamiento jurídico implica costes económicos y sociales para la sociedad civil. Téngase presente que el instrumento tradicional de

desarrollo de políticas públicas ha sido el presupuesto en el cual se estructuran gastos y se incentivan inversiones. Por ejemplo, el coste estimado en 2005 de las cargas administrativas para las empresas de la Unión Europea ha sido del 3,5 por 100 del PIB de toda la Unión.

En el desarrollo de políticas públicas se aplica determinada ideología y tiene estrecha relación con la concepción de cuál debe ser la tarea del Estado. En los procesos de reformas del Estado de los años noventa, se reclamaba menos regulación. En este entorno surge la *better regulation* como forma de potenciar el sistema institucional, brindar crecimiento económico al país y ordenar las actividades del sector privado.

No obstante, este enfoque era claramente insuficiente, debía atenderse no sólo a las consecuencias económicas sino también a las *sociales*, medioambientales, etc., es decir, formar parte de la ejecución de verdaderas políticas públicas (3).

La calidad normativa es un *bien público* en sí mismo, no significa disminuir sin más el número de las normas sino a través de su mejora, facilitar un buen gobierno para los Estados. Serán piezas claves entonces en el proceso de mejora normativa, las consultas a los actores involucrados, la evaluación del impacto (*ex-ante*) y la medición de cargas (*ex-post*).

En este orden, la ONU elaboró cinco principios de buen gobierno («buena gobernanza»); para implementar mejoras estructurales: 1) el de *legitimación y participación*, que supone libertad de asociación y opinión, con orientación al consenso; 2) el de *dirección* a través del cual se ejecutará una determinada visión estratégica; 3) el de *ejecución*: que tiene que ver con la receptividad de opciones que lleven a la eficiencia y eficacia; 4) la *responsabilidad* por medio de la mayor transparencia posible; y finalmente, 5) la *equidad*: que deberá generar igualdad de oportunidades y máxima legalidad (4).

Las políticas regulatorias pueden mejorar sustancialmente el rendimiento de los mercados, la eficacia del sector público y la satisfacción de los ciudadanos; a través de la mejora de la calidad normativa que se logrará bien por medio de una nueva regulación, desregulación o simplemente derogando las normas que imponen comportamientos repetitivos.

Ya no se trata de desregular sin más, sino a través de *instituciones, procesos y comportamientos*, generar políticas públicas que sean más coherentes y eficaces, tengan mayor claridad en su redacción y que optimicen su impacto.

(3) LINDBLOM, Charles, *El proceso de elaboración de políticas públicas*.

(4) Fuente: Programa de Desarrollo de las Naciones Unidas, UNDP (1997).

V. LOS COSTES Y LAS CARGAS ADMINISTRATIVAS (5)

Los *costes administrativos* son los que soportan las empresas, los sectores asociados y los ciudadanos en general, para cumplir obligaciones legales de facilitar información sobre la actividad que desempeñan, ya sea a una entidad estatal, privada o a terceros, aunque simplemente se mantenga disponible a efectos de control inspectivo o bien se facilite sólo cuando se solicita.

Las *cargas administrativas* son obligaciones de proporcionar información a una autoridad pública, privada o a terceros, así como la actividad administrativa de gestión necesaria para su cumplimiento, v. gr., las autorizaciones previas o la inscripción en Registros. Algunas son necesarias, para la transparencia de los mercados, otras resultan repetitivas, inútiles y complejas por el tiempo que insumen.

Este tipo de cargas integran el universo de *costes administrativos*, puesto que éstos engloban también, las actividades administrativas que las empresas continuarían realizando, aunque se derogare la norma. Por tanto, los costes administrativos para los particulares son: los *económicos directos*, los *de cumplimiento*, y los *estructurales* a largo plazo. Dentro de los costes de cumplimiento hay que incluir los *económicos indirectos* (costes sustantivos de cumplimiento) y los *costes administrativos* (actividades administrativas que igual se realizarían aunque la norma fuera derogada), y las *cargas administrativas*.

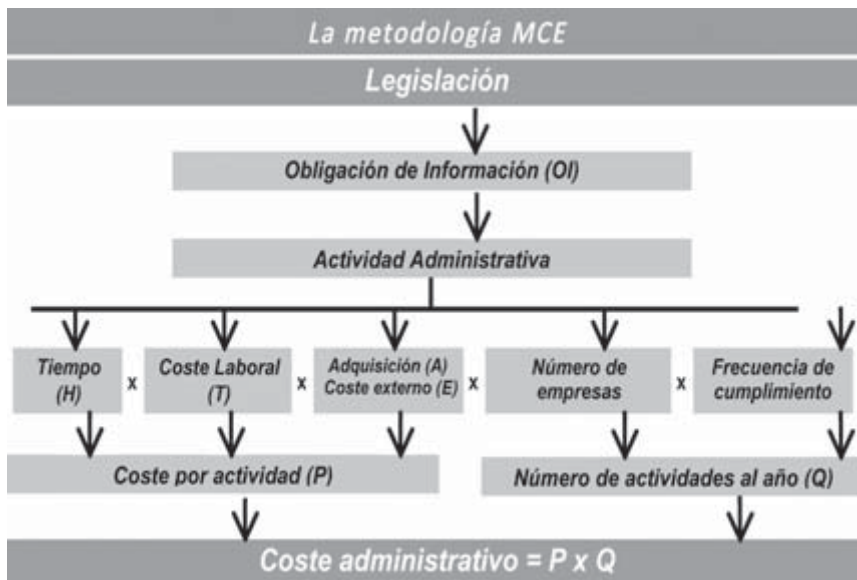
Cuando se proyecta una norma jurídica tendrá, necesariamente, efectos económicos. Será menester, entonces, formular un *Análisis de Impacto Normativo* (RIA), en el cual se examinará los *costes* administrativos y *cargas* de igual naturaleza a generarse sobre sectores colectivos o intereses afectados, incluido el efecto sobre la competencia (económicos y presupuestarios).

El examen *ex-post* implica promover instrumentos de mejora normativa para simplificar y reducir las cargas administrativas y la evaluación del impacto; asimismo propiciar el diálogo entre los actores involucrados y que los criterios de mejora de la regulación sean aplicados por los legisladores.

El modelo de medición (*ex-post*) de costes estándar (*Standard Cost Model*) elegido por la Unión Europea mide los siguientes costes: económicos directos, de cumplimiento, sustantivos de cumplimiento, administrativos y cargas administrativas.

(5) Real Academia Española, Ed. 23.^a *Coste*. «...2. m. Gasto realizado para la obtención o adquisición de una cosa o de un servicio. ~ *de producción*. 1. m. *Econ.* Conjunto de gastos para la producción de bienes y servicios. ~ *marginal*. 1. m. *Econ.* Aumento de los *costes* de producción al incrementar en una unidad la cantidad producida». *Costo*. «...1. m. Cantidad que se da o se paga por algo. 2. m. Gasto de manutención del trabajador cuando se añade al salario...»

La metodología de la Unión Europea para la medición de las cargas administrativas, es básicamente, la siguiente (6):



VI. LA ESTRATEGIA DE LISBOA

A modo de ejemplo, ante la crisis económica mundial, la reciente *Estrategia de Lisboa para el crecimiento y el empleo* (2008), estableció principios para la «Mejora de su Regulación» y de «Reducción de Cargas Administrativas».

Respecto al primer tópico, es decir, la llamada *Better Regulation*, ha sido un elemento esencial de la estrategia, se esperan beneficios *económicos*: menos costes, mayor capacidad de inversión, innovación y productividad de las empresas. Asimismo beneficios *políticos*: el aumento de la confianza entre los creadores de normas, las empresas, los ciudadanos, en definitiva, lograr mayor transparencia y confianza.

A tal fin, al momento de legislar, se deberá realizar un análisis de impacto normativo (RIA), la búsqueda y codificación de la legislación existente, la transparencia y consulta de los operadores por una determinada legislación. Ningún proyecto normativo podrá prosperar sin la participación de los actores cuyos intereses están involucrados (CROZIER, Michel).

(6) Cf. BLANCO, Gustavo, *La elaboración de normas: el análisis de las cargas administrativas*, 2009.

El proyecto europeo tiene como directiva la reducción del 25 por 100 de las cargas administrativas para el año 2012 en toda la normativa de la Unión Europea, para lo cual se ha invitado a los Estados miembros para la fijación de objetivos similares. La estrategia de *Reducción de Cargas Administrativas* de Lisboa propone como medios para lograrlo:

- a) *reducir la frecuencia* de las declaraciones obligatorias a niveles mínimos necesarios para alcanzar los objetivos fundamentales del acto en cuestión;
- b) *evitar redundancias* verificando que la misma obligación de informar no se imponga reiteradas veces por canales similares;
- c) buscar la *automatización* a través de declaraciones electrónicas;
- d) *adecuar los umbrales* para los requisitos de información, tratando de reducir las exigencias impuestas a las pequeñas y medianas empresas o bien recurriendo a métodos de muestreo;
- e) *priorizar* la posible sustitución de los requisitos de información impuestos a todas las empresas de un sector por un planteamiento basado en el riesgo, centrado en los operadores que realizan las actividades más expuestas;
- f) *reducir o suprimir* las exigencias cuya finalidad haya desaparecido o hayan sido modificadas;
- g) *brindar información* adicional de los actos legislativos que puedan ralentizar la actividad empresarial o la contratación.

VII. LA EXPERIENCIA NACIONAL

En nuestro país hemos tenido en los últimos años, una importante *motorización normativa*. Se ha optado por legislar materias especiales sin tener en cuenta que las mismas deben insertarse en un sistema general, con lo cual los problemas hermenéuticos se verifican a diario, lo que ocasiona una evidente inseguridad jurídica.

Nuestro trabajo no tiene por objeto cuestionar el contenido sustancial de la solución adoptada, sino analizarlo desde el punto de vista de los costes y cargas administrativas que generan para los ciudadanos, ralentizando la contratación por los excesivos controladores que se imponen a escribanos y registradores (7).

(7) El análisis económico del Derecho es un área principal de investigación en EEUU y UE. Han aportado a este método utilizado por jueces, legisladores y empresas, sobre la base de leyes sobre el comportamiento humano, los Premios Nobel de Economía, COASE, NASH y STIGLIZ. Mi especial admiración por John NASH, quien hizo grandes contribuciones a la *Teoría de los Juegos*, ideada por John VON NEUMANN. La misma es una rama de las

Tomaremos como ejemplo, para el análisis, las normas que regulan el Certificado Único Departamental (CUD) y el Seguro Obligatorio de Automotores (SOA), ya que se apartan de las orientaciones que venimos de exponer, no por el hecho de tomarlas sin más, cada país debe tomar las soluciones que más se adecuen a su cultura y situación, pero no renegando de estudios que, al menos parcialmente, puedan resultar útiles.

La Ley número 17.930, de 19 de diciembre de 2005, en su artículo 487 creó el «...*Certificado Único Departamental que expedirá la Intendencia correspondiente a solicitud del interesado, el que acreditará que no tiene deudas pendientes en el departamento. La exigibilidad del mismo por parte de las instituciones de intermediación financiera, organismos públicos y profesionales intervinientes en actos de compraventa, gravamen, u otros, registrará a partir de la reglamentación que dicte el Poder Ejecutivo con el asesoramiento de la Comisión Sectorial (literal B) del artículo 230 de la Constitución de la República y sólo incluirá a sujetos pasivos de la Dirección General Impositiva y del Banco de Previsión Social...*».

Los artículos 3.º y 6.º del Decreto 502/2007, de 20 de diciembre de 2007, en la redacción dada por los artículos 1.º y 2.º del Decreto 329/2008, de 7 de julio de 2008, delimitan el ámbito de aplicación del Certificado Único Departamental, y cuando de escribanos y Registros Públicos se trata, establece que será exigible en la «...compraventa, permuta, donación, dación en pago, aporte a sociedades comerciales, fideicomisos y prenda de vehículos automotores con aptitud registral».

El certificado será de exigencia obligatoria por parte de: «A) las instituciones de intermediación financiera para el otorgamiento o renovación de préstamos mayores a UI 20.000; y B) los escribanos públicos y los Registros Públicos...» (art. 3.º del Decreto 502/2007, en la redacción dada por el art. 1.º del Decreto 329/2008).

De las normas reseñadas surge que al reglamentarse la norma legal, el Certificado Único Departamental se requiere para algunos títulos (compraventa, permuta, donación o aporte), no refiere a enajenaciones en general, así como a fideicomisos y prenda de vehículos automotores con aptitud registral.

matemáticas que tiene grandes aplicaciones en la economía y ciencias sociales. La mayoría de las situaciones estudiadas en ella implican conflictos de intereses y estrategias, y se aprecia que se puede obtener un resultado mejor cuando los agentes cooperan entre sí, que cuando los agentes intentan maximizar sólo su utilidad.

VIII. LA TERCERIZACIÓN (*OUTSOURCING*) IMPUESTA AL NOTARIADO

Se trata de una normativa que vuelve a viejas formas de control ya perimidas. Así lo expresé en el seno de la Dirección General de Registros (8) cuando se remitió el proyecto. En efecto, las normas que imponen controles v.gr., indirectos a escribanos y registradores, se basan en trasladar o *tercerizar* la tarea, en razón de la falta de control de la propia entidad acreedora. Ello supone una ineficacia e ineficiencia en la recuperación de los créditos, se traslada a otros sectores del propio Estado y de la sociedad civil (9).

Para otra época, esto podría justificarse, puesto que no se contaba con el actual avance de informatización. En la mayoría de los casos ni siquiera se ha consultado a los sectores afectados, v.gr., escribanos públicos o de otras áreas del Estado. Con el desarrollo que han tenido las TIC no sería necesario este tipo de prácticas de multiplicidad de controles repetitivos por diferentes agentes (escribanos, registradores, entidades financieras, etc.).

Respecto al CUD, la razón invocada de evitar que quienes contratan obras y servicios con las Intendencias sean, a la vez, deudores de éstas por tributos, podría haberse solucionado, instrumentando un mecanismo de estricto control dentro del propio ámbito comunal, sin afectar al *cuasi* universo de los habitantes.

Es plausible la búsqueda de soluciones para esos casos, lo cual es, a la vez, un deber para todo administrador público, pero se ha optado, una vez más, por regular patologías y extenderlas con carácter general a aquellos que son buenos cumplidores de sus obligaciones, nada más ajeno al verdadero carácter de *generalidad* que debe reunir cualquier norma jurídica.

No se han formulado indicadores de demora de la contratación y encarecimiento de la misma, medición de horas al hombre, retardo en los procedimientos registrales (inscripciones provisionales y definitivas), contenciosos, de los costes estructurales de mantenimiento del control, gestorías, juicios al Estado, etc. Asimismo, la complejidad de los trámites ralentiza nuestra actividad y la ineficiencia se va impregnando en el sistema, que se trasvasa de un ámbito hacia otros sectores que también se vuelven ineficientes al realizar tareas tediosas sin saber por qué ni para qué.

Respecto al control del Seguro Obligatorio de Vehículos Automotores previsto por la Ley número 18.412, de 17 de noviembre de 2008, vigente desde el día 19 de agosto de 2009, por prórroga de la Ley número 18.491, de 22 de mayo de 2009. Los artículos 25, 26, 27 y 28 de la Ley número 18.412,

(8) En mi calidad de Subdirector General de Registros.

(9) El *outsourcing* es el proceso económico en el cual una empresa determinada mueve o destina los recursos orientados a cumplir ciertas tareas, a una empresa externa, por medio de un contrato.

regulan los sujetos, alcance y competencias de obligados a controlar el referido Seguro Obligatorio. Se dispone que sin el «...previo control de la vigencia del seguro que se crea por esta ley: A) Los Registros Públicos no podrán inscribir títulos de propiedad, contratos de prendas u otros documentos que afecten la titularidad de los vehículos automotores...» (art. 26).

El decreto reglamentario número 381/2009, de 18 de agosto de 2009, en sus artículos 15 a 24, por ejemplo, construye una trama de controles que comprende a las siguientes entidades: Ministerio del Interior, Intendencias Municipales, Dirección General de Registros, Superintendencia de Servicios Financieros, Unidad Nacional de Seguridad Vial, compañías aseguradoras, de guinchado públicas o privadas, Dirección Nacional de Policía Caminera, Cuerpo de Policía de Tránsito, Seccionales Policiales, y depósitos de vehículos secuestrados por infracción a normas de seguros.

Las formas de control deberían ser selectivas, simples, rigurosas, tratando de reducir la frecuencia y número de las mismas, evitar redundancias y llevarlos al mínimo necesario, no a través de una superposición de series interminables de sujetos obligados como se consignó en el caso de los seguros.

Las normas analizadas deberían haber sido excluidas del control notarial y registral. En el caso del seguro obligatorio, bastaba con el control del propio sistema vehicular de automotores. En definitiva, quienes cuestionan la actividad notarial, por ser en ocasiones lenta, deberían tener en cuenta que es el propio Estado el que nos impone cargas sin consulta alguna. Se pierde de esa forma cuál es la verdadera sustancia de las profesiones, por tener un cúmulo de deberes accesorios que podrían cumplirse por otras vías.

Por otra parte, la disparidad de cargas y responsabilidades no se ajustan a la concepción actual reseñada, porque hay diferencias entre quienes tenemos a cargo actividades tercerizadas por el Estado de control impositivo (el notario) y otros actores en el mismo escenario. Los primeros, con mayor responsabilidad profesional y técnica, calculan los impuestos, los cobran y vierten a rentas sin retribución alguna, mientras que los segundos tienen contraprestación del Estado. Esa dualidad de criterios no resiste el menor análisis, debería negociarse un acuerdo marco con el Estado, en el que se incluyan todos los servicios prestados al mismo por los escribanos.

Los escribanos tendrían que tener hoy la acrobacia de analizar cuestiones estratégicas como el reperfilamiento de nuestra profesión. Deberíamos potenciar al notario como asesor, tener en cuenta que gran parte de la función autenticante está en vías de extinción; estudiar su inserción en relación a las nuevas tecnologías, el empleo de la firma digital, facilitar las inversiones, etc., y no perder energías en tareas conexas y secundarias. No debemos olvidar que «...lo más emocionante del futuro es que podemos darle forma...» (HANDY, Charles).

IX. CONCLUSIONES

La institución notarial y el sistema registral cumplen con el interés de la colectividad de que haya certeza en las relaciones jurídicas. Mediante la publicidad de actos y contratos se evita, a la hora de contratar la clandestinidad de la situación jurídica de bienes y, por tanto, se evitan litigios.

La importancia del tema es teórica y también práctica, y no sólo atañe a los operadores del Derecho, sino a la sociedad toda, en la medida en que todos estamos inmersos en un mundo jurídico y realizamos a diario, en mayor o menor grado, actividades protegidas por el Derecho.

El principio de seguridad jurídica debe ser salvaguardado en todo momento para beneficiar a la sociedad y reafirmar el respeto institucional externo.

Las recientes cargas administrativas impuestas a los escribanos y registradores, al volver a modelos repetitivos de control indirecto, afectan la contratación y complejizan la actividad de las empresas y ciudadanos. A través del uso de las nuevas tecnologías, es necesario pensar en simplificar al máximo los controles.

En ese orden, sirva el presente como una pequeña iniciativa para comenzar a pensar y, eventualmente, negociar un reperfilamiento de nuestra actividad. Debemos liderar los cambios para crear un ámbito al que todos quieran pertenecer. Sólo si tomamos partes iguales de humildad, inteligencia, consulta y coordinación, entre todos, podremos volver al futuro.

RESUMEN

PRODUCCIÓN NORMATIVA MEJORA DE SU CALIDAD

La seguridad jurídica que, en función preventiva, brindan escribanos y registradores, propicia las inversiones y dinamiza la economía. La inflación normativa genera problemas a los operadores jurídicos, y depende, en general, de la concepción que se tenga de cuál debe ser el desempeño del Estado respecto a la sociedad civil.

El entramado de normas de diversa jerarquía hace que la actividad sea cada vez más compleja y ubica al ciudadano ante un cúmulo de normas muchas veces incoherentes y repetitivas. Los países tie-

ABSTRACT

REGULATION BETTER REGULATION

The legal certainty that notaries and registrars provide as a preventive function fosters investments and energises the economy. Legislative inflation causes problems for judicial operators, and whether or not inflation exists generally depends on the conception one has of what the state's job is with respect to civil society.

The dense fabric of rules and regulations of varying hierarchical levels makes activity increasingly complex and brings citizens up against an accumulation of often incoherent, repetitive regulations.

nen un creciente interés por los efectos económicos, sociales, medioambientales y de toda índole derivados de la legislación.

El movimiento que procura la mejora de la calidad normativa (better regulation), no tiene un componente ideológico, sino que es una forma pragmática de mejora normativa, cuantitativa y cualitativa, así como de buena administración. Se trata de un bien público en sí mismo, que intenta no disminuir sin más el número de normas, sino de analizar su impacto, reducir costes y cargas administrativas. La medición ex-ante y ex-post del instrumento normativo facilitará, a su vez, un buen gobierno de los Estados y, en definitiva, simplificará la vida de los ciudadanos.

Countries are taking a growing interest in the economic, social, environmental and all other effects that legislation has.

The movement for better regulation does not have an ideological component. It is instead a pragmatic form of quantitative and qualitative legislative improvement and good administration. It is a public asset in itself, one that strives not purely and simply to reduce the number of regulations, but to analyse the impact of regulations and reduce costs and administrative burdens. Measuring legislative instruments before and after the fact will in turn facilitate the good governance of states and, in short, will simplify citizens' lives.

(Trabajo recibido el 19-1-2010 y aceptado para su publicación el 26-7-2010)

Sobre el análisis económico en materia de derechos reales: apreciaciones básicas desde el sistema argentino

por

GABRIEL DE REINA TARTIÈRE
Doctor por la Universidad de Oviedo
Profesor Adjunto de Derecho Civil
Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA)

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA DIFUMINACIÓN DEL CONCEPTO DE DERECHO REAL DESDE LA ÓPTICA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO.
- III. FUNDAMENTO ECONÓMICO DEL *NUMERUS CLAUSUS*.
- IV. *NUMERUS CLAUSUS* Y MODELOS REGISTRALES.
- V. LOS COSTES DE TRANSACCIÓN EN LA CONTRATACIÓN DE DERECHOS REALES EN LA ARGENTINA.

I. INTRODUCCIÓN

De escasísima puede tildarse la bibliografía que existe en la literatura jurídica argentina acerca del específico aserto al que se dedicarán estas líneas (1). Choca ello con el interés troncal que presenta la cuestión de los *property rights* en el análisis económico del Derecho —si se prefiere, en el

(1) Más allá de las obras generales sobre el análisis económico del Derecho con sus respectivos capítulos en materia de propiedad, que precisamente por su excesiva generalización confunden más que aclaran, destaca, y no meramente, desde luego, por su soledad, el trabajo de KIPER, «El análisis económico del Derecho y la regulación de los derechos reales», en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, núm. 21 (1999), pág. 215 y sigs.

Law & Economics—, esa tendencia de observación de la realidad contemplada tras las instituciones jurídicas basada en las connotaciones económicas de uno u otro marco regulatorio. Y digo connotaciones, porque de las motivaciones económicas de la propiedad como fórmula, en sus muy distintas acepciones, ya se habría ocupado el pensamiento crítico desde sus albores (2). Al extremo de que detrás de cada gran cambio social, cada transformación política, latiría una distinta y macerada concepción de la propiedad.

Junto a la insuficiente atención en este entorno, es la misma Escuela analítico-económica del Derecho, con sus divergencias, la que provoca el estudio, nada más y nada menos, que del principio a partir del cual preocupa todo el sistema de los derechos reales: el de tipicidad o *numerus clausus*. Las contradicciones entre sus integrantes, el debate con tal motivo suscitado, habrían venido a revitalizar, indirectamente, eso sí, un axioma que en los ordenamientos continentales se halla en permanente examen. Como resalta NATUCCI en el prefacio a la edición en castellano de su obra *La tipicità dei diritti reali* (3), mientras que algunos autores afirman la contrariedad del *numerus clausus* respecto de los principios de la economía (4), otros, al contrario, sostienen la inoportunidad de una excesiva fragmentación de la propiedad, que daría lugar a la creación de un número demasiado grande de personas titulares de un derecho de veto acerca del uso de los bienes, lo que causaría un goce escasamente productivo, antieconómico y, en definitiva, antisocial (5). Ante tal panorama, discúlpeme el lector si en este trabajo me inclino con cierta preferencia sobre tan trascendental punto.

Pero, además, de cara al bicentenario de la nación argentina, quizá sea buen momento este para plantearse si no se podría hacer un desinteresado esfuerzo por optimizar los recursos con que contamos; si no estamos en condiciones de mejorar —y no me refiero sólo a un abaratamiento de los costes implicados (algunos hoy disfrazados de intangibles como los fiscales)— el modelo argentino de seguridad jurídica inmobiliaria.

(2) En este punto, de necesaria contextualización histórica —y crítica— acerca de esta aparente o pretendidamente novedosa rama del quehacer científico, vid. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, «El análisis económico del Derecho. Evolución histórica. Metas e instrumentos», en KLUGER (comp.), *Análisis económico del Derecho*, Buenos Aires, Heliasta, 2006, pág. 21 y sigs.

(3) Buenos Aires, Heliasta, en prensa.

(4) Para RUDDEN, cita el autor, el principio del número cerrado entraría en contradicción, aunque no abiertamente, con el teorema de COASE.

(5) Refiriendo a HELLER, *The Gridlock Economy*, New York, 2008, quien, en un artículo publicado en la *Harvard Law Review* de 1998, acuñara la expresión *Tragedy of the Anticommons*, en señalamiento de un fenómeno del que se tratará con especial detenimiento en el texto.

II. LA DIFUMINACIÓN DEL CONCEPTO DE DERECHO REAL DESDE LA ÓPTICA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Aun entendiendo el alto grado de dogmatismo que se esconde para muchos detrás del concepto de derecho real —por más de que para quien esto suscribe no sea más que un prejuicio bajo el cual se alberga el desconocimiento de su verdadera esencia y dinámica—, así como el rechazo que para el jurista angloamericano puede suponer su tratamiento escolástico, no es posible prescindir de la realidad diversa que rodea a las distintas clases de bienes. Es precisamente esta variada fuerza ontológica la que justifica las distintas categorías patrimoniales, la distinción entre derechos personales o de crédito, y derechos reales, o entre bienes públicos y privados, siendo el Derecho el que luego se limita a reconocer, más perfecta o imperfectamente, la regulación para cada una de ellas. No es la regulación, ni la analítica la que crea los conceptos, sino la realidad material de las cosas, que obliga al ordenamiento a plegarse según su intrínseca naturaleza. Tratar conjuntamente fenómenos de tan variado alcance bajo el amplísimo acápite de los *property rights*, podrá ser de utilidad con matices, como, por ejemplo, en la llamada de atención que en cuanto a una óptima gestión y explotación de bienes colectivos conlleva, o, a la inversa, en los perjuicios que un excesivo proteccionismo puede traer consigo; pero desde una perspectiva general, aunque se me tache de escéptico, confunde.

Dicho lo cual, la paradoja surge cuando se pretende abordar el sustrato de las categorías jurídicas reconocidas desde las solas herramientas económicas; al intento nada se le puede achacar, pues si se mira bien, es el paso lógico al que obliga el excesivo casuismo, más bien particularismo, con que los libros generales en la materia se ocupan de cada puntual tema. La exposición de ARRUÑADA sobre la propiedad como consentimiento organizado puede servirnos de ejemplo. Dice así el autor:

«Cuando el sistema jurídico otorga eficacia real a un derecho, ello equivale a exigir el consentimiento de su titular para que tal derecho pueda resultar afectado, es decir, mermado de cualquier forma por terceros. Esta exigencia de consentimiento asegura el goce pacífico de los derechos sobre bienes duraderos; y, especialmente, sobre inmuebles, por tratarse de bienes que no son fácilmente destruibles y están menos sujetos a abuso que la mayor parte de los demás bienes. Frente a ello, la ejecución de derechos de crédito depende de la solvencia y posición jurídica de las personas, que son móviles y pueden sustraerse a las resoluciones judiciales, cuando se pretende obligarlas a pagar. Constituido sobre bienes duraderos, un derecho real resulta, por tanto, mucho más valioso que un derecho de crédito que tenga el mismo contenido y cuya única diferencia con el derecho real consista en que el derecho de crédito carece de posibilidad de ejercicio *in rem*.

Esta mayor eficacia del derecho real tiene, sin embargo, un coste: las transacciones entre las partes no transmiten derechos con el alcance real prometido

hasta que los titulares de todos los derechos reales que son afectados por las transacciones no hayan dado su consentimiento. En consecuencia, para crear derechos reales perfectos tiene que producirse algún tipo de contratación secundaria entre las partes que celebran la transacción y quienes ostenten derechos reales afectados por aquélla, a fin de que estos últimos presten su consentimiento. La función de muchas instituciones del Derecho de la Propiedad consiste en posibilitar estos segundos “contratos” con los titulares de derechos afectados, quienes pueden prestar su consentimiento tanto de forma explícita, mediante un acuerdo privado, declarando ante un registro o en un procedimiento judicial; como de forma implícita, mediante el simple transcurso del tiempo. El consentimiento puede también producirse *ex ante*, en el momento en que tenga lugar la transacción, de modo que los derechos resultantes de la transacción estén libres de incertidumbre acerca de quién es el auténtico titular del derecho y acerca de su exacta naturaleza; o bien, alternativamente, el consentimiento puede demorarse, en cuyo caso los nuevos derechos permanecerán gravados por la posible supervivencia de cualesquiera derechos reales contradictorios con la transacción y cuyos legítimos titulares no hubieran prestado su consentimiento» (6).

Se advierte, entonces, cómo los derechos reales se enfrentan a un «toma y daca» de efectos positivos y negativos:

«Por una parte, garantizan la eficacia de los derechos, dado que es preciso el consentimiento de sus titulares para que puedan verse afectados. No obstante, y por el mismo motivo, la supervivencia de los derechos reales después de la transmisión del bien o de cualquier otra transformación de derechos exige disponer instituciones que faciliten los procesos de búsqueda, negociación y contratación del consentimiento y dedicar recursos para conseguirlo en cada caso. Un coste obvio es que la posible existencia de derechos reales ocultos aumenta la asimetría de información entre los transmitentes: a falta del consentimiento del titular del derecho oculto, el bien adquirido permanecerá gravado por dicho derecho y el adquirente obtendrá sólo un derecho de crédito contra el vendedor. De forma más general, los costes de transformación y de transmisión de los derechos reales aumentan porque se hace necesario: saber qué derechos reales potencialmente conflictivos tienen validez, descubrir quiénes son sus titulares, negociar con tales titulares de derechos para obtener su consentimiento y celebrar un acuerdo con los mismos. Este aumento en los costes de transacción puede a su vez obstaculizar la inversión, el comercio y, en suma, la especialización de todos los recursos productivos afectados tanto directa como indirectamente» (7).

El planteamiento del autor no termina de estar claro, igual que ese consentimiento imprescindible sobre el que gira su tesis. Desde luego, las modalidades que destaca para obtenerlo tampoco ayudan. Nada tiene que ver un convenio privado, equiparado a tales efectos, para más *intri*, con lo que pueda

(6) *La contratación de derechos de propiedad: un análisis económico*, Madrid, Colegio de Registradores de España, 2004, disponible en <http://www.arrunada.org>, según versión *pro manuscripto* de donde se cita, págs. 28 y 29.

(7) *Idem*, pág. 30.

aprobarse en sede judicial, con el transcurso del tiempo, en aparente alusión a la posesión adversa que es como prefiere denominarse la usucapión en este campo.

Pues bien, frente a la magnificencia del concepto, respecto de los derechos reales ocurre justo lo contrario. En primer lugar, y a diferencia de los crediticios, son los reales los derechos más fácilmente perjudicables por terceros dado que se asientan sobre bienes materiales que, como tales, pueden sustraerse o menoscabarse sin requerir en absoluto de la concurrencia de quien alegue una titularidad sobre ellos. Las acciones reales si existen, como los interdictos (éstos dentro de los contornos que le son típicos, aunque muchas veces *ergaomniales*), demuestran no sólo la posibilidad, sino su palmaria incidencia. Podría pensarse, en descargo de la visión del autor, que a lo que se refiere es al dato de que el sistema nunca permitiría la desposesión, el despojo, el perjuicio sin la efectiva o implícita concurrencia del perjudicado; pero esto tampoco se condice con la realidad, donde la buena fe abre las puertas de la legitimación traslativa *contra dominum*.

En segundo lugar, los derechos reales son reales precisamente porque no necesitan ser consentidos para oponerse a terceros. En el Código Civil argentino deriva ello del juego de dos normas: la primera, del artículo 1.195 por el cual ningún pacto puede perjudicar a tercero, lo que, sin más, daría la razón a nuestro autor, pues vendría a exigirse el consentimiento del tercero, de uno u otro modo, para que hubiera de estar a lo estatuido. Sin embargo, la norma se enlaza con el artículo 2.502 y concordantes (si se me apura, todos los del Libro III), por cuya virtud los derechos reales sólo pueden ser creados por ley; no vaya a ser que la libérrima autonomía contractual se imponga sobre la libertad del individuo y su patrimonio a partir de un acto en el que no ha participado. El precepto se completa, así, estableciendo que si por negocio jurídico se constituyesen otros derechos reales, o, tanto es igual, se modificasen los que por el Código se reconocen, los efectos de la operación sólo se habrían de traducir entre las partes, a saber, como derechos personales. A la postre, pues, sólo en este caso, marginal, en que los interesados actuaran *ultra vires*, sería necesario el consentimiento de terceros.

Volveríamos de esta manera al punto, siquiera implícito, de partida, para preguntarnos: ¿por qué hay algunos derechos de atribución y/o uso que gozan de un mayor alcance que otros y que, sin requerir del ulterior compromiso de terceros, traspasarían frente a éstos su personal limitación de efectos?

Entiendo que por el objeto, material, tangible, perceptible al que se sujetan. Es la inmediación como *quid* de los derechos reales el fundamento de su apriorística absolutividad (8), de su oponibilidad *ad casum*. De cosas y no de

(8) Cfr. GORDILLO CAÑAS, «Bases del Derecho de Cosas: sistema español», en DE REINA TARTIÈRE (COORD.), *Derechos reales. Principios, elementos y tendencias*, Buenos Aires, Heliasta, 2008, pág. 26.

bienes en general hemos de hablar, pues la apariencia como criterio legitimador, como patrón de reconocibilidad del título de quien transfiere, es la clave y no la extensión desmesurada de consentimientos. Mezclar unos y otros bienes, al margen de su proyección natural al reconocimiento no convence. Y es que, reitero, la oponibilidad de los derechos reales, con la que se vincula tan intensa y precisamente la máxima del número cerrado, se funda en la inmediatividad o intermediación que, cifrada respecto de los bienes más básicos en la posesión, permite identificar fácil y objetivamente quién goza de titularidad para excluir. «No olvidemos que todo adquirente antes de tener esa condición se comporta y siente como un tercero (en efecto lo es) y que, por tanto, su decisión debe basarse en criterios ciertos y racionales. Esto implica certeza en la apariencia del derecho, a fin de eliminar comportamientos ineficientes derivados a su vez de la aversión al riesgo que suele caracterizar a los individuos. El signo de cognoscibilidad tiene que ser público, de fácil identificación, en lo posible inequívoco, que no pueda dar origen a una publicidad dual (esto es, que no pueda publicitar simultáneamente dos derechos incompatibles entre sí) y que lo haga a bajo costo en relación al valor del bien cuya propiedad publica. La facultad de exclusión debe derivarse directamente de la consolidación del signo de cognoscibilidad (por ejemplo, de la inscripción en el registro correspondiente). De lo contrario, estaremos ante el absurdo de que existan sujetos excluidos que no estén en la posibilidad de conocer quién y cómo los excluye» (9). Pero aun más; el hecho de que un derecho conste registrado —y no hablo sólo desde la experiencia argentina— no es patente de corso para obviar absolutamente el estado material del bien sobre el que se pretende contratar (10).

III. FUNDAMENTO ECONÓMICO DEL *NUMERUS CLAUSUS*

Muy especialmente, como ejemplo de que el análisis económico se antoja relevante para comprender las instituciones del Derecho civil, Horacio SPECTOR, Decano de la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato di Tella, considera la tipicidad de los derechos reales. «VÉLEZ SARSFIELD —evoca— introdujo en el Código diversas normas que limitan la capacidad de los individuos para dividir en muchas partes los paquetes de derechos de propiedad. En particular, el artículo 2.502 prohíbe la creación de nuevos tipos de derechos reales *numerus clausus*. En la nota a tal artículo, VÉLEZ menciona los obstáculos a la explotación económica presentados por la descomposición de la propiedad en la Europa medieval, en particular en España. VÉLEZ SARSFIELD

(9) BULLARD GONZÁLEZ, *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*, Lima, Palestra, 2006, págs. 169-170.

(10) Vid., más sobre estas cuestiones, *infra*, epígrafe V.

justifica tal disposición diciendo: “La multiplicidad de derechos reales sobre unos mismos bienes es una fuente fecunda de complicaciones y de pleitos y puede perjudicar mucho a la explotación de esos bienes y la libre circulación de las propiedades...”. Todavía más, en la nota al artículo 2.503, justifica la supresión de la enfiteusis y del derecho del superficiario, que expresamente prohíbe en el artículo 2.614, junto con todo tipo de prohibiciones a la venta. Las normas del Código Civil argentino que garantizan la unidad de la propiedad evitando su desintegración voluntaria tienen un fundamento económico claro, sistematizado recientemente por el profesor Michael HELLER [«The tragedy of the anticommons: property in the transition from Marx to Markets», en 111 *Harvard Law Review* 621 (1968)]. HELLER estudia cómo las actividades económicas se ven afectadas por la descomposición de los derechos de propiedad en las manos de diversos titulares. Al establecer la propiedad privada unida y completa, VÉLEZ intentó evitar las ineficiencias asociadas con la —así llamada— «tragedia de los anticomunes», que ocurre cuando los costos de transacción, la conducta estratégica o las deficiencias cognitivas evitan que los titulares de diversos derechos de propiedad se junten en un paquete único de derechos. Sin duda, VÉLEZ SANSFIELD no conocía esta noción moderna, pero tenía una comprensión intuitiva refinada de la fundamentación de la propiedad no fragmentada» (11). Recordando SPECTOR cómo «la tragedia de los anticomunes» viene a consistir en la amenaza del eficiente uso y enajenación de la propiedad (12).

Para comprender mejor cuanto se dice, debemos desarrollar no sólo esa tragedia, en la terminología acuñada, obviamente, desde distintos senos, por los *iuseconomistas* —permítaseme la locución—, sino la de los *commons*, la de los bienes comunes. Como explica COLOMA, «la expresión “tragedia de los comunes” se utiliza para hacer referencia a un problema de eficiencia que tiene lugar cuando existe un recurso común que es utilizado por varios agentes económicos de manera conjunta, sin que ninguno de ellos pueda excluir a los demás de su uso. Esto suele generar un efecto negativo recíproco, originado en el hecho de que las acciones de cada agente económico le crean costos a los demás agentes, sin que las mismas conlleven la necesidad de compensar monetariamente a los perjudicados». Por su parte, el concepto de “tragedia de los anticomunes” refiere la «situación en la cual varios agentes económicos tienen derechos de exclusión sobre un determinado recurso, pero ninguno de ellos tiene el derecho exclusivo de uso. En tal caso lo que puede ocurrir es

(11) «Justicia y bienestar desde una perspectiva de Derecho Comparado», en KLUGER (comp.), *ob. cit.*, págs. 57-58.

(12) Para la consideración de la teoría de los *anticommons* como la elaboración iuseconómica de la limitación a la creación legal de derechos reales, vid. especialmente, BAFFI, «Gli *anticommons* e il problema della tipicità dei diritti reali», en *Rivista Critica del Diritto Privato*, núm. 3 (2005), pág. 455.

que la necesidad de compensar monetariamente a varios propietarios del mismo activo de manera simultánea haga que el uso del recurso afectado se vuelva antieconómico: que activos que en otra situación serían explotados terminen quedando ociosos. La tragedia de los comunes es, pues, asimilable a un problema de sobreexplotación de un recurso común. La tragedia de los anticomunes, inversamente es un problema de subexplotación de dicho recurso» (13).

Así las cosas, a lo que efectivamente habría apuntado VÉLEZ al inclinarse por el *numerus clausus*, con palabras, sin duda, mucho más entendibles, es a la liberación de la propiedad, a la superación final de las trabas secularmente impuestas a la riqueza fundiaria. Se trataría de erradicar la propiedad dividida, la fragmentación horizontal de las fincas (sin ninguna connotación con el régimen homónimo cimentado hoy en la ley 13.512). El nuevo sistema se construiría jerárquicamente a partir de la exclusividad del dominio, nota sustancialmente complementada con un elenco tasado de derechos reales menores, de mayor o menor duración según cuánto hubieran de incidir sobre las facultades materiales (uso, disfrute) del propietario (14). Tendría, entonces, razón SPECTOR cuando, señalando la eficiencia de la propiedad como una base del ordenamiento argentino, recuerda la raíz económica que subraya el Código al respecto, aunque una completa identificación del *numerus clausus* con la cuestión de los anticomunes puede no resultar del todo comprendida, al amparo justamente de cuanto se indicaba en el epígrafe precedente. Fíjese en que, mientras los inconvenientes de los anticomunes se producen en espacios y con respecto a bienes donde la protección de los derechos de atribución del titular encuentra una base estrictamente regulatoria, a expensas de su reconocimiento institucionalizado, el *numerus clausus* en modo alguno puede desligarse de la naturaleza del objeto que subyace al derecho de turno, que se manifiesta por su vinculación inmediata con la cosa (inmediación). El paradigma de los anticomunes, a lo sumo, sería eso y, como tal, ha de aprovecharse como cauce para la reflexión (15).

(13) «Análisis económico de los derechos de propiedad», en KLUGER (comp.), *ob. cit.*, págs. 179-180.

(14) Repárese en que, entre uno y otro sistema, el otrora vigente y el jerárquico organizado, la fragmentación puede ser vertical, como digo (por ejemplo, en el caso de la subdivisión de lotes de un terreno) u horizontal (cuando sobre un bien se constituyen múltiples derechos reales limitados). La propiedad feudal consistiría, entre ellos, en un típico ejemplo de propiedad fragmentada horizontalmente, como sostiene BAFFI (cfr., *ob. cit.*, pág. 460). Vinculada, aunque no perfectamente asimilable con la primera modalidad, cabría sumar, la propiedad en condominio cuya homogeneidad en las facultades conferidas a cada condómino se destaca como fuertemente desventajosa (cfr. COLOMA, *ob. cit.*, págs. 180-182; *contra*, aparentemente cuando pone como ejemplo de división horizontal de la propiedad el de un derecho comunal, como en el caso del pastizal compartido por varios agricultores, POSNER, *El análisis económico del Derecho*, trad. de SUÁ-REZ, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, págs. 77-78).

(15) Cfr. MERRIL y SMITH, «Optimal standardization in the Law of Property: the *Numerus Clausus* Principle», en *Yale Law Journal*, v. 110 (2000), pág. 6.

Por el contrario, el *numerus clausus* se engarza como axioma consecuente de la realidad que funda toda una rama del conocimiento jurídico, la cual, desde luego, sobra decirlo, no se circunscribe a la pacata lista del artículo 2.503 del Código Civil. De ahí que, nacido al amparo de una particular razón de ser económica, su interpretación deba conjugarse hoy con otros postulados, mejor dicho, con criterios que estaban pendientes de maduración al momento de instaurarse la leyenda, como son el de oponibilidad (por cognoscibilidad) y el estrictamente vinculado, dada su consolidación en el devenir de nuestro tráfico inmobiliario, de la buena fe. Y no se diga que ambos son factores igualmente contingentes con respecto a los derechos sobre bienes inmateriales, que no lo niego, pero su *modus operandi*, posesión mediante, es radicalmente distinto: sólo los bienes corporales pueden poseerse, siendo que por la posesión se comunica un indicio razonable de titularidad; con todo, aun en este caso, los derechos no se poseen, se ejercitan. Por demás, la mala fe, es decir, el pleno conocimiento de lo que otro ha podido generar con su inversión, trabajo o esfuerzo, no siempre en la normativa en materia de propiedad industrial queda condenada.

En virtud de lo anterior, no creo que pueda afirmarse, al menos, no con la rotundidad que lo hace CARRASCO PERERA, que el *numerus clausus* haya nacido, y por inercia se mantenga, como «una contingencia histórica desafortunada que se produce, como catástrofe normativa, por la confluencia de dos particularidades de la doctrina alemana del Derecho común» (16). Valoración fundada por el autor, primero, al requerir el sistema una puerta de entrada idiosincrásica e inútil, que es el «contrato real de alcance dispositivo (los derechos reales son reales en Alemania porque nacen de contrato real)». Segundo, porque «la propuesta de *numerus clausus* requiere de una poderosa jurisprudencia de conceptos en la construcción de tipos de derechos sobre cosa ajena, como la que era capaz de deparar el pandectismo alemán. Y requiere una buena hipocresía en el uso residual de la propiedad en formas fiduciarias». La hipocresía sistemática consistiría en «proponer nichos cerrados, pero tapar huecos mediante un uso y abuso incontrolado de la propiedad fiduciariamente vinculada» (17).

(16) «Orientaciones para una posible reforma de los derechos reales en el Código Civil español», en DE REINA TARTIÈRE (coord.), *ob. cit.*, pág. 77.

(17) Desarrollando esta polémica idea, CARRASCO expresa: «el sistema de *numerus clausus* es hipócrita socialmente y propiciatorio de fraudes. Como demuestra nuevamente la experiencia alemana, allí donde no cabe construir nuevos tipos se utiliza la propiedad como supertipo residual “fiduciario”, con la particularidad de que con este uso supletorio se arrumban normas imperativas existentes para tipos determinados. Es lo que ha pasado, cuando la atípica cesión de créditos en garantía ha desbancado a la pignoración de créditos, o cuando la *Treuhand*, en cualquiera de sus formas, ha venido a cumplir y llenar las funciones tipológicas del *trust* como forma especial de dominio». Y afirma: «que, si uno se empeña, la titularidad como fiducia puede suplir y hacer las funciones de todos los tipos posibles de derechos sobre cosas, [según] se manifiesta ahora en el *Codi* [se refiere al

No puede aceptarse, como digo, esa circunscripción del *numerus clausus* a su génesis dogmática dentro del ordenamiento alemán y su muy peculiar sistema de transmisión de los derechos reales; y no puede hacerse, de primeras, porque la tipicidad no necesita de la abstracción causal traslativa como presupuesto. Son muchos los sistemas jurídicos que a ella se adscriben, con independencia del modelo adoptado para la transferencia de los derechos sobre cosas, desde el del *solo consensu* francés al nuestro del título y el modo. En segundo lugar, por esa minusvaloración que hace el autor de la jurisprudencia de conceptos, a la postre, de la elaboración de un sistema en la que cada uno de los tipos, de sus principales piezas, es identificada por una función económica. La congruencia normativa, cimentada en la aquilatada reflexión de la pandectística, se tacha como defecto como si entre nosotros las cosas estuvieran más claras. Se critica a los alemanes, cuando la depuración de tipos de derecho real superfluos, traídos de la mano de una tradición abandonada por *desuetudo*, algo a lo que justamente apunta CARRASCO en su análisis, comienza justamente con su Código; así, por ejemplo, los derechos de uso y anticresis, que no es que se prohíban pero que tampoco se encumbran con autonomía típica propia. Y finalmente, ya que, por obvio, no quiero recordar el verdadero contexto histórico que generó la proscripción que significa el *numerus clausus* (en los estertores de la Edad Moderna), porque tampoco es cierto que a través del negocio fiduciario valga todo, que por esta ventana pueda entrar lo que por la puerta expulsa el sistema. ¿O acaso no ha coadyuvado la doctrina alemana a la diferencia entre tipo formal y tipo sustantivo, en referencia éste al contenido que hace a cada modalidad jurídico-real, no ya porque lo diga el BGB, sino en atención a su cometido? Será éste, en consecuencia, el que se imponga sobre la estructura fiduciaria sometiéndola al igual respeto de los intereses en presencia; el factor esencial a partir del cual se califique la operación para evitar fraudes.

IV. *NUMERUS CLAUSUS* Y MODELOS REGISTRALES

Evidentemente, la postura cuestionada excede del objeto de este trabajo. He querido traerla a colación por constituir su respuesta a la opinión, esta sí más atinente respecto del presente estudio, de ARRUÑADA acerca de la clasificación de los sistemas registrales y la relación de cada modelo en relación con

Código Civil catalán]: en lugar de la anticresis con “típica” (?) función de garantía, cabe pactar un usufructo con función de garantía y contenido anticrético (arts. 561.3.2 c); 561.16.1 d)). Mas si esto es así, también cabrá pactar un “derecho de propiedad” en garantía limitada a la percepción anticrética de frutos, o una propiedad fiduciaria del derecho de vistas, o una simple “propiedad” del derecho de vistas, o una propiedad del derecho de vistas en garantía del pago de un crédito» (*ibídem*).

la libertad de creación de derechos reales. A su juicio, en la distinción entre los registros de documentos, o de mera inoponibilidad, como el francés o muchos de los que se conocen en los Estados Unidos, y los registros de derechos, de mayor control y cautelas de cara a la inscripción, como es el caso alemán o el australiano (Acta Torrens), la eficacia real de los derechos se encontraría, comparativamente, menos limitada en los primeros; es decir, en ellos las partes serían relativamente más libres para definir los derechos reales. En cambio, en los registros de derechos a los que, obviando consolidados prejuicios, creo que se encontraría más próximo el argentino, los sistemas divergen, a su vez, según la intensidad «con que la ley determine el número y contenido de los derechos reales y, en consecuencia, reduzca más o menos la libertad de las partes y la extensión del juicio calificador del registrador. Cuando los derechos reales son definidos por ley de forma detallada, con una aplicación más estricta del principio de *numerus clausus*, la colisión entre derechos es menos probable y las partes afectadas son identificadas más fácilmente por el registrador cuando éste comprueba que las partes del contrato cuentan con los consentimientos de todos los terceros afectados (18). Así es como funciona el *Grundbuch* alemán. Inversamente, cuando la ley permite que en el contrato privado se determine más libremente el contenido de los derechos reales, la colisión es más probable y resulta más difícil para el registrador identificar quiénes son los terceros afectados. El Registro de la Propiedad español, por ejemplo, trabaja de esta forma. La solución alemana es más sencilla pero más rígida, mientras que su alternativa exige mejores incentivos y cualificación de los registradores, de acuerdo con el mayor alcance y extensión de su juicio calificador (19). Al simplificar la labor del registrador, un *numerus clausus* más estricto sirve por ello, de forma indirecta, para proteger a los titulares de derechos cuya pérdida podría producirse por causa de errores

(18) En realidad, dada la crítica vertida anteriormente sobre la configuración de la propiedad como consentimiento organizado, lo que el Registrador habrá de comprobar es que no se afecten los derechos inscritos y, en relación con ello, especialmente que el transmitente conste como titular último en la cadena traslativa, que se encuentre legitimado para autorizar el acto de disposición. La protección de estos terceros con derecho inscrito vigente al tiempo de la mutación real pretendida (por ejemplo, un acreedor hipotecario o el titular de una servidumbre frente al posterior cambio en la titularidad del dominio), la reciben directamente de la ley, la cual se inspira en el conocimiento adquirido o, en el caso de que la consulta previa al Registro no se establezca en la legislación de que se trate preceptivamente, se haya podido obtener. Es por eso que nada tienen que consentir; ni siquiera serán convocados.

(19) Similarmente a lo expresado en la nota anterior, el Registrador español no investiga ni sale a buscar a los terceros a la calle; podrá protegerlos, al calificar un documento negativamente, eso sí, pero como correlato del control de legalidad del que es responsable. En otros términos: los únicos terceros individualmente considerados que vendría a proteger, atenta la naturaleza de su función y las limitaciones con las que ésta se despliega (de puertas para adentro), serían los que consten anteriormente registrados y puedan resultar perjudicados por la inscripción solicitada.

en la calificación registral y como consecuencia de la fuerte eficacia que genera la inscripción en el registro de derechos» (20).

Más allá de su corrección, el bosquejo inspira con su comparativa dos conclusiones. Una muy obvia: que el registro de derechos es más eficiente que el de documentos, o, dicho más técnicamente, que cuanto más se avanza en la protección de la seguridad por vía registral más se optimizan los recursos del sistema. Y otra no tanto: que el *numerus clausus*, siendo en la realidad de los distintos ordenamientos independiente del modelo de registración que se adopte, se constata pauta que limita los costes de transacción por sí misma.

V. LOS COSTES DE TRANSACCIÓN EN LA CONTRATACIÓN DE DERECHOS REALES EN LA ARGENTINA

El factor registral es sólo una de las aristas en cuanto a los costes de transacción de derechos reales se refiere. Por de pronto, téngase en cuenta que no todos los derechos reales recaen sobre bienes registrables, aunque el elenco cada vez se abra más ante las necesidades de mayor seguridad en el ámbito mobiliario. En este sentido, el trámite registral incorpora un relativo encarecimiento de las operaciones, no tanto como la derivación que supone que la documentación registral tenga que estar autorizada ante notario. Este juego llamado «de doble calificación», de doble control de legalidad, se instituye con carácter general sólo para las operaciones sobre inmuebles, en la medida en que su mayor valor absorbe los respectivos costes con holgura. En cambio, aunque en ocasiones puedan alcanzar una elevada cotización, la mayoría de los bienes muebles goza de un valor más reducido, condición que no justifica los gastos de una instrumentación por fedatario público ni del registro. Cuando, sin embargo, alguna o ambas cautelas se establecen, se hace con miras a bienes que, como las aeronaves, los buques, los automotores o ciertos animales de raza, tienen una relevante importancia económica y son —esto únicamente como presupuesto para la registración—, susceptibles de una fácil individualización (21).

(20) *Ob. cit.*, págs. 43, 48 y 49.

(21) MARTÍNEZ VELENCOSO afirma que, frente a la posesión, «también es más eficiente el Registro de la Propiedad cuando los bienes no son objeto de transmisión frecuentemente, así como cuándo el bien es susceptible de aprovechamiento económico por varios sujetos al mismo tiempo (cuando es interesante constituir derechos reales limitados sobre el mismo, v. gr., el derecho real de hipoteca) y cuando el mismo disfruta de una vida útil prolongada» («Cuestiones económicas en torno a las reglas de transmisión de la propiedad y de publicidad inmobiliaria», en *InDret*, núm. 4 [2008], pág. 13). Pero si nos fijamos las tres son características inherentes a los bienes inmuebles; es la naturaleza del bien la que posibilita y habilita esas utilidades y de ahí que el bien se registre; no son las utilidades las que justifican su matriculación; vid. *supra*, epígrafe II.

Advertido ello, debemos preguntarnos cuál es la razón por la que la inscripción se considera necesaria en una legislación, como la argentina, donde se prevé, al menos *ab origine*, la posesión como elemento de exteriorización, de publicidad de los derechos reales, al exigirse la *traditio* (modo).

Por lo que atañe a la cuestión, se ha de decir que la posesión no supone un mecanismo de publicidad enteramente fiable; primordialmente su función a estos efectos es negativa: la de evitar que el interés o expectativa de adquisición comprometida se perjudique por la transmisión, la entrega del bien a un tercero (22). Es cierto que la titularidad de los derechos reales se revela normalmente por su medio, pero también que no siempre quien posee o detenta una cosa disfruta del título que alega para contratar. Por ejemplo, el acreedor al que se le entrega en prenda una cosa, podría hacerse pasar por propietario para proceder a venderla. Con esa venta, al legislador se le plantearía un claro conflicto: o mantener al legítimo dueño en la propiedad de la cosa o conceder su dominio al tercero que hubiera confiado en la apariencia creada por la posesión. En el primer caso, el principio de legitimación se impondría, con lo que se obstaculizaría gravemente el tráfico jurídico, en la medida en que quien aspirara a adquirir una cosa demandaría, en previsión de un futuro despojo, innumerables pruebas que acrediten la propiedad, la perfecta aptitud del disponente. Los costes se multiplicarían. Por el contrario, la consagración del derecho adquirido por el tercero traería irremediablemente consigo la extinción del dominio en cabeza de quien no habría participado ni permitido el negocio oportuno; la inseguridad que acarrearía esta solución sería económicamente todavía más riesgosa (23).

(22) En relación con el carácter negativo de la publicidad posesoria, téngase en cuenta, además, un dato implícito en la nota anterior: que la posesión natural, material de bienes muebles no resulta posible con carácter parcial, al contrario de lo que sucede con los inmuebles, a cuyo respecto sí cabe que varias personas ejerzan actos posesorios con simultaneidad (propietario, titular de una servidumbre de paso, usuario, etc.).

(23) El supuesto, explicado desde el Derecho contractual como un caso de legitimación extraordinaria, y desde el Derecho de cosas, en cuanto adquisición *a non domino*, se equipara por la doctrina iuseconómica a la usucapión, pues por ambas se llega a una suerte de transmisión forzosa. POSNER ejemplifica como sigue: «A tiene un diamante y lo da a su agente B con instrucciones de empeñarlo, y B, que le ha entendido mal, lo vende a C. Siempre que C no sepa o no tenga razón para saber que B no estaba autorizado para venderle el diamante, C adquirirá un título válido del diamante» (*sic*). Estaríamos ante un caso simple en que A habría podido evitar el error a un costo menor que C. «Supongamos ahora que B no era el agente de A, sino que le robó a éste el diamante y lo vendió a C sin darle ninguna razón para sospechar que estaba comprando mercancía robada. C no adquirirá un título válido; [y es que] un ladrón no puede dar un título válido a su comprador». Aunque A podría prevenir la transferencia errónea a un costo menor que el de C tomando mayores precauciones contra el robo, si se permitiera que C obtuviera un título válido se estimularía el robo. Los ladrones obtendrían precios más altos de los compradores “de chueca”, porque estos últimos podrían obtener precios mayores en el mercado de reventa (siempre que se tomen medidas para que el comprador no sospeche)». La conclusión es evidente: «la gente pagará más por un título seguro que por uno dudoso», pues «no queremos un mercado eficiente de bienes robados» (*ob. cit.*, págs. 83-84).

Pues bien, en relación con esa lucha entre la seguridad en los derechos y la seguridad en el tráfico, el ordenamiento argentino se decanta por que la segunda sólo se imponga por excepción y bajo las condiciones de onerosidad del título y buena fe en la persona del beneficiario, buena fe que en el ámbito inmobiliario se erige en diligencia con el agregado de la carga que constituye el estudio de títulos, veinte años para atrás (el de la usucapión larga), y un dato de suma relevancia: la imposibilidad de desconocer los derechos vigentes e inscritos en el folio registral, al menos mientras no se rebata su validez por quien se considere por ellos perjudicado en el oportuno expediente judicial contradictorio.

RESUMEN

PROPIEDAD ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

En aparente novedoso enfoque, llega al Derecho de cosas, como a tantas otras ramas jurídicas, toda una corriente doctrinal que valora las implicaciones económicas de las normas del sistema, sobre todo, en lo que toca al ámbito inmobiliario. Sin embargo, se trata de algo que late tras cada uno de los derechos reales en su fundamento genético como bien ha ido demostrando la investigación histórica. La tipicidad, que no numerus clausus, importante distinción, ya que sólo la primera noción puede predicarse de una u otra manera de cualquier ordenamiento, ha mirado siempre a la ratio económica de cada instituto, para construir, a partir de ahí, un sistema coherente que nos viene dado y cuya actual aspiración a la apertura encuentra escaso campo de aplicación precisamente por ello.

ABSTRACT

PROPERTY ECONOMIC ANALYSIS OF LAW

In an apparently novel focus, in-rem law, like so many other branches of juridical affairs, faces the arrival of an entire current in doctrine that assesses the economic implications of the rules of the system, especially as they touch upon the sphere of real estate. This, however, is a question of something that beats behind each one of the real rights in their genetic fundament, as has been well shown by historical research. Classification (not numerus clausus; this is an important distinction, because only the notion of classification can be predicated, in one way or another, on any system of laws) has always looked at the economic ratio of each institute, to construct on that basis a consistent system that is a given for us and whose current aspiration to greater openness finds little field of application, precisely for that reason.

(Trabajo recibido el 12-8-09 y aceptado para su publicación el 26-7-2010)

La unificación del Derecho Privado europeo en el ámbito contractual y la posibilidad de ampliación a la propiedad inmobiliaria (1)

por

M.^a DEL ROSARIO DÍAZ ROMERO
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO

1. ELABORACIÓN DE UN MARCO COMÚN DE REFERENCIA. EL DCFR:
 - 1.1. ANTECEDENTES.
 - 1.2. EL *DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE*.
2. INTENTOS DE APROXIMACIÓN DE LEGISLACIONES EUROPEAS EN MATERIA JURÍDICO-REAL:
 - 2.1. INICIATIVAS DEL *STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE*.
 - 2.2. EL *DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE*, EN MATERIA DE TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD MOBILIARIA.
 - 2.3. PERSPECTIVA UNIFICADORA DE LOS SISTEMAS DE TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA:
 - a) *Estado actual*.
 - b) *Argumentos y criterios favorables a la unificación*.
3. LA BASE COMÚN DE LA *TRADITIO* Y EL SISTEMA DE TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD. PERSPECTIVA HISTÓRICA-COMPARADA.

(1) Este artículo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación «La unificación del Derecho Privado europeo: Estado actual y perspectivas de futuro, II», cofinanciado por la Comunidad Autónoma de Madrid y la Universidad Autónoma de Madrid, para el año 2008, cuyo investigador principal durante ese periodo fue la Profesora Doctora M.^a del Rosario DÍAZ ROMERO (referencia: CCG07-UAM/HUM-1678).

4. SÍNTESIS DE LOS DIFERENTES SISTEMAS DE TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD Y SU PLASMACIÓN EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS EUROPEOS.
 5. INICIATIVAS PREPARATORIAS DE LA UNIFICACIÓN EN MATERIA DE TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA EN LA UNIÓN EUROPEA.
 6. A MODO DE CONCLUSIÓN.
 7. BIBLIOGRAFÍA.
-
1. ELABORACIÓN DE UN MARCO COMÚN DE REFERENCIA. EL DCFR

1.1. ANTECEDENTES

La base del estado actual del Marco Común de Referencia se centra en el nacimiento de la denominada Red Común de Derecho Privado Europeo (2), una red de excelencia académica creada por la Comisión de las Comunidades Europeas, bajo el Sexto Programa Marco de la Unión Europea para la investigación en el tema de la Unificación del Derecho Privado Europeo (Towards a European Contract Law).

En esta Red participan también los siguientes Grupos de Trabajo:

- The Study Group on a European Civil Code (coordinador: Christian von Bar).
- The Research Group on the Existing EC Private Law, or «Acquis Group» (coordinador: Hans Schulte-Nölke).
- The Project Group on a Restatement of European Insurance Contract Law, or «Insurance Group» (coordinador: Helmut Heiss).
- The Association Henri Capitant together with the Société de Législation Comparée and the Conseil Supérieur du Notariat (Presidente: Michel Grimaldi).
- The Common Core Group (coordinadores: Ugo Mattei y Mauro Busani).
- The Research Group on the Economic Assessment of Contract Law Rules, or «Economic Impact Group» (TILEC - Tilburg Law and Economics Center) (coordinador: Eric van Damme).
- The «Database Group» (coordinador: Pauline Remy-Corlay).
- The Academy of European Law (ERA) (responsable: Angelica Fuchs).

(2) Véase, al respecto, VON BAR/SCHULTE NÖLKE (2005, págs. 165-168); VON BAR (2005, págs. 17-26).

El objetivo de esta Red era elaborar una propuesta para el Marco Común de Referencia (Common Frame of Reference, CFR), del Derecho Contractual Europeo, según indicaciones del Plan de Acción y Comunicación de la Comisión (Commission's Action Plan, COM [2003] 68 final) y Commission's Communication on «European Contract Law and the Revision of the Acquis: The Way Forward» (COM (2004) 651 Final) de 11 de octubre de 2004.

La propuesta consistía en la presentación de principios («Principios Comunes de Derecho Contractual Europeo» o «*Common Principles of European Contract Law*» = CoPECL), que incluirían definiciones, conceptos generales y normas legales. Estos Principios se complementarían con comentarios, información comparativa y con un análisis valorativo que incluiría un estudio de su posible impacto económico y social y de los problemas o formas de aplicabilidad de los principios.

El objetivo era establecer un Marco Europeo Común de Referencia con las pautas para consolidar la legislación existente y para la legislación futura.

1.2. EL DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE

El objetivo está hoy más cerca de conseguirse, el borrador del Marco Común de Referencia (Common Frame of Reference —CFR—) sobre Derecho Contractual Europeo, vio la luz a principios del año 2008 (Draft Common Frame of Reference —DCFR—) , y ha logrado su texto definitivo en febrero de 2009 (3).

(3) Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Interim Outline Edition. www.law-net.eu.

Table of contents:

Introduction.

Academic contributors and funders.

Principles.

Table of Destinations.

Table of Derivations.

Model Rules.

Book I General provisions.

Book II Contracts and other juridical acts.

Book III Obligations and corresponding rights.

Book IV Specific contracts and the rights and obligations arising from them.

Book V Benevolent intervention in another's Affairs.

Book VI Non-Contractual liability arising out of damage caused to another.

Book VII Unjustified enrichment.

Book VIII Acquisition and loss of ownership of goods.

Book IX Proprietary security in movable assets.

Book X Trust.

Annex.

Index.

www.law-net.eu; www.sellier.de

Este borrador ha sido preparado por el Study Group on a European Civil Code y el Research Group on EC Private Law —Acquis Group— y está basado, en parte, en una versión revisada de los Principios sobre Derecho Contractual Europeo (4), elaborados por el Study Group, y dirigidos por Christian VON BAR (5).

(4) Principles of European Contract Law, editado por VON BAR/CLIVE/SCHULTE-NÖLKE y otros (2008).

(5) El Grupo elaboró un borrador ilustrativo de la posible estructura del Código (revisado en noviembre de 2004):

PREÁMBULO.

Libro I. Disposiciones generales.

Libro II. Contratos y otros actos jurídicos.

Capítulo 1. Disposiciones generales en contratos.

Capítulo 2. Formación de un contrato.

Capítulo 3. Autoridad de agentes en lo referente a contratos.

Capítulo 4. Validez de contratos (incluyendo ilegalidad).

Capítulo 5. Interpretación de contratos.

Capítulo 6. Contenido y efectos de contratos.

Capítulo 7. Aplicación de las reglas anteriores a otros actos jurídicos.

Libro III. Obligaciones [derechos y] Contractuales y Extracontractuales.

Capítulo 1. Cumplimiento de obligaciones contractuales.

Capítulo 2. Incumplimiento de obligaciones contractuales.

Capítulo 3. Remedios particulares frente al incumplimiento de las obligaciones contractuales.

Capítulo 4. Aplicación de las reglas anteriores a las obligaciones extra contractuales,

Capítulo 5. Derechos y obligaciones condicionales (título provisional y colocación pendiente de ulterior debate).

Capítulo 6. Pluralidad de deudores y de acreedores.

Capítulo 7. Cambio de las partes.

— Determinación del derecho a cumplir.

— Sustitución del nuevo deudor.

— La transferencia de la posición legal de las partes (derechos y obligaciones).

Capítulo 8. Extinción.

Capítulo 9. Prescripción.

Libro IV. Contratos específicos.

Libro V. Intervención benévola (*negotiorum gestio*).

Libro VI. Responsabilidad Extracontractual por daños.

Libro VII. Enriquecimiento injusto.

Libro VIII. Transmisión de bienes muebles.

Libro IX. Los derechos de garantía sobre bienes muebles.

Libro X. Trust.

Apéndice I. Definiciones de términos. 9.

Y entre sus trabajos publicados se encuentran sus obras sobre *Principles of European Law*:

- «Benevolent Intervention in Another's Affairs» (VON BAR, 2006).
- «Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts» (HESSELINK *et al.*, 2006).
- «Service Contracts» (BARENDRECHT *et al.*, 2006).
- «Personal Security» (DROBNIG, 2007).
- «Lease of Goods» (LILLEHOLT *et al.*, 2007).
- «Sales Contract» (HONDIUS *et al.*, 2008).

En este borrador se presenta el primer Proyecto académico de un Marco Común de Referencia, en el que se contienen Principios, Definiciones y Reglas Modelo de Derecho Privado Europeo. Este esbozo de Edición Provisional tiene, entre otros objetivos, cumplir la misión encargada por la Comisión Europea en 2005, tras el encargo recibido por el Plan de Acción para armonizar el Derecho Contractual Europeo, en enero de 2003.

El DCFR es un texto académico en el que se exponen los resultados de un gran proyecto de investigación europeo que invita a la reflexión, promueve el conocimiento del Derecho Privado europeo y muestra un análisis comparativo de los ordenamientos jurídicos europeos que parten de una base común, y pueden aportar soluciones a los problemas y dudas jurídicas que se plantean ante los tribunales europeos y organismos oficiales encargados de armonizar y modernizar los Derechos nacionales y construir un Derecho Privado europeo (6).

2. INTENTOS DE APROXIMACIÓN DE LEGISLACIONES EUROPEAS EN MATERIA JURÍDICO-REAL

Las propuestas unificadoras del Derecho Privado europeo se han centrado hasta ahora en el ámbito del Derecho de Contratos, pero también se ha considerado la necesidad de efectuar algunas incursiones en materia de Derechos Reales, como es el caso del Libro Verde sobre el Crédito Hipotecario presentado por la Comisión el 19 de julio de 2005 (COM. 2005, 327 final), la Directiva 1993/7, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro (I. 75) (DOCE L 74, de 27 de marzo de 1993, 74), la Directiva 1994/47, de 26 de octubre de 1994 (I. 70), sobre derechos de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (DOCE L 280, de 29 de octubre de 1994, 83), el Convenio de La Haya, de 1 de julio de 1985, sobre ley aplicable al Trust (II. 35) y Principios de Derecho Privado Europeo de Trust (III. 20).

Sus trabajos de próxima aparición están proyectados, y serán, también, incluidos dentro de la obra común *Principles of European Law*:

- «Non-Contractual Liability Arising out of damage Caused to Another» (VON BAR, julio 2009).

- «Unjustified Enrichment» (SWANN/VON BAR, mayo de 2010).
- «Proprietary Security in Movable Assets» (DROBNIG, abril de 2011).
- «Acquisition and Loss of Ownership of Goods» (LURGER/FABER, abril de 2011).
- «Loan Contracts» (DENIS PHILIPPE, abril de 2011).
- «Trust Law» (SWANN, noviembre de 2010).
- «Donation» (SCHMIDT-KESSEL, agosto de 2010).
- «Mandate Contracts» (LOOS/BUENO DÍAZ, enero de 2011).
- «Terminology, Notion of Consumer, E-Commerce» (CLIVE *et al.*, agosto de 2009).

(6) http://www.law-net.eu/en_index.htm

Desde el mismo TCE, el artículo 295 se refiere al derecho de propiedad, estableciendo que: «el presente Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros», y en la Carta de Derechos Fundamentales (DOCE C 364, 18/12/2000), el artículo 17 dispone que: «toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de sus bienes adquiridos legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos...».

La referencia parece demasiado genérica, quizá para dejar amplio margen de actuación a las legislaciones nacionales para continuar con sus particularidades o intentar adoptar una regulación unitaria del Derecho de Propiedad y sus formas de transmisión.

Existen opiniones, como la de Esther ARROYO (7), que entienden que estos textos lo único que pretenden «es dejar claro que no es propósito de la Comunidad interferir en el sistema de adquisición de la propiedad y, en definitiva, que la construcción de una Unión Europea no significará su socialización». Sin embargo, tampoco existe obstáculo para deducir que la no referencia al sistema de transmisión de la propiedad, no implica una renuncia a su unificación futura si se logra el oportuno consenso.

De hecho, esta autora llega a afirmar que: «el Consejo Europeo de Tampere tampoco aludió únicamente al Derecho Contractual, sino que en su dictamen sobre la primera Comunicación de la Comisión reivindicaba la elaboración de un estudio sobre el Derecho de responsabilidad civil y el Derecho de Propiedad. Así pues, no resulta comprensible por qué la Comisión no constata que el marco de referencia y las restantes acciones pueden ir más allá del Derecho contractual. Sería deseable que se aclarara esta situación, sobre todo porque incluso en las negociaciones entabladas en el seno de la Convención no se contempla tal limitación» (8).

Textualmente el Consejo Europeo, celebrado en Tampere (Finlandia) los días 15 y 16 de octubre de 1999, llegó a reconocer, en su conclusión 39, que: «Por lo que respecta al Derecho material, se requiere un estudio global de la necesidad de aproximar las legislaciones de los Estados miembros en materia civil para eliminar los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles. El Consejo debería informar antes de finales de 2001».

2.1. INICIATIVAS DEL STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE

En este sentido, resulta adecuado hacer referencia a los propios trabajos e iniciativas del Study Group on a European Civil Code (9). Puede ser interesante recordar que este Grupo de Estudio se constituyó en 1998, examinando

(7) ARROYO I AMAYUELAS (2003, págs. 648-650).

(8) ARROYO I AMAYUELAS (2008, pág. 72).

(9) Ver al respecto, VON BAR (2000, págs. 127-139); <http://www.sgecc.net/>

do los resultados de la Conferencia Internacional «Hacia un Código Civil Europeo», organizada por el Ministerio holandés de Justicia, y celebrada en La Haya en 1997.

La Conferencia había sido convocada a propósito de las dos Resoluciones del Parlamento Europeo de 1989 (Resolution on Action to bring into line the private law of the member states, de 26 de mayo de 1989, DOCE de 26 de junio) y 1994 (Resolution on the harmonisation of certain sectors of the private law of the member states, de 6 de mayo de 1994, DOCE de 25 de julio), a favor de la unificación del Derecho Privado Europeo (10).

El Study Group presentó un borrador en el que sí se empezó a incluir, entre las materias a unificar en la actualidad, el régimen de la propiedad y su transmisión, ya que se dedica el Libro VIII a «la transmisión de la propiedad de bienes muebles», cuya dirección se encuentra a cargo de los profesores Brigitta Lurger y Michael Rainer, con sede en Salzburgo.

El Libro VIII, cuenta ya con seis capítulos esbozados sobre:

Capítulo 1. Disposiciones generales:

- Sección 1. Ámbito de aplicación y relación con otras disposiciones.
- Sección 2. Definiciones.
- Sección 3. Otras reglas generales.

Capítulo 2. Transmisión de la propiedad basada en el derecho o facultad de transmitir del transmitente:

- Sección 1. Requisitos de transmisión de la propiedad.
- Sección 2. Efectos.
- Sección 3. Consideraciones especiales.
- Sección 4. Disposiciones complementarias.

Capítulo 3. Adquisición de la propiedad de buena fe.

Capítulo 4. Adquisición de la propiedad por prescripción adquisitiva.

Capítulo 5. Adquisición de la propiedad por accesión, confusión y especificación.

Capítulo 6. Protección de la propiedad y protección de la posesión.

Capítulo 7. Otras reglas.

Cabe destacar que las reglas del *Libro VIII* sólo se refieren a los supuestos de *transmisión derivativa de la propiedad de bienes muebles* y establecen como requisitos básicos para que se realice válidamente la transmisión (capítulo 2, arts. 2:101, 2:102, 2:103, 2:104 y 2:105) (11):

(10) Ver sobre ambas Resoluciones, Díez-PICAZO/ROCA TRÍAS/MORALES (2002, págs. 387-389 y 121-122).

(11) LIBRO VIII. CAPÍTULO 2: TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD BASADA EN EL DERECHO O FACULTAD DEL TRANSMITENTE.

Sección 1: Requisitos de transmisión de la propiedad.

Artículo 2:101: Requisitos generales de transmisión de la propiedad [1] La transmisión de la propiedad de un mueble requiere: a) que los transmitentes tengan derecho o facultad

- a) La facultad de disponer del transmitente en el momento en que se transmite la propiedad, y si no la tuviera en dicho momento, la transmisión no se produciría, salvo obtención posterior de dicha facultad por el transmitente, o ratificación de la persona con facultades para ello.
- b) Existencia de obligación de transmitir (art. 2:103), ya sea como consecuencia de un contrato previo, oneroso o gratuito, otro acto jurídico (que no sea en materia de sucesión universal o expropiación forzosa —art. 1:101—), o por disposición de ley. Una obligación que debe ser existente, válida y eficaz, pues en caso contrario se entenderá que la propiedad no se transmite o no se ha transmitido nunca, con el consiguiente efecto retroactivo en caso de haberse producido la entrega (art. 2:203).
- c) Entrega (art. 2:104) de la posesión del bien por el transmitente al adquirente o un acto equivalente a la entrega (art. 2:105), en cuyo caso se estudian varias posibilidades:
 - Si el mueble está en posesión del adquirente, el surgimiento de la obligación tiene el mismo efecto que la entrega, salvo acuerdo entre las partes.
 - Si el mueble está en posesión de terceros, el efecto de la entrega se alcanzará cuando los terceros reciban la notificación del transmitente informando del hecho de la transmisión, salvo acuerdo entre las partes.
 - Cuando se elabora un documento (físico o electrónico) que da derecho al poseedor del documento a exigir la entrega del mueble, ya se encuentre éste en posesión del transmitente o de terceros, se entenderá efectuada la entrega salvo acuerdo entre las partes.

de transmitir la propiedad del mueble; b) la entrega o un equivalente a la entrega o a un acuerdo en cuanto al momento de transmisión de la propiedad [o el registro], y c) una obligación de transmitir la propiedad. [2] Cuando la obligación define el mueble en términos genéricos, la propiedad se transmite solamente cuando el mueble se identifica en el momento de cumplimiento de la obligación.

Artículo 2:102: Los transmitentes deben tener el derecho o la facultad de transmitir la propiedad del mueble en el momento de efectuarse la transmisión. Si el transmitente carece de dicho derecho o facultad de transmitir la propiedad en aquel momento, la transmisión se producirá cuando se obtenga tal derecho o la persona que lo ostente haya ratificado, posteriormente, la transmisión. Realizada la ratificación, la transmisión producirá los mismos efectos que si hubiera sido realizada inicialmente con dicha facultad.

Artículo 2:103: Obligación de transmitir la propiedad [1]. La obligación de transmitir la propiedad puede provenir de un contrato, de otro acto jurídico o disposición de la ley. [2] A efectos de este libro, una obligación en el sentido del artículo 2:101 también puede deducirse de una transmisión gratuita.

Artículo 2:104: Entrega [1]. A los efectos de este libro, la entrega de un mueble se produce cuando el transmitente otorga y el adquirente obtiene la posesión del mueble.

Por lo tanto, el requisito de la entrega se flexibiliza, en el sentido de respetar todas las formas de entrega, desde la entrega material, la equivalente, simbólica e instrumental, hasta la producida por acuerdo entre las partes, como la *brevi manu* y el *constituto posesorio*.

Pero esta entrega debe producirse como consecuencia de una previa obligación de transmitir, que ha de ser existente, válida y eficaz, por lo que no basta la mera voluntad de transmitir y adquirir de los transmitentes y adquirentes. Ello significa, claramente, la aplicación de la clásica Teoría del Título y Modo, acogida por el Código Civil español, el sistema de transmisión causal de la propiedad.

Parece, por tanto, que, dentro del Grupo de Estudio sobre un Código Civil europeo, el equipo de trabajo que se ocupa de estudiar y proponer reglas para la transmisión de bienes muebles, se decanta por acoger la Teoría del Título y Modo como base del sistema de transmisión de la propiedad de bienes muebles en la UE.

Decisión que creo es la más acertada, porque es la que proviene de nuestras raíces jurídicas comunes y la que conlleva mejor publicidad del acto jurídico de la transmisión, y mayor seguridad entre las partes y frente a terceros.

2.2. EL DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE EN MATERIA DE TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD MOBILIARIA

Fruto del borrador presentado por el Study Group sobre el régimen de la propiedad mobiliaria y su transmisión, el nuevo borrador del Marco Común de Referencia dedica, también, un Libro VIII a «la transmisión de la propiedad de bienes muebles»:

El Libro VIII reproduce casi íntegramente el texto del borrador presentado por el Study Group y presenta la siguiente estructura:

Capítulo 1. Disposiciones generales:

- Sección 1. Ámbito de aplicación y relación con otras disposiciones.
- Sección 2. Definiciones.
- Sección 3. Otras reglas generales.

Capítulo 2. Transmisión de la propiedad basada en el derecho o facultad de transmitir:

- Sección 1. Requisitos de transmisión de la propiedad.
- Sección 2. Efectos.
- Sección 3. Consideraciones especiales.

Capítulo 3. Adquisición de la propiedad de buena fe.

Capítulo 4. Adquisición de la propiedad por prescripción adquisitiva.

Capítulo 5. Adquisición de la propiedad por accesión, confusión y especificación.

Capítulo 6. Protección de la propiedad y protección de la posesión.

Capítulo 7. Efectos de la restitución de bienes.

Cabe destacar que las reglas del *Libro VIII* sólo se refieren, también, a los supuestos de *transmisión derivativa de la propiedad de bienes muebles* y establecen como requisitos básicos para que se realice válidamente la transmisión (capítulo 2, arts. 2:101, 2:102, 2:103, 2:104, 2:105) (12):

- a) Existencia de los bienes.
- b) Transmisibilidad de los bienes.

(12) LIBRO VIII. CAPÍTULO 2: TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD BASADA EN EL DERECHO O FACULTAD DEL TRANSMITENTE.

Sección 1: Requisitos de transmisión de la propiedad.

Artículo 2:101: Requisitos generales de transmisión de la propiedad: [1] La transmisión de la propiedad de un mueble requiere que: a) los muebles existan, b) que los bienes sean transmisibles, c) que los transmitentes tengan derecho o facultad de transmitir la propiedad del mueble, d) que exista obligación del transmitente de transmitir al adquirente en virtud de un contrato u otro acto jurídico, una sentencia judicial u otra causa legal, e) que exista un acto de entrega o un equivalente a la entrega o un acuerdo en cuanto al momento de transmisión de la propiedad y se cumplan las condiciones establecidas en ese acuerdo. Dicha entrega debe traer causa de un contrato u otro acto jurídico anterior o de la ley.

Cuando la obligación define el mueble en términos genéricos, la propiedad se transmite solamente cuando el mueble se identifica.

Artículo 2:102: Los transmitentes deben tener el derecho o la facultad de transmitir la propiedad del mueble en el momento de efectuarse la transmisión. Si el transmitente carece de dicho derecho o facultad de transmitir la propiedad en aquel momento, la transmisión se producirá cuando se obtenga tal derecho o la persona que lo ostente haya ratificado, posteriormente, la transmisión. Realizada la ratificación, la transmisión producirá los mismos efectos que si hubiera sido realizada inicialmente con dicha facultad. Sin embargo, los derechos adquiridos por terceros anteriores a la ratificación no se verán afectados.

Artículo 2:103: El momento de transmisión de la propiedad puede ser determinado por las partes, excepto en los casos en los que la inscripción registral es requisito constitutivo según la ley nacional aplicable.

Artículo 2:104: Entrega [1]. A los efectos de este libro, la entrega de un mueble tiene lugar cuando el transmitente otorga y el adquirente obtiene la posesión del mueble.

Posesión. Si el contrato, acto jurídico, sentencia judicial o la ley imponen el transporte de las mercancías por el porteador o una serie de transportistas, la entrega de los bienes tiene lugar cuando el transmitente entrega la mercancía al transportista o el adquirente obtiene la posesión de los bienes.

Artículo 2:105: Equivalentes a la entrega.

Cuando las mercancías se encuentran ya en la posesión del adquirente, la retención de los bienes en virtud del contrato, acto jurídico, sentencia judicial o por ley, tiene el mismo efecto que la entrega.

En caso de que una tercera persona posea los bienes en nombre del transmitente, la entrega se producirá cuando el transmitente notifique al poseedor material la transmisión al adquirente, o en un momento posterior si así se establece en la notificación.

El mismo efecto que la entrega de las mercancías se logra cuando el adquirente ejercita las acciones posesorias que le correspondan.

Cuando un poseedor inmediato emite un documento, físico o electrónico, obligándose a entregar los bienes, éste es equivalente a la entrega.

- c) La facultad de disponer del transmitente en el momento en que se transmite la propiedad, y si no la tuviera en dicho momento, la transmisión se produciría cuando se obtuviera tal derecho o la persona que lo ostente haya ratificado, posteriormente, la transmisión. Realizada la ratificación, la transmisión producirá los mismos efectos que si hubiera sido realizada inicialmente con dicha facultad. Sin embargo, los derechos adquiridos por terceros anteriores a la ratificación no se verán afectados.
- d) Existencia de obligación de transmitir, como consecuencia de un contrato previo, acto jurídico, sentencia judicial o por.
- e) Entrega de la posesión del bien por el transmitente al adquirente o un acto equivalente a la entrega, en cuyo caso se estudian varias posibilidades:
 - Si el mueble está en posesión del adquirente, el surgimiento de la obligación tiene el mismo efecto que la entrega, salvo acuerdo entre las partes.
 - Si el mueble está en posesión de terceros, el efecto de la entrega se alcanzará cuando los terceros reciban la notificación del transmitente informando del hecho de la transmisión, salvo acuerdo entre las partes.
 - Cuando se elabora un documento (físico o electrónico) que da derecho al poseedor del documento a exigir la entrega del mueble.

Se conserva, pues, el requisito de la entrega, en todas sus formas, materiales y espiritualizadas, incluyendo el acuerdo entre las partes. Pero además, dicha entrega debe estar causalmente enlazada con una previa obligación de transmitir, derivada de un contrato, acto jurídico, sentencia judicial o ley, por lo que, como apuntaba el borrador del Study Group, no basta la mera voluntad de transmitir y adquirir de los transmitentes y adquirentes. Ello significa el acogimiento del sistema español de transmisión causal de la propiedad y la clásica Teoría del Título y Modo, recogida en el artículo 609 del Código Civil español.

No obstante, cabe volver a recordar que estas reglas de transmisión de bienes sólo se redactan en relación a *goods*, es decir, a bienes muebles, por lo que la propiedad inmobiliaria y su sistema de transmisión sigue fuera del proceso unificador, pretendido por el Marco Común de Referencia.

Por ello, aún es necesario insistir en la necesidad de que se incluya en un futuro cercano, ante la inseguridad jurídica que supone para el tráfico de bienes inmuebles en la Unión Europea, la existencia de los diferentes regímenes legales de transmisión de propiedad.

2.3. PERSPECTIVA UNIFICADORA DE LOS SISTEMAS DE TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA

a) *Estado actual*

En materia inmobiliaria, los grupos de trabajos preparatorios del Derecho Privado europeo aún no han intentado la unificación de los sistemas de transmisión de la propiedad de bienes inmuebles, pero también debería comenzar a plantearse en un futuro próximo, ya que la Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de noviembre de 2001 (13), en su punto 13, consideraba que «los problemas que se registran en la actualidad con la celebración, la ejecución y la resolución de los contratos no pueden solucionarse sin abordar cuestiones relacionadas con los requisitos formales generales o con las disposiciones legales relativas a la responsabilidad extracontractual, el enriquecimiento sin causa o los derechos reales» (14).

Y la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 15 de marzo de 2003 (15), en su punto 41, advierte, preocupada, que «no debe olvidarse que la posibilidad de elegir la legislación sólo se aplica al Derecho contractual y no a las disposiciones sobre derechos reales (por ejemplo, el traspaso de la propiedad) a los que se aplica la legislación del lugar de ubicación de la cosa (*lex rei sitae*). Muchas empresas no conocen esta limitación. Se ha señalado que la legislación comunitaria (16) soluciona parte del problema al prever la posibilidad de hacer uso de una cláusula de reserva de la propiedad, pero no va más allá de esto.

En vista de estas preocupaciones, la Comisión encargó un estudio sobre estas cuestiones (2002/DO S154-122573, de 9 de agosto 2002).

Y aunque se reconoce que la materia de estudio por excelencia es, hoy por hoy, el Derecho contractual, entiende que también los trabajos de investigación deberían empezar a incluir el ámbito del Derecho de propiedad «para determinar si las diferencias de las legislaciones de los Estados miembros en estos ámbitos constituyen en la práctica obstáculos para el buen funcionamiento del mercado interior» (punto 63 b).

(13) Resolución del Parlamento Europeo sobre la aproximación del Derecho Civil y Mercantil de los Estados miembros [COM (2001) 398-C5-0471/2001-2001/2187 (COS)].

(14) Aunque dentro de su plan de acción más inmediato no se persiga con prioridad y se quede, de momento, en el intento de unificación del Derecho de transmisión de la propiedad de bienes muebles. Punto 14 a).

(15) Comunicación de la Comisión, 15 de marzo de 2003 (DOC 15 de marzo 2003, núm. 63), sobre Plan de Acción para conseguir un Derecho contractual europeo más coherente [COM (2003/0068 final) y LCEur 2003/693].

(16) Directiva 2000/35/CE (LCEur/2000/2084) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (DO L 200 de 8 de agosto de 2002).

Esta preocupación no es nueva en la doctrina española, pues juristas de reconocido prestigio ya habían mostrado su inquietud por la falta de «interés» en el ámbito de la UE por la unificación de los sistemas de transmisión de la propiedad, que tan interrelacionados están con el ámbito contractual.

En este sentido, Luis Díez-PICAZO, Encarna ROCA y Antonio Manuel MORALES (17), entre otros autores (18), han advertido que «alguna dificultad adicional surge por lo que se refiere a materias que en la tradición escolar del Derecho europeo continental es difícil situar en el Derecho de contratos o en lo que nosotros llamamos Derecho de cosas. Nos referimos, lógicamente, a los sistemas de transmisión de la propiedad que son muy difícilmente escindibles en una y otra rama del Derecho Privado, porque resulta enormemente difícil estructurar un Derecho de contratos sin referirse al problema relativo a la transmisión de la propiedad. Por estas razones algunos autores han entendido que ese pretendido Código Civil europeo debía ser un Código europeo de Derecho Civil Patrimonial» (19).

Para Sergio CÁMARA, los aspectos contractuales y de derechos reales relacionados con bienes inmuebles «son también dignos de atención en un mercado interior en el que la inversión inmobiliaria transnacional es notoria y cabe detectar problemas por falta de armonización» (20).

En este sentido puede advertirse cómo, incluso en el Draft Common Frame of Reference, se menciona indirectamente la cuestión de la transmisión de la propiedad, ineludiblemente ligada a los contratos con finalidad traslativa, en relación con el contrato de arrendamiento, pues al hilo del contrato de arrendamiento de bienes muebles se trata la figura del *Leasing*, cuya naturaleza jurídica parece acoger la fórmula del arrendamiento con opción de compra, que en último término transmite la propiedad al usuario del bien objeto del contrato. Con esta fórmula podría empezar a admitirse un sistema de transmisión de la propiedad basado en el «título y el modo», pues aquí se mantendría la entrega en la forma de *traditio brevi manu*.

No obstante, también es cierto, que aunque expresamente se declara que de dicha propuesta de regulación del contrato de arrendamiento de bienes muebles no se excluyen los arrendamientos en los que «el contrato tenga una finalidad de financiación, de que el arrendador tenga la función de parte financiadora o que el arrendatario tenga la opción de llegar a ser el dueño de

(17) Véase, Díez-PICAZO/ROCA TRÍAS/ MORALES (2002, pág. 123).

(18) PAU PEDRÓN (2004, págs. 9-21); VON BAR/DROBNIG (2004, pág. 319). Aunque para estos autores todavía no ha llegado el momento de la armonización de los sistemas de transmisión de la propiedad respecto de bienes inmuebles, en vista del poco interés suscitado en la práctica comercial.

(19) Díez-PICAZO (1995, págs. 40 y 43), ha partido siempre, como idea fundamental, de la «premisa de la irreductible unidad del Derecho Civil Patrimonial».

(20) CÁMARA LAPUENTE (2005, pág. 287), como ya advirtió anteriormente (2003, págs. 353-356).

los bienes», no sólo no se aborda la cuestión de la transmisión de la propiedad sino que directamente, se concluye advirtiendo que dicha propuesta de regulación se ocupa únicamente del aspecto contractual, obligacional, del arrendamiento de bienes muebles (21).

Respecto a la propia figura del *Leasing*, los países de la Unión Europea mantienen una regulación bastante uniforme, o, como mínimo, con pocas diferencias.

En los Ordenamientos jurídicos de la Unión Europea, la regulación del *Leasing* se plasma en leyes que otorgan a esta figura la naturaleza jurídica de arrendamiento con opción de compra. Destacan, en nuestra cultura más cercana (22):

- Francia: Ley de 2 de julio de 1966, número 66/455, sobre *crédit-bail*; Ordenanza de 28 de septiembre de 1967 y diferentes disposiciones de carácter fiscal (Decretos de 4 de febrero de 1972 y 4 de julio de 1972, núm. 72/665).
- Bélgica: Decreto Real número 55, de 10 de noviembre de 1967, sobre *location-financement* de bienes muebles.
- Italia: Ley de 2 de mayo de 1976, sobre *leasing* financiero.
- Alemania: Decretos del Ministerio de Economía y Finanzas de 19 de abril de 1971, sobre *leasing* de bienes muebles, 23 de marzo de 1972 y 22 de diciembre de 1975, sobre *leasing* de bienes inmuebles en el ámbito fiscal, dejando libertad de actuación a los interesados en el plano sustantivo.
- Portugal: Decreto-ley 149/1995, de 24 de junio, sobre el contrato de locación financiera, modificado por Decreto-ley número 265/97, de 2

(21) Part B.
Lease of goods.
Chapter 1:
Scope of application and general provisions.
IV. B. – 1:101: Lease of goods.

[1] This Part of Book IV applies to contracts for the lease of goods.

[2] A contract for the lease of goods is a contract under which one party, the lessor, undertakes to provide the other party, the lessee, with a temporary right of use of goods in exchange for rent. The rent may be in the form of money or other value.

[3] This Part of Book IV does not apply to contracts where the parties have agreed that ownership will be transferred after a period with right of use even if the parties have described the contract as a lease.

[4] *The application of this Part of Book IV is not excluded by the fact that the contract has a financing purpose, the lessor has the role as a financing party, or the lessee has an option to become owner of the goods.*

[5] *This Part of Book IV regulates only the contractual relationship arising from a contract for lease.* www.law-net.eu

(22) Según el riguroso análisis de Derecho Comparado del tema realizado por GIOVANOLI (1980, págs. 109 y sigs.).

Ver, actualmente, el extenso estudio realizado por GARCÍA SOLÉ (2008, págs. 121-177).

de octubre, y Decreto-ley número 285/2001, de 3 de noviembre. Este régimen se completa con el Decreto-ley número 72/95, de 15 de abril, sobre sociedades de locación financiera, y ha sido modificado por Decreto-ley número 285/2001 (23).

Por otro lado, también sería importante mencionar el moderno Derecho Uniforme contenido en el Convenio de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 11 de abril de 1980, que en sus artículos 30 y 41, dispone:

- Artículo 30: «El vendedor deberá entregar las mercaderías, transmitir su propiedad y entregar cualesquiera documentos relacionados con ellas en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente Convención».
- Artículo 41: «El vendedor deberá entregar las mercaderías libres de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero, a menos que el comprador convenga en aceptarlas sujetas a tales derechos o pretensiones. No obstante, si tales derechos o pretensiones se basan en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual, la obligación del vendedor se regirá por el artículo 42».

No obstante, el artículo 4 establece que: «La presente Convención regula exclusivamente la formación del contrato de compraventa y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador dimanantes de ese contrato. Salvo disposición expresa en contrario de la presente Convención, ésta no concierne, en particular:

- a) A la validez del contrato ni a la de ninguna de sus estipulaciones, ni tampoco a la de cualquier uso.
- b) A los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas».

En este sentido, ROJO AJURIA (24) advierte que, como la doctrina constata, «fueron las grandes diferencias existentes entre los distintos sistemas de transmisión de la propiedad las que obligaron a renunciar a toda pretensión de uniformidad en esta materia. Tal inconveniente queda atenuado por la regulación en la Convención de la transmisión del riesgo (arts. 66-70) y la conservación de las mercaderías (arts. 85-88).

La Convención establece la obligación de transmitir la propiedad de las mercaderías (art. 30), libre de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero (art. 41). Sin embargo, será el Derecho interno aplicable el que deter-

(23) Véase sobre el tema, TAPIA SÁNCHEZ (2003, págs. 133-138).

(24) ROJO AJURIA (2006, pág. 86).

mine el tiempo y las condiciones de transmisión de la propiedad y de la posesión en sentido técnico-jurídico. De la misma manera será el Derecho interno el que determine los posibles derechos de propiedad sobre las mercaderías de terceras personas. Los esfuerzos para establecer normas internacionales uniformes sobre los derechos de los adquirentes de buena fe todavía no han fructificado».

Sin embargo, como considera FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (25), «la entrega de la mercadería se realiza precisamente con la finalidad de que el comprador adquiera su propiedad. Esta es la nota que caracteriza el contrato de compraventa frente a los restantes tipos negociales en que —como sucede con el arrendamiento, por ejemplo— pueda mediar también la entrega de la cosa. El artículo 30 de la Convención de Viena —en relación con el art. 41 de la Convención de Viena (el art. 41 obliga al vendedor a «entregar las mercaderías libres de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero, a menos que el comprador convenga en aceptarlas sujetas a tales derechos o pretensiones. No obstante, si tales derechos o pretensiones se basan en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual, la obligación del vendedor se regirá por el art. 42»— anuda de forma expresa e inequívoca, entrega y transmisión de su propiedad como elementos configuradores de la posición del vendedor. La regulación de esta obligación deja, no obstante, imprejuzgada la cuestión de su cumplimiento».

Y añade que, en función de lo dispuesto en el artículo 4 de la Convención de Viena, se «renuncia a establecer, en cuanto tal, los cauces de carácter jurídico-real a través de los cuales la propiedad deba ser transmitida. La verificación de si esta última se ha producido queda, por consiguiente, remitida a las normas del Derecho interno, cuyas prescripciones formales deberán ser observadas asimismo por el vendedor».

Pero defiende, también, que «así las cosas —y dado el silencio que en esta materia guarda la Convención— parece razonable afirmar, a la vista básicamente de aquellos ordenamientos nacionales, que —como el nuestro o el alemán— subordinan la transmisión de la propiedad a la entrega de la cosa (sistema de venta obligacional por contraposición al de venta traslativa propio de los Derechos francés e italiano), que, en Derecho uniforme, el cumplimiento de la obligación de procurar tal transmisión se anuda a la exigencia de *entregar* estas últimas al comprador, en los términos previstos en el artículo 31 de la Convención de Viena. Esta última norma tipifica determinadas actuaciones del vendedor destinadas justamente a posibilitar que el comprador entre en posesión de la cosa».

Y en este sentido MIQUEL GONZÁLEZ (26) entiende que «la Convención excluye expresamente de su ámbito de aplicación los efectos que el contrato

(25) FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (2006, págs. 245-247).

(26) MIQUEL GONZÁLEZ (2006, págs. 362 y sigs.).

pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas (art. 4.b). Esta exclusión puede resultar extraña en los sistemas de transmisión por el simple contrato, pero es comprensible dadas las divergentes soluciones existentes en el Derecho Comparado y por supuesto es lógica desde la óptica de los sistemas que no otorgan a la venta dicha eficacia (Derecho alemán) o sólo se la otorgan en concurrencia con otros presupuestos y requisitos (Derecho español, austríaco, holandés o suizo).

b) Argumentos y criterios favorables a la unificación

En el camino de conseguir una real y efectiva unificación del Derecho Patrimonial de la Unión Europea, y, por tanto, del ámbito jurídico obligacional y real, los trabajos unificadores de la transmisión de la propiedad deberían tener por objeto tanto los bienes muebles como los inmuebles. Esta consideración ha sido manifestada ya por algunos estudiosos e investigadores europeos, por lo que es importante divulgar su encomiable labor en apoyo de la adopción o recomendación de unificar los sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria en la Unión Europea.

En este ámbito destacamos los estudios del Profesor Sjef VAN ERP, Catedrático de Derecho Civil y Derecho Privado europeo y Director de la Escuela de Posgrado de Derecho en la Universidad de Maastricht, que en varios de sus trabajos ha comentado la conveniencia de ampliar el Marco Común de Referencia, del mero ámbito obligacional, al aspecto jurídico-real del Derecho Contractual.

En este sentido destaca la ponencia pronunciada en el Symposium Internacional «Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law», organizado por el Centre for European Private Law (CEP) y la Westfälische Wilhelms-Universität de Münster, en diciembre de 2007 (27).

En su intervención, «DCFR and Property Law: the need for consistency and coherence», recoge sus comentarios e ideas expuestas en trabajos anteriores, acerca de la necesidad de armonizar o unificar el Derecho patrimonial europeo en su conjunto, sin dejar de lado la regulación del Derecho de Propiedad en el Marco Común de Referencia.

Su ponencia (28) resalta, así, la importancia de la regulación del Derecho de Propiedad, como causa o consecuencia directa de los contratos traslativos, en interés de la seguridad jurídica en Europa.

(27) Ver al respecto, la recensión a SCHULZE realizada por QUIÑONES ESCAMEZ (2008).

(28) SCHULZE (2008), obra en la que se recopilan las intervenciones de los participantes en el Congreso *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, celebrado en la Universidad de Münster en diciembre de 2007.

De hecho, en un trabajo posterior sobre «Security interests: A secure Start for the development of European property law» (29), declara que, antes de revisar los derechos reales de garantía, como la hipoteca, que sí van siendo objeto de estudio, sería necesario, como mínimo, un análisis profundo del Derecho de Propiedad en la legislación europea, desde su perspectiva histórica y comparada, tesis que ya manifestó en sus primeros estudios o aproximaciones a esta materia (30).

En otras palabras, dice Sjef VAN ERP, se trata de incluir también el Derecho de Propiedad en el Marco Común de Referencia, ya que la contratación que tiene por objeto la transmisión de la propiedad encuentra sus mayores obstáculos en la diversidad de regulaciones del Derecho de Propiedad.

En este sentido, señala este autor, que, ya en 1972, la Comisión Europea publicó un trabajo realizado por Wulf GRAVENHORST, Trevor HARTLEY y Ole LANDO, sobre «el Derecho de Propiedad en la Comunidad Europea». GRAVENHORST se ocupó de la legislación de los países fundadores de la Unión Europea (Bélgica, Francia, Alemania, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos). HARTLEY examinó Reino Unido e Irlanda, y LANDO analizó del Derecho de Dinamarca con algunos comentarios sobre la legislación noruega.

Sin embargo, y aunque su objetivo era preparar la unificación del Derecho Internacional Privado en el ámbito del Derecho de Propiedad, se centraron en los derechos de garantía sobre bienes muebles.

Como concluye este mismo autor, los esfuerzos de unificación o armonización no se centraron en las normas sustantivas del Derecho de Propiedad, ante la creencia de que era demasiado complejo y casi imposible encontrar un marco común entre el *Civil Law*, *Common Law*, y las tradiciones jurídicas de los países escandinavos.

Sin embargo, esta tarea no resulta tan inalcanzable para este autor (31), si se parte de principios y grandes reglas comunes en todos los ordenamientos jurídicos de la Unión Europea, dejando al margen las diferencias técnicas de implantación legislativa o jurisprudencial, derivadas de las diversas opciones políticas y tradiciones de cada Estado miembro.

En definitiva, sobre lo que hay que ponerse de acuerdo es en la forma de extraer los principios y normas básicas comunes que subyacen en los distintos

(29) VAN ERP (2008, págs. 1-10). Texto que puede verse en: http://www.zerp.uni-bremen.de/deutsch/pdf/dp8_2008.pdf. y Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=1297282>.

(30) VAN ERP (2006, pág. 14), S.: *European and National Property Law: Osmosis or Growing Antagonism?*, conferencia pronunciada en Sixth Walter van Gerven Lecture, Leuven Centre for a Common Law of Europe (Katholieke Universiteit Leuven, Faculty of Law), Ius Commune Research School/METRO (Maastricht University, Faculty of Law). Puede verse en [Http://www.europalawpublishing.com](http://www.europalawpublishing.com).

Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=99597>

(31) VAN ERP (2008, pág. 29 y sigs.).

Ordenamientos Jurídicos europeos, y en la forma de aplicarlas en los distintos Estados miembros, de forma rígida o con cierto grado de flexibilidad.

La obtención de dichos principios encuentra la primera dificultad en el origen del Derecho de Propiedad en los diferentes países europeos, pues los anglosajones conservan el *common law* arraigado en el sistema de propiedad feudal y los continentales abandonaron los sistemas feudales, y conservaron los principios y reglas del Derecho Romano. Por lo tanto, el Marco Común debe intentar conciliar ambas tradiciones jurídicas europeas, lo que significa que desde la perspectiva del *Civil Law* deberán admitirse ciertos elementos del sistema anglosajón y adoptar un tipo de pensamiento jurídico menos rígido, menos dogmático, y desde la perspectiva del *Common Law*, deben aceptarse, también, ciertos elementos del Derecho Romano y un estilo de razonamiento jurídico con más coherencia dogmática.

La segunda dificultad aparece con los diferentes sistemas de transmisión de la propiedad, ya que ello provoca una separación entre el Derecho de Obligaciones y el Derecho de Propiedad en algunos Ordenamientos Jurídicos europeos, mientras que en otros no existe tal separación. Todo depende de si se adopta el modelo de transmisión consensual como en Francia o Italia, el sistema abstracto traslativo de Alemania, o el sistema de *traditio* causalmente enlazada al negocio jurídico que la precede, como en España.

VAN ERP aboga por una visión más global en la que el ámbito jurídico obligacional y el real no se encuentren tan separados.

Esta es la visión que VAN ERP mantuvo ya en sus primeros trabajos sobre esta cuestión, insistiendo en que: «puede resultar muy difícil, por no decir imposible, excluir el derecho de propiedad del Marco Común de Referencia», porque, en caso contrario, no podría dar una visión adecuada y completa incluso del derecho contractual. Es necesario, incluir algunos aspectos del derecho de propiedad (32).

De hecho, las reflexiones de Sjef VAN ERP no son completamente novedosas, pues juristas, también de reconocido prestigio, ya las habían manifestado con anterioridad y continúan insistiendo (33).

3. LA BASE COMÚN DE LA *TRADITIO* Y EL SISTEMA DE TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD. PERSPECTIVA HISTÓRICA-COMPARADA

Como mantiene Sjef VAN ERP en líneas anteriores, la unificación de los sistemas de transmisión de propiedad inmobiliaria requiere un previo análisis

(32) VAN ERP (2006, págs. 11-12).

(33) Véase, entre ellos, PARRA LUCÁN (2002, págs. 1167-1170); SACCO (2008, págs. 445-461).

profundo del Derecho de Propiedad en la legislación europea, desde su perspectiva histórica y comparada.

En este sentido es importante resaltar el estudio histórico, que tan magistralmente nos ofreció COING. Como bien resume este autor (34): «los preceptos sobre la transmisión de la propiedad son deducidos de textos de Inst. 2.1.40-42, D. 41.1.31, C. 2.3.20 y D. 12.4.3.8. De ellos resultan los dos elementos básicos de la regulación del Derecho Común. La transmisión válida de la propiedad presupone un acto de transmisión, la *traditio*, así como la voluntad de transmitir y de recibir la propiedad, una causa en un negocio jurídico, en particular un contrato, que esté dirigido a la transmisión de la propiedad, como compraventa o donación (*titulus, titre*). Con ello el *Usus Modernus* sigue, modernamente hablando, el principio de la tradición, no el principio contractual; además considera la transmisión de la propiedad no como un negocio jurídico real abstracto, sino como causal vinculado a un acto jurídico. La doctrina elaborada por GROCIO (*De iure belli ac pacis*, II, 6, 1) para el Derecho Natural, de que la transmisión de la propiedad exigía únicamente una declaración correspondiente de voluntad de las partes afectadas —GROCIO en oposición a los textos defendió que la *traditio* era un requisito del *ius civile*, no del *ius gentium*— no pudo imponerse en general en el Derecho Común, a la vista de textos tan claros como C. 2.3.20. Por el contrario, le siguieron en gran medida los iusnaturalistas alemanes, por ejemplo, Pufendorf y Wolff. Hay que destacar manifiestamente que muchos autores del *Usus Modernus* en conexión con Inst. 2.1.40-42 acentúan la necesidad de la voluntad de transmisión en el enajenante y de la voluntad de adquirir en el adquirente; en parte hasta se valora más la *traditio* que su expresión.

Mirando retrospectivamente (desde el desarrollo del Derecho Civil alemán) se puede hablar de que se anuncia la idea del contrato real. Pero esto precisamente sólo vale retrospectivamente; el *Usus Modernus* se atiene a las máximas contenidas en D. 41.1.31 pr. y C. 2.3.20 (35) y en la zona alemana ambos requisitos básicos fueron calificados y tratados en el marco de la doctrina general del *titulus* y *modus*, como *titulus* y *modus adquirendi dominium*. De acuerdo con ello, cuando una cosa es vendida varias veces, se atribuye una posición jurídica más fuerte a quien se le ha entregado la cosa».

«Como causa (*titulus, titre*) de la transmisión de la propiedad se considera todo negocio jurídico dirigido a la transmisión, *iusta et ad transferendum*

(34) COING (1996, págs. 383-391).

Véase, también, DIEZ-PICAZO (1966, pág. 555), recuerda que: «la tradición, dice un famosísimo pasaje de Ulpiano conservado en el Digesto justiniano (DIG. 19, 5, 7: *Traditio propria est alienatio rerum nec Mancipi. Hærem rerum dominia ipsa traditione adprehensimus, scilicet, si ex iusta causa traditæ sunt nobis*), es la enajenación de las cosas *nec Mancipi*. El dominio de estas cosas, continúa diciendo el jurisconsulto citado, lo adquirimos por la tradición si en virtud de una justa causa nos han sido entregadas».

(35) GORDON (1970, pág. 172).

dominium habilis, en particular, consiguientemente, el contrato de compraventa o donación, pero también v. gr., una disposición testamentaria, que instituye un legado genérico».

«La *traditio* se realiza en las diversas formas de transmisión de la posesión, tal como son descritas en el *Corpus Iuris*:

1. La doctrina intenta sistematizar los diversos *modi*; a este respecto las categorías son en particular diversas. Hay que destacar la división en *modi veri* y *ficti*. *Modi veri* son la entrega real de cosas muebles y la *introductio* en los inmuebles. *Modi ficti* son la *traditio brevi y longa manu* y sobre todo el constituto posesorio que el *Corpus Iuris* equipara a la verdadera entrega. Se califica de simbólica la tradición de objetos almacenados mediante la entrega de la llave.
2. El *constitutum possessorium* puede configurarse abstracta o concretamente, mediante indicación de la causa de posesión. La forma abstracta (llamado *constitutum simplex*) consiste en una declaración del enajenante *se rem ante suam nunc alieno nomine possidere*, añadida a un contrato dirigido a la transmisión de la propiedad, como la compraventa. Para ello se citan textos como D. 41.2.18 pr.; 41.2.21 pr. y 3; D. 6.1.77 y C. 8.54.26; en el constituto posesorio concreto, por ejemplo, se mencionan como causa el *precarium* y el *usufructus*.

Según la doctrina dominante, la forma abstracta basta para la transmisión de la propiedad, cuando existe una causa correspondiente (o un *titulus*) para la transmisión de la propiedad, como, por ejemplo, un contrato de compraventa. Se destaca de diferentes modos que la *traditio* es utilizada con frecuencia en la práctica por medio del constituto posesorio. ARAGÓN LISSA (GIL CUSTODIO DE LISSA Y GUEVARA, *Tyrocinium iurisprudentiae forenses, Cesar Augustae*, 1788, págs. 119-120) destaca que se transmite la propiedad si en el documento sobre el negocio causal (compraventa, donación) está recogida la *translatio possessionis*.

En el Derecho francés, la propiedad se transfiere por la compra de cosas muebles ya con el contrato de compra, pero sólo *inter partes*; frente a terceros sólo la tradición fundamenta el traspaso de propiedad. Por eso la cosa vendida antes de la entrega, todavía en manos del vendedor, puede ser hipotecada por un tercero. Esta es la base de la regulación de los artículos 711, 1.138 y 1.583 del *Code Civil*.

Por otra parte, en el Derecho escocés se rechazó fundamentalmente la *traditio ficta* y en particular el *constituto* posesorio y se exigió la entrega real.

La *traditio* conlleva la transmisión de la propiedad solamente cuando el enajenante tiene voluntad de transmitir, y el adquirente voluntad de conseguir

la propiedad. Esto se deduce de Inst. 2.1.40 y D. 41.1.9.3 y 4 y es destacado particularmente por muchos autores» (36).

Pero, ya en el siglo XIX, como continúa explicando COING (37), se produjeron considerables cambios en la regulación de la adquisición derivativa de la propiedad, apareciendo en la doctrina alemana la teoría del contrato real abstracto. La nueva teoría fue obra de SAVIGNY. SAVIGNY se basó para ello, por una parte, en una interpretación nueva de las fuentes romanas, y por otra, en una nueva teoría general de los contratos.

Por lo que a las fuentes se refiere, en contraposición a la doctrina dominante, que sobre todo se basaba en D. 41.1.31 pr. e Inst. 2.1.41, SAVIGNY partió de Inst. 2.1.40 y C. 4.50.6, así como del hecho de que en el derecho clásico la transmisión gratuita no tenía como base ningún contrato obligatorio.

SAVIGNY en su doctrina del contrato se enfrenta a la concepción tradicional de que el concepto de contrato era idéntico al de contrato obligatorio. Existen muchos contratos en todas las esferas del Derecho Privado, en particular, también en la de los derechos reales. Entre éstos SAVIGNY cuenta también la *traditio*. Así, la *traditio* es un verdadero contrato... pues contiene la declaración de voluntad de ambas partes orientada a la transmisión mutua de la posesión y de la propiedad y se fijan de nuevo las relaciones jurídicas de los contratantes (SAVIGNY, *System*. III, pág. 312).

Según esto la propiedad se transmite mediante un contrato, cuyo contenido único es la transmisión misma de la propiedad y cuya forma es la

(36) COING (1996, págs. 387-388), añade que: «numerosos derechos locales y territoriales preveían formas especiales para la transmisión de la propiedad en los *immuebles*, como declaración ante el consejo de la ciudad o ante otras autoridades y/o inscripción en libros públicos. Como ejemplos se mencionan v. gr., el derecho de Lübeck y sobre todo la regulación de las tablas territoriales (*Landtafeln*) de Bohemia y Moravia. Éstas permanecieron vigentes de acuerdo con los principios generales sobre la vigencia del Derecho Común.

Los juristas la comparan con la *mancipatio* del antiguo Derecho Romano y la conciben como una forma especial de *traditio*. No obstante, no son relacionadas con el negocio obligatorio que está en la base. Se acentúa que es válido el contrato de compraventa sin atender a la concesión. Por el contrario, se enseña que se atribuye mayor fuerza a la concesión estatutaria, judicial, que a la entrega de la posesión. Si el vendedor vende dos veces el inmueble y lo entrega a uno, y se lo concede judicialmente al otro, entonces éste ha adquirido la propiedad.

Los derechos exclusivos conectados con frecuencia a la concesión (*designatio*) por el derecho estatutario —según el derecho de Lübeck, todo tercero pierde su derecho sobre el inmueble concedido después de año y día— son concebidos como reglas especiales sobre la prescripción (*praescriptio*) de la acción.

En muchos territorios regían disposiciones especiales para la transmisión de bienes feudales, es decir, del *dominium utile*, en particular con frecuencia se exigía una nueva investidura por el señor y una entrega formal de la posesión.

En muchos derechos locales se mantuvo la regla medieval de que en una compraventa documentada, la entrega del documento (carta) substituye a la *traditio* de la cosa comprada».

(37) COING (1996, págs. 490-495).

traditio. No se entra en el contrato obligatorio que esté en la base. Incluso cuando es nulo, se transmite la propiedad. Aunque el enajenante condicione la enajenación de la cosa, no tiene la reivindicación, ya que con el contrato-tradición ha transmitido la propiedad.

Esta nueva doctrina, que según el Derecho común era válida tanto para muebles como inmuebles, se impuso en la Pandectística. Windscheid, por ejemplo, la sigue en sus *Pandekten* (parágrafo 171).

Según esta doctrina, la transmisión de la propiedad presupone materialmente el acuerdo del enajenante y del adquirente sobre la transmisión de la propiedad y formalmente la *traditio* (en una de sus formas legítimas). Es un acto formal en el sentido de que sólo la voluntad de las partes produce el efecto jurídico, sin tener en cuenta la base de la disposición, el negocio en que se basa (*Pandekten*, parágrafos 171, 172, en particular nota 16 a). Esto tiene importancia sólo como fuente de conocimiento para la pregunta de si existió una voluntad de transmitir la propiedad; para la consistencia del acuerdo no tiene ninguna importancia.

En la nueva concepción, sin embargo, existieron matices en los detalles. Hay que mencionar sobre todo la doctrina desarrollada por ARNDTS de que «en la base de la voluntad de transmitir la propiedad siempre hay una intención jurídica». La intención es determinada por el negocio base (por ejemplo, donación o cumplimiento de una obligación), es decir, por la *causa traditiōnis*. Así se acepta aquí, de nuevo, el negocio base, la causa, como elemento del querer subjetivo de las partes (38)...

Esta doctrina estuvo representada sobre todo en la Pandectística austríaca (Kart LUDWIG ARNDTS, *Lehrbuch der Pandekten*, 9 ed. Stuttgart, 1877, parág. 145, págs. 225-226).

Otra teoría iba en el sentido de que había que considerar la voluntad de transmisión como *iusta causa de la traditio* (PUCHTA, *Pandekten*, parág. 148).

Finalmente, algunos rechazaron por completo la nueva doctrina y mantuvieron la importancia del negocio base (Josef KOHLER, *Gesammelte Abhandlungen*, Mannheim, 1873, pág. 19 y sigs., se declaró a favor del principio consensual francés).

La doctrina de la transmisión abstracta permitía armonizar bien con la transformación del Derecho Inmobiliario mediante la introducción del Registro de la Propiedad, porque independizaba los negocios jurídicos reales registrables de los negocios jurídicos obligatorios que estaban en la base. Esto se correspondía precisamente con los principios que siguió la ley prusiana de 1872.

La doctrina fue utilizada después por el BGB alemán como base de la configuración de la adquisición derivada de la propiedad, a saber, incluso

(38) Aunque, como también recoge COING, este autor consideraba que «el negocio base no es preciso que sea válido; sólo cuando está prohibido la transmisión es nula, ya que se dirige a una finalidad prohibida».

para los bienes muebles, a pesar de la considerable crítica de importantes juristas (parág. 929 y sigs. del BGB).

Hasta la ciencia privatística austriaca, después de su giro hacia la Escuela Histórica, aceptó esta doctrina a pesar de que el ABGB (parág. 424, 425), partía de otras concepciones...

La ciencia jurídica prusiana, por el contrario, mantuvo la exigencia de *causa* y *traditio* hasta la nueva regulación del derecho inmobiliario mediante la ley de 1872. Ciertamente la doctrina de la transmisión abstracta no se mantuvo para siempre en la ciencia jurídica austriaca. La moderna doctrina austriaca ha retornado al principio de la transmisión causal.

La interpretación del Derecho de Obligaciones suizo de 1881 siguió, también, a la Pandectística (BGE 55 —1929—). El Código Civil, sin embargo, para la adquisición de inmuebles fijó de nuevo que el presupuesto de la adquisición era un negocio base válido, es decir, en este punto volvió al principio causal (arts. 655, 657 del ZGB) y se discutió la cuestión de si estaba configurado abstracto o causal. El Tribunal Federal suizo, sin embargo, posteriormente se decidió por el principio causal.

Por otro lado, las reglas sobre la ejecución de la transmisión de la posesión no quedaron afectadas por estos cambios. En particular, se reconocen como formas legítimas de transmisión de la propiedad la *brevi manu traditio*, el *constitutum possessorium*, y en el caso de que un tercero ejerza el poder real a favor del enajenante, la indicación del enajenante al tercero de que en el futuro posee a favor del adquirente o la cesión de los derechos de reivindicación...

Mientras en el Derecho alemán durante el siglo XIX se impuso la idea del contrato real abstracto como base de la transmisión de la propiedad, el derecho francés con el *Code Civil*, por así decirlo, dio un paso en dirección contraria al introducir el principio contractual (*Code Civil*, art. 711).

Según el artículo 1.138 y siguientes, el contrato obligatorio, que tiene como objeto la entrega de una cosa, transmite ya su propiedad al receptor; no es necesario la entrega: «*la propriété se transfère par simple consentement*». Se expresa especialmente esta eficacia real del contrato obligatorio en el caso de la compraventa y de la donación (arts. 938, 1.583). El principio contractual básicamente vale también para los inmuebles.

El sistema francés es seguido por el *Codice Civile* italiano de 1865 (arts. 710, 1.125, 1.448, 1.062).

Por el contrario, el Código Civil holandés de 1838 y el Derecho español mantienen el requisito de la *traditio*.

En definitiva, como bien resume COING (39): «las reformas en la esfera del Derecho Inmobiliario condujeron a que para la transmisión de inmuebles rigieran reglas distintas que para los muebles...»

(39) COING (1996, págs. 494-495).

1. En el sistema francés las modificaciones fueron relativamente escasas. Se mantuvo, incluso después de la Ley de 1855, la norma de que el negocio obligatorio operaba ya la transmisión de la propiedad. Únicamente se limitó en cuanto que la transmisión tiene lugar sólo *inter partes*. En cuanto a los derechos que se adquieren sobre el inmueble frente a tercero, la transmisión opera desde que se realiza la transcripción. La teoría francesa elaboró en detalle quién es considerado a este respecto como tercero (Aubry et Rau, II, parr. 209 C). Esta norma es seguida, también, por el Derecho belga e italiano.
2. Un cambio mayor se produjo en los derechos que introdujeron el sistema registral:
 - a) La transmisión de la posesión perdió su importancia para la transmisión de la propiedad inmobiliaria. Fue sustituida por la inscripción en el Registro de la Propiedad. Con todo, el Derecho español tiene una solución divergente. Aquí es necesaria la entrega del inmueble. La inscripción da eficacia a la transmisión sólo frente a terceros.
 - b) Por lo que se refiere a la importancia del negocio base (causa), la configuración jurídica fue diferente.

En Alemania se pasó al sistema del contrato real abstracto, primero en Prusia, con la Ley de 1872, después con el BGB. La propiedad inmobiliaria se transmite mediante la cesión de la propiedad con la inscripción en el registro; el negocio base no es un elemento del acto transitorio (parág. 873, 925 BGB). Análogamente a la concepción de la *traditio*, el acuerdo y la inscripción son considerados como un negocio jurídico real abstracto.

El Derecho suizo, por el contrario, mantuvo que la existencia de un negocio base válido constituye un presupuesto para una transmisión válida de la propiedad inmobiliaria.

También en Austria se volvió a la idea de la transmisión causal.

En definitiva, como ha afirmado DE PABLO CONTRERAS: «la lectura de los textos romanos con elementos conceptuales aportados por la escolástica y la influencia canónica, propicia la aparición, en el Derecho intermedio, de la llamada *teoría del título y el modo*. Ésta, sobre la distinción aristotélico-tomista entre potencia y acto, o entre causa remota y causa próxima, convierte lo que eran requisitos de la *traditio* romana como modo de adquirir en elementos conceptualmente diversos. Así el elemento volitivo (*animus*) se identifica con el contrato que sirve de justa causa de la tradición, el cual contiene la transmisión de la propiedad simplemente en potencia: la hace posible, pero no la realiza por sí mismo. Para que esto último tenga lugar

hace falta la entrega de la cosa, real o fingida. El primer elemento (el contrato de finalidad transmisiva) es el título y el segundo (la entrega) el modo.

A través de este planteamiento se consolida la idea de que el acuerdo de voluntades requerido por la *traditio* no tiene entidad autónoma, sino que va comprendido en los contratos que operan como título. Y en la misma está la base de la trivialización en el entendimiento del modo de adquirir que, como se verá, ha dado lugar a los sistemas de transmisión consensual, por el mero acuerdo de voluntades incorporado al contrato o título, cuyo paradigma se encuentra en el Código Civil francés» (40).

4. SÍNTESIS DE LOS DIFERENTES SISTEMAS DE TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD Y SU PLASMACIÓN EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS EUROPEOS

Todo lo expuesto desemboca en la existencia en la actualidad de, básicamente, tres sistemas de transmisión de la propiedad en la Unión Europea:

EL SISTEMA DE LA TRANSMISIÓN CONSENSUAL DEL DOMINIO: CÓDIGO CIVIL FRANCÉS E ITALIANO

Como pone de relieve la doctrina, «la incorrecta comprensión de la *traditio* romana en que terminó desembocando la teoría del título y el modo se traduce en la afirmación, por el Código Civil francés, de que, en los contratos de finalidad traslativa (compraventa, permuta, donación), el acuerdo de voluntades manifestado por las partes, al mismo tiempo que hace nacer obligaciones, provoca por sí mismo la transmisión de la propiedad. Eso es lo que preceptúa el artículo 1.138 del *Code*, según el cual la obligación de entregar la cosa es perfecta por el solo consentimiento de las partes contratantes y hace al acreedor propietario, correspondiéndole a éste desde entonces soportar los riesgos, excepto que el deudor incurra en mora respecto a su obligación de entrega» (41).

El Código Civil italiano, en su artículo 1.125, acogió la línea del *Code* francés en relación al sistema de transmisión de la propiedad y derechos reales, pero el Código de 1942 matizó este sistema transmisivo consensual, diferenciando dos clases de contratos:

- Los de efectos reales (art. 1.376) en los que «la transmisión de la propiedad de una cosa determinada, la constitución o la transmisión

(40) DE PABLO CONTRERAS (2003, pág. 956).

Véase, también, PÉREZ ÁLVAREZ (2006, págs. 201-248).

(41) DE PABLO CONTRERAS (2003, pág. 956).

de un derecho real o bien la transmisión de otro derecho», se produce «por efecto del consentimiento de las partes legítimamente manifestado».

- Los de efectos obligatorios (art. 1.470), en los que la naturaleza del objeto (genérico, futuro o ajeno), o los acuerdos de las partes, postergan la transmisión. En este tipo de contrato, la transmisión no se produce de forma simultánea a la emisión del consentimiento, lo que surge es una obligación del vendedor de procurar al comprador la adquisición del derecho (42).

El sistema francés se ha adoptado por el Código Civil belga (art. 1.583), que requiere, también, la inscripción registral de inmuebles con efecto frente a terceros.

La vía intermedia italiana se ha seguido por el Código Civil portugués (arts. 408-409).

EL ACUERDO TRASLATIVO ABSTRACTO. BGB ALEMÁN

Como ponen de manifiesto los autores, el sistema alemán de transmisión de la propiedad proviene de la interpretación de la Pandectística alemana de los textos del Derecho Común romano, respecto de la *iusta causa de traditio* (43).

«Sus bases contractuales se encuentran en SAVIGNY, para quien lo esencial en orden a la transmisión de la propiedad es la mera voluntad de transferirla, de manera que la *iusta causa*, entendiendo por tal la existencia de un contrato antecedente de finalidad transmisiva, sólo es relevante en la medida en que sirve para constatar la existencia de esa voluntad; pero, por lo demás, éste carece de trascendencia, y por eso la transmisión del dominio, si hay voluntad de transmitir, se producirá igualmente aunque el contrato antecedente sea nulo o impugnado, e incluso aunque no exista. Esta autonomía del acuerdo traslativo respecto del contrato antecedente es la que permite calificar a aquél como un negocio abstracto, que basta con constatar sin que sea preciso indagar sobre si existe o no una razón jurídica —una causa— que lo justifique» (44).

Como precisa este autor: «la gran innovación alemana consiste en la abstracción del acto dispositivo. La titularidad real nace exclusivamente de éste, formado por el acuerdo en transmitir y adquirir (*Einigung*) más la inscripción (que es constitutiva), tratándose de inmuebles (§ 873 BGB); y por dicho acuerdo más la entrega de la cosa tratándose de bienes muebles (§ 929 BGB). Y ello con total independencia del negocio obligacional antecedente

(42) DE PABLO CONTRERAS (2003, pág. 958).

(43) COING (1996, págs. 490-495).

(44) DE PABLO CONTRERAS (2003, pág. 959).

(la venta, la permuta, la donación), de modo que, si éste adoleciera de algún defecto o llegara a faltar, queda en pie el cambio real, que no depende de él, y únicamente procederá, en su caso, el ejercicio *inter partes* de una acción personal por enriquecimiento injustificado (§ 812 BGB)» (45).

LA TEORÍA DEL TÍTULO Y MODO. EL SISTEMA DE TRADICIÓN CAUSAL ESPAÑOL

Explican los autores (46) que: «el Derecho español está fundado en la teoría del título y el modo. La Base 20 de la Ley de Bases de 1888 decía: “Los contratos, como fuente de las obligaciones, serán considerados como meros títulos de adquirir en cuanto tengan por objeto la traslación del dominio o de cualquier otro derecho a él semejante”. El artículo 609 del Código Civil, siguiendo el mandato de la Ley de Bases, hemos visto que habla de una adquisición y transmisión del dominio y demás derechos (reales) sobre los bienes “por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición”. Enlaza así nuestro Código con el Derecho histórico español, abandonando la idea clave en esta materia del Proyecto de 1851, que aceptó el sistema francés de la adquisición y transmisión por el mero consentimiento».

Advierte Luis Díez-PICAZO que la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 recuerda nuestro Derecho tradicional expresando: «Nuestras leyes, siguiendo a las romanas, adoptaron la diferencia entre el título y el modo de adquirir y establecieron que el título sólo produjera acción personal, pero que la propiedad y los demás derechos en la cosa, y, por tanto, las acciones reales que se dan para reivindicarlos, sólo nacieran de la tradición» (47).

Este sistema del título y modo tradicional otorga al contrato la categoría de elemento iniciador del proceso transmisivo, que debe ser completado con

(45) DE PABLO CONTRERAS (2003, pág. 960).

(46) Díez-PICAZO/GULLÓN (2001, pág. 62).

Ver, en este sentido, DE PABLO CONTRERAS (2003, pág. 962).

(47) Díez-PICAZO/GULLÓN (2001, pág. 62): «la jurisprudencia, acorde con esta línea, declara reiteradamente que el Código Civil, al aludir a “ciertos contratos” a los que se les aplica el requisito de la tradición para la adquisición del dominio y derechos reales, se refiere a los traslativos de dominio (compraventa, permuta, etc.). Esos contratos son el título que al ser completado con la *traditio* produce la adquisición. Exige también que esa *traditio* o entrega vaya acompañada de estos requisitos: preexistencia del dominio o posesión (a título de dueño) en el *tradens*, y la intención de las partes de adquirir y transmitir respectivamente (sentencias de 18 de febrero de 1965, 3 de junio de 1969, 9 de marzo de 1994 y 18 de febrero de 1995). Nuestro sistema, de acuerdo con esas premisas, se nos presenta sumamente casualizado, ya que la *traditio*, por sí sola, es insuficiente para adquirir el dominio o derecho real: ha de apoyarse en un título hábil al efecto. La Dirección General de los Registros tiene como doctrina la de que para inscribir cualquier título traslativo se requiere que aparezca manifiestamente como tal, en virtud de causa onerosa o gratuita (Resolución de 19 de enero de 1994)».

la *traditio* y acompañado de otros elementos, como la voluntad de transmitir y adquirir (48), el dominio (49) y la posesión del *tradens* (50).

Como mantiene José M.^a MIQUEL: «un sistema de transmisión por contrato y tradición presupone que la propiedad se transmite porque las partes así lo quieren, a través de los cauces que el ordenamiento valora como suficientes. La transmisión de la propiedad por contrato y tradición es un efecto derivado de la autonomía privada. Ambos —contrato y tradición— son actos voluntarios a los que el Ordenamiento reconoce eficacia, porque las partes la desean. La voluntad traslativa se expresa tanto en aquellos ciertos contratos que, por su tipo, son hábiles (justos, en el sentido de los precisos) para transmitir la propiedad, como en la tradición. La voluntad traslativa no se encuentra solamente en el contrato, también es preciso que la entrega se verifique con voluntad de transmitir y adquirir, aunque esa voluntad sea tácita en muchas ocasiones» (51).

«De modo muy especial la voluntad del poseedor es decisiva para la existencia del fenómeno posesorio, por lo que no es extraño que la posesión se pueda transmitir por el acuerdo de voluntades y que este mismo acuerdo pueda modificar el concepto posesorio» (52).

En definitiva, para este autor: «esto significa que la tradición, para transmitir la propiedad, requiere determinadas condiciones subjetivas de capacidad y legitimación, distintas de las exigidas al contrato obligatorio. Por otra parte la conexión con el contrato a consecuencia del cual se efectúa, exige que la

(48) Como afirma MIQUEL GONZÁLEZ (2008, págs. 351-355).

(49) MIQUEL GONZÁLEZ (1993, pág. 1547). Para este autor, «la expresión del Código Civil es bastante lacónica pero suficiente para dejar claro que la transmisión se produce en virtud de la concurrencia de ciertos contratos y la tradición. Se trata de un supuesto de hecho complejo en el que participan tanto la tradición como el contrato. Ahora bien, hay que preguntarse enseguida por la propiedad y/o el poder de disposición del transmitente. Es indudable que la transmisión de la propiedad exige este presupuesto, sin perjuicio de los supuestos de adquisición *a non domino*, en cuya enumeración no voy a entrar. Este presupuesto suscita inmediatamente la cuestión de si es una exigencia del contrato o de la tradición, o independiente de ambos. Parece claro que nuestro Código Civil no exige, para celebrar el contrato de compraventa, ser propietario del objeto vendido (STS 5-V-83), porque para contraer obligaciones en nombre propio no se precisa una especial legitimación...

El poder de disposición debe exigirse para que la tradición produzca su efecto como modo de adquirir la propiedad (muy exacta la formulación del Pr. de 1836, art. 697: «También se adquiere el derecho de propiedad por la entrega legítima». Artículo 698: «Llámase entrega legítima la que se hace por el dueño u otro autorizado en su nombre, precediendo cualesquiera de los justos títulos capaces de transferir el dominio según las leyes de este Código».

En definitiva, para este autor: «la tradición será eficaz como modo de transmitir la propiedad, si el tradente es propietario o está autorizado por él».

(50) MIQUEL GONZÁLEZ (1993, págs. 1546-1551).

(51) MIQUEL GONZÁLEZ (2008, pág. 352).

(52) MIQUEL GONZÁLEZ (1993, pág. 1546).

tradición se haga voluntariamente en el mismo concepto posesorio al que se refiera el título» (53).

A la teoría del título y modo del Ordenamiento Jurídico español, se han sumado el sistema austriaco (§§ 425 y sigs. ABGB), suizo y holandés (art. 84), pero, además, requiere la inscripción en caso de transmisión de inmuebles.

SISTEMA ADOPTADO POR EL *COMMON LAW*

Los Ordenamientos Jurídicos con tradición en el *Common Law*, «mantienen su incomunicabilidad con los ordenamientos europeos continentales en materia de bienes inmuebles, pero cabe apreciar una cierta aproximación conceptual a aquellos en lo que se refiere a los bienes muebles en virtud de la *Sale of Goods Act* de 1893, reformada en 1979. En ella (sección 2), se mantiene que, tratándose de la compraventa de bienes específicos o determinados, la propiedad se transmite al comprador en el momento en que las partes establezcan, pero, salvo que éstas hayan previsto lo contrario, el efecto del contrato es la atribución de la propiedad al comprador. El contrato es *sale* cuando la propiedad se transfiere inmediatamente al comprador, y *agreement to sell* cuando obliga a una transmisión posterior (sección 27). Al momento de transmisión de la propiedad se conectan la facultad de disponer de los bienes comprados, la asunción por el comprador de los riesgos (sección 20) o el derecho del vendedor a exigir el pago del precio (sección 49). El comprador, empero, sólo puede exigir la entrega de la cosa cuando haya pagado su precio (sección 28), a cuyo efecto se concede al vendedor un derecho de retención (sección 39)» (54).

5. INICIATIVAS PREPARATORIAS DE LA UNIFICACIÓN EN MATERIA DE TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA EN LA UNIÓN EUROPEA

Fruto de todas estas reflexiones compartidas por algunos investigadores y estudiosos de la materia, se han creado ya grupos de investigación que se ocupan de la posible armonización en el ámbito jurídico-real, en especial respecto de la transmisión de la propiedad inmobiliaria.

En concreto, destaca el trabajo realizado en materia de Transmisión de Propiedad de Bienes Inmuebles, realizado por los profesores Elisabeth COOKE (Inglaterra), Luz MARTÍNEZ (España), Andrea PRADO (Italia) y Kåre LILLEHOLT (Noruega), que elaborando diferentes estudios y organizando diversas acti-

(53) MIGUEL GONZÁLEZ (1993, pág. 1549).

(54) DE PABLO CONTRERAS (2003, pág. 964).

vidades científicas, muestran un interés cada vez más creciente por incluir el ámbito jurídico real al Marco Común de Referencia. Prueba de ello es el Proyecto sobre Transmisión de Bienes Inmuebles que están desarrollando, y que se inicia con la preparación de un cuestionario sobre esta materia, cuyo borrador se elaboró en Trento, en julio de 2006. En julio de 2007 celebraron un encuentro en Turín para reflexionar sobre los resultados y las respuestas de los participantes en el cuestionario, por lo que la versión final aún no se ha finalizado (55).

6. A MODO DE CONCLUSIÓN

En definitiva, resulta patente la necesidad de unificar también el sistema de transmisión de la propiedad inmobiliaria, aunque ello resulte una ardua tarea.

No parece, pues, desmesurado, pensar en la posibilidad de acoger, en un futuro no muy lejano, un sistema de transmisión de la propiedad, mobiliaria e inmobiliaria, uniforme, al menos, para todos los Estados de la Unión Europea.

Entre otras conclusiones, parece oportuno recordar una certera reflexión del profesor Díez-PICAZO, en la que advierte que resulta curioso el fenómeno de la *traditio* y su progresiva espiritualización desde el Derecho Romano (56). En palabras de este autor: «los Derechos primitivos exigieron siempre que la voluntad traslativa se manifieste a través de una serie de actos solemnes y formales (*mancipatio*, *cesión in iure*, etc.). La tradición aparece precisamente como una vía idónea para flexibilizar estas rígidas solemnidades primitivas, atendiendo a las exigencias de rapidez y de celeridad que el tráfico económico impone sobre todo en materia de mercaderías. Sin embargo, y a pesar de que toda la evolución del fenómeno traslativo parece consistir en una progresiva espiritualización del elemento formal, subsiste la necesidad de que los actos traslativos encarnen en una conducta objetivamente identificable. De esta manera, la tradición, que originariamente es la simple entrega material de la cosa, al irse progresivamente espiritualizando, permite que el requisito del consentimiento de las partes vaya ganando terreno hasta dejar reducido el acto material de entrega a un puro símbolo primero y a la nada después, hasta que termina por imponerse el principio *nudum consensus parit proprietatem*. Sin embargo, la evolución continúa y termina por exigirse, al menos respecto de aquellos bienes de gran valor, como son los inmuebles, que el *consensu* deje de ser desnudo y se vista con un documento solemne. Todo ello constituye, además, una ineludible exigencia económica» (57).

(55) Vid. las websites: <http://www.jus.unitn.it/dsg/common-core/>; <http://wpia.uwm.edu.pl/immovables/tiki-index.php>

(56) Díez-PICAZO (1966, págs. 558-564).

(57) Díez-PICAZO (1966, págs. 558-559).

A la luz de lo expuesto merece, también, una especial atención la conclusión de DE PABLO CONTRERAS, que desde el origen histórico romano hasta nuestros días, se muestra como la más acertada y práctica: «Así las cosas, parece de todo punto más sensato *desandar lo andado*, volviendo los ojos a la tradición común en la que todos los sistemas tienen su origen último. Ello supondría priorizar el sistema causal frente al puramente consensual y al de abstracción. Aquél tiene la ventaja, frente al segundo, de situar el acuerdo traslativo en el propio acuerdo contractual, lo que resulta más conforme con el significado que, en la conciencia social, se concede a los contratos de cambio —cuyo paradigma es la compraventa— que ubicar aquél en un segundo acuerdo abstracto, lo que resulta por completo artificioso. Coincidiendo en esto con los sistemas de transmisión del dominio por mero consenso, los planteamientos causales se revelan más útiles para favorecer la contratación y simplificar el tráfico de los bienes, pero, al requerir de un elemento de forma o exteriorización, se revelan más capaces que aquéllos para procurar la seguridad jurídica en la existencia y contenido de las titularidades reales. Por último, pensando en que un futuro Derecho privado europeo habría de dar cabida a países con muy diversas situaciones de hecho en el uso y disfrute de los bienes, especialmente en lo que se refiere a la propiedad fundiaria, los sistemas causales, por simple fidelidad a su origen, acogen con menores disfunciones técnicas las instituciones —especialmente la usucapión— que complementan al mecanismo de adquisición derivativa.

De admitirse esta perspectiva —avatares del destino—, el sistema español podría jugar un cierto papel como punto de partida, en la medida en que —me parece— es el que en mayor grado se ha mantenido fiel a esa tradición común que valdría la pena intentar recuperar.

En cualquier caso, a la espera de que culmine el proceso —lo que no parece cercano— acaso los esfuerzos deban centrarse en procurar que todos los países dispongan de sistemas registrales fiables, armonizando en lo posible los efectos jurídicos y —en un orden práctico— poniendo su información al alcance de todos» (58).

Por tanto, no parece muy descabellada la idea de un posible acogimiento de la tradicional e histórica «Teoría del título y el modo», vigente en España, y aplicar el sistema de la *traditio* causalmente enlazada al negocio jurídico que origina la transmisión de la propiedad, en aras de una mayor seguridad jurídica en las transacciones de la Unión Europea.

(58) DE PABLO CONTRERAS (2003, págs. 964-965).

7. BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO I AMAYUELAS, Esther (2003): «Textos Básicos de Derecho Privado Europeo, *Acquis communautaire* y Derecho Civil futuro», en *Bases de un Derecho Contractual Europeo. Bases of a European Contract Law*, Valencia, págs. 648-650.
- (2008): «La contribución al Marco Común de Referencia de los Principios de Derecho Contractual Comunitario», en *Derecho Privado Europeo: Estado actual y perspectivas de futuro (Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007)*, Thomson-Civitas, Aranzadi, Navarra, págs. 49-157.
- (2005): Recensión a VON BAR, C. y DROBNIG U.: «The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe. A comparative Study», Sellier, München, 2004, en *Anuario de Derecho Civil*, núm. LVIII-1, Madrid, pág. 287.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio (2003): «El hipotético Código Civil europeo: ¿porqué, cómo y cuándo?», en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Thomson-Civitas, T. I, Madrid, págs. 353-356.
- (2005): Recensión a VON BAR, C. y DROBNIG U.: «The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe. A comparative Study», Sellier, München, 2004, en *Anuario de Derecho Civil*, núm. LVIII-1, Madrid, pág. 287.
- COING, Helmut (1996): *Derecho Privado Europeo*, T. I. *Derecho Común más antiguo (1500-1800)*, München, 1985, traducido por la Fundación Cultural del Notariado, Madrid, págs. 383-391.
- (1996): *Derecho Privado Europeo*, T. II. *El siglo XIX*, München, 1989, trad. Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996, págs. 490-495.
- DE PABLO CONTRERAS, Pedro (2003): «La propiedad y la transmisión de los derechos reales», en Sergio CÁMARA LAPUENTE (coord.), *Derecho Privado Europeo*, Colex, Madrid, págs. 951-966.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (1995): *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, III, Civitas, Madrid.
- (2003): «La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XIX, Fascículo III, 1966, pág. 555.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, y GULLÓN, Antonio (2001): *Sistema de Derecho Civil*. Vol. III. *Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario Registral*.
- DÍEZ-PICAZO, Luis; ROCA TRÍAS, Encarna, y MANUEL MORALES, Antonio (2002): *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Madrid, págs. 387-389 y 121-122.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis (2006): «Comentario al artículo 30 de la Convención de Viena», en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Aranzadi, Navarra, págs. 245-247.
- GARCÍA SOLÉ, Fernando (2008): *La opción de compra en el leasing financiero*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2008.
- GIOVANOLI, Mario (1980): *Le crédit-bail leasing en Europa: développement et nature juridique: étude comparative avec référence particulière aux droits français, allemand, belge, italien et suisse*, París.
- GORDON, William (1970): *Studies in the transfer of property by traditio*, Aberdeen University Press.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María (1993): «Comentario al artículo 609 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, págs. 1543-1551.

- (2006): «Comentario al artículo 41 de la Convención de Viena», en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Aranzadi, Navarra.
- (2008): «La reserva de dominio. Referencia al Derecho europeo», en *Derecho Privado Europeo: estado actual y perspectivas de futuro*. Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007, Thomson-Civitas, 2008, págs. 281-376.
- PARRA LUCÁN, María Ángeles (2002): «Apuntes sobre la unificación del Derecho Privado en Europa: ¿es posible un Código Civil europeo?», en *Actualidad Civil*, núm. 36, págs. 1167-1170.
- PAU PEDRÓN, Antonio (2004): *La convergencia de los sistemas registrales en Europa*, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid.
- PÉREZ ÁLVAREZ, Pilar (2006): «La compraventa y la transmisión de la propiedad. Un estudio histórico-comparativo ante la unificación del Derecho Privado europeo», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 14, págs. 201-248.
- QUINONES ESCÁMEZ, Anna (2009): «Hacia un Derecho contractual europeo», recensión a Reiner SCHULZE, *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Sellier, Munich, 2008, en *InDret* 1/2009 (www.indret.com)
- ROJO AJURIA, Luis (2006): «Comentario al artículo 4 de la Convención de Viena», en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, ed. Aranzadi, Navarra.
- SACCO, Rodolfo (2008): «Elogio a la uniformidad del Derecho, elogio a la diversidad en el Derecho», en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, Fascículo II, págs. 445-461.
- SCHULZE, Reiner (2008): «DCFR and Property Law: the need for consistency and coherence», en *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Sellier, Munich.
- TAPIA SÁNCHEZ, María Rosa (2003): «Régimen jurídico del *leasing* en Portugal», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 40, págs. 133-138.
- VAN ERP, Sjef (2006): «European and National Property Law: Osmosis or Growing Antagonism?», en *Sixth Walter van Gerven Lecture*, Leuven Centre for a Common Law of Europe (Katholieke Universiteit Leuven, Faculty of Law), Ius Commune Research School/METRO (Maastricht University, Faculty of Law). © Europa Law Publishing, Leuven CCLE.
- (2008): «Security interests: A secure Start for the development of European property law», *Faculty of Law*, Maastricht University, SSRN, págs. 1-10.
- VON BAR, Christian (2000): «Le group d'études sur un Code Civil européen», en *Revue Internationale de Droit Comparé (RIDC)*, 2001/1, págs. 127-139.
- (2005): «Working Together Toward a Common Frame of Reference», en *Juridica International*, núm. 10, págs. 17-26.
- VON BAR, Christian, y DROBNIG, Ulrich (2004): *The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe. A comparative Study*, Sellier, München.
- VON BAR, Christian, y SCHULTE NÖLKE, Hans (2005): «Gemeinsamer Referenzrahmen für europäisches Schuld und Sachenrecht», en *Zeitschrift für Rechtspolitik*, núm. 5, págs. 165-168.
- VON BAR, Christian; CLIVE, Eric, and SCHULTE-NÖLKE, Hans y otros (2008): *Principles of European Contract Law*, Sellier, München.

- *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference* (DCFR). Interim Outline Edition. Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group) Based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law.
www.sgecc.net/pages/en/home/179.new_draft_common_frame_of_reference_interim_outline_edition_in_print.htm

RESUMEN

DERECHO PRIVADO EUROPEO PROPIEDAD. INMUEBLES

Las propuestas unificadoras o armonizadoras del Derecho Privado europeo se han centrado, esencialmente hasta ahora, en el ámbito del Derecho de Contratos. Sin embargo, la necesidad de incluir los efectos jurídico-reales de las relaciones obligatorias se ha hecho patente ante los problemas de seguridad jurídica que su no consideración podrían provocar, sobre todo en materia de transmisión de propiedad. Por ello, son ya numerosas las voces, que a instancia, también, de las instituciones europeas, proponen la necesidad de ampliar un poco más el contenido del Marco Común de Referencia, a la vista de los argumentos e iniciativas, en este sentido, de investigadores y estudiosos de la materia. Se hace, por tanto, indispensable incluir el Derecho de Propiedad, tanto de bienes muebles como de inmuebles, y, sobre todo, el modo y efectos de su transmisión, aun conscientes de los diferentes sistemas de transmisión vigentes en los estados miembros de la Unión Europea. Pero una mirada al origen histórico de las reglas de transmisión de la propiedad y a los efectos reales en la práctica actual de cada ordenamiento jurídico, en aras de la seguridad jurídica, podría facilitar un punto de encuentro para conseguir la unificación.

ABSTRACT

EUROPEAN PRIVATE LAW PROPERTY. IMMOVABLES

The purposes of harmonisation or unification European Private Law have focused essentially in the area of Contracts Law. However, the need to include the real legal effects of obligatory relation it has become apparent to the problems of legal certainty that its failure could result, especially in the field of transfer of property. Therefore, many voices are now, at which also the European institutions, suggest the need to expand a bit more content Common Frame of Reference, in the light of the arguments and initiatives in this respect of researchers and studios in the field. It is therefore essential to include the property right, both movables and immovables, and especially the legal model and purposes of its transfer, even aware of the various transferability systems in force in member states of the Union Europe. But a look at the historical origins of the rules on the transfer of property and real effects in the current practice of law for procure of legal certainty, it could facilitate a meeting point for unification.

(Trabajo recibido el 12-6-2009 y aceptado para su publicación el 26-7-2010)

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *BOE*

Por Juan José JURADO JURADO

Registro de la Propiedad

Por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución de 8-5-2010
(*BOE* 16-7-2010)
Registro de Albaida

CALIFICACIÓN REGISTRAL: REQUISITOS. PATRIA POTESTAD PRORROGADA.

No puede considerarse falta de fundamentación la calificación registral que expresa sucintamente los hechos y fundamentos jurídicos que la motiva. Tratándose de una enajenación realizada por la madre de un incapaz en ejercicio de la patria potestad prorrogada, basta con que cuente con la autorización judicial prevista en el artículo 166 del Código Civil, sin que corresponda al Registrador el control de las medidas cautelares impuestas por el Juez de que se destine el dinero obtenido a determinados fines.

Resolución de 11-5-2010
(*BOE* 16-7-2010)
Registro de Roquetas de Mar, número 3

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA: CADUCIDAD.

No puede cancelarse por caducidad la anotación de demanda que fue prorrogada antes de la entrada en vigor de la LEC y respecto a la que no se acredita que haya finalizado definitivamente el procedimiento judicial.

Resolución de 12-5-2010
(*BOE* 17-7-2010)
Registro de Denia, número 1

COMPRAVENTA: SUJETA A CONDICIÓN SUSPENSIVA.

La compraventa efectuada bajo la condición suspensiva de que el comprador encuentre en un determinado plazo financiación bancaria, es inscribible en tanto existe una causa que justifica esta condición, y que no infringe el artículo 1.115 del Código Civil, dado que éste sólo se aplica a las condiciones puramente potestativas.

Resolución de 13-5-2010

(BOE 16-7-2010)

Registro de Sagunto, número 1

PROPIEDAD HORIZONTAL. RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO.

La pretensión de que una determinada parcela que está integrada en un edificio en propiedad horizontal, e inscrita en titularidad *ob rem* a favor de los dueños de diferentes departamentos privativos, pase a ser elemento común, no puede considerarse como una rectificación de un error, y requiere el consentimiento de todos los propietarios del edificio.

Resolución de 17 y 20-5-2010

(BOE 5 y 22-7-2010)

Registro de Madrid, número 39

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE CRÉDITO REFACCIONARIO.

Siguiendo la más reciente jurisprudencia del TS, el Centro Directivo señala que no puede considerarse como crédito refaccionario, a los efectos de practicar la correspondiente anotación preventiva, el que corresponde a un socio de una cooperativa que ha causado baja en la misma, respecto al reembolso de sus derechos y aportaciones a la misma.

Resolución de 19-5-2010

(BOE 5-7-2010)

Registro de Cuevas de Almanzora

REPARCELACIÓN URBANÍSTICA. CALIFICACIÓN REGISTRAL: ÁMBITO.

No cabe inscribir una reparcelación urbanística que tiene sustento en un plan parcial, si de conformidad con el plan general de ordenación del municipio, y con arreglo a una disposición legal, el suelo afectado tiene el carácter de no urbanizable. El Registrador ha de calificar de acuerdo con la ley, entendiendo que en este concepto están también los planes generales de ordenación urbanística.

Resolución de 1-6-2010

(BOE 16-7-2010)

Registro de Corcubión

PROPIEDAD HORIZONTAL: ACUERDOS.

La modificación de los estatutos de una propiedad horizontal cuyo objeto es añadir un artículo que permite la instalación de un extractor de humos en el local de planta baja, ha de considerarse un acto de la propia comunidad, sin que sea preciso el consentimiento individualizado de todos los titulares de los diferentes departamentos. En el caso de que alguno de los pisos pertenezca en régimen de gananciales a dos personas, deberán los cónyuges o los herederos de cada uno de ellos nombrar un representante que ejerza el voto en la junta.

Resolución de 2-6-2010

(BOE 9-8-2010)

Registro de Almadén

TUTORES: CONFLICTO DE INTERESES. RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL. MEDIOS DE PAGO.

Debe considerarse que existe conflicto de intereses cuando en la elevación a público de un contrato privado de compraventa, el comprador interviene en su propio nombre y, al mismo tiempo, como tutor de uno de los herederos del vendedor. Aun tratándose de dos cónyuges vecinos de Cataluña, hay que especificar que el régimen de separación de bienes que rige su matrimonio es el legal supletorio. Siendo los compradores casados en separación de bienes, ha de concretarse la participación indivisa que corresponde a cada uno, sin que por el hecho de estar casados se presuma que adquieren por mitad. Aunque se trata de una elevación a público de un documento privado, debe exigirse la constancia de los medios de pago del precio, de conformidad con la normativa vigente al tiempo del otorgamiento de la escritura.

Resolución de 3-6-2010

(BOE 9-8-2010)

Registro de Roses, número 1

RECTIFICACIÓN DE CABIDA EN JUICIO DECLARATIVO. DECLARACIÓN DE VOLUNTAD: ARTÍCULO 708 DE LA LEC.

Tratándose de la inscripción de una resolución judicial por la que se acuerda la elevación a público de un documento privado de segregación y venta, y siendo necesario para la segregación la previa inscripción de un exceso de cabida, es imprescindible que en el procedimiento se haya citado a los colindantes. El artículo 708 de la LEC debe interpretarse en el sentido de que sólo no será preciso el otorgamiento de escritura pública en los casos en que la única declaración de voluntad que exista en el negocio sea la del demandado, pero si además forma parte del mismo la voluntad del demandante, es necesario el otorgamiento de escritura, si bien ésta podrá otorgarse sólo con la intervención del demandante aportando el testimonio del auto judicial.

Resolución de 4-6-2010

(BOE 9-8-2010)

Registro de Alicante, número 3

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. CADUCIDAD. CANCELACIÓN DE ANOTACIÓN PRORROGADA ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL 1/2000, DE 7 DE ENERO

Frente al criterio aislado de la Resolución de 21 de julio de 2005, la Dirección General retorna a la doctrina sentada en la Instrucción de 12 de diciembre de 2000, luego recogida en diferentes resoluciones, anteriores y posteriores a la ya citada de 21 de julio de 2005. De esta forma se confirma la nota de calificación del Registrador por la que éste se había opuesto a la solicitud de cancelación por caducidad de una anotación de embargo que constaba prorrogada con anterioridad a la entrada en vigor de la actual LEC. Se sostiene la plena aplicación del artículo 199.2 del Reglamento Hipotecario y se exige para poder cancelar por caducidad la referida anotación que se acredite que han transcurrido seis meses desde que haya recaído resolución judicial firme que ponga fin al procedimiento del que dimana la anotación.

Resolución de 7-6-2010
(BOE 9-8-2010)
Registro de Lugo, número 1

CONCURSO DE ACREEDORES: EMBARGOS ORDENADOS EN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

De conformidad con los artículos 24 y 55 de la Ley Concursal, y con la jurisprudencia de la Sala de Conflictos del TS, para que sea anotable un embargo trabado en procedimiento seguido por la Tesorería de la Seguridad Social, es necesario, además de que la providencia de apremio sea anterior al auto declarando el concurso, que se obtenga con carácter previo un pronunciamiento del Juzgado ante el que se sigue el concurso, aclarando que los bienes no son de los necesarios para la continuación de la actividad empresarial del concursado.

Resolución de 8-6-2010
(BOE 9-8-2010)
Registro de Olot

CONCURSO DE ACREEDORES: ENAJENACIÓN DE BIENES DEL CONCURSADO.

De conformidad con los artículos 40 y siguientes de la Ley Concursal, en el caso del concurso voluntario, el concursado podrá enajenar bienes, con el consentimiento de los administradores concursales y sin necesidad de autorización judicial, siempre que se trate de actos inherentes a la continuación de la actividad empresarial.

Resolución de 9-6-2010
(BOE 9-8-2010)
Registro de Barcelona, número 21

CONDICIÓN RESOLUTORIA: CLÁUSULA PENAL. PRINCIPIO DE PRIORIDAD REGISTRAL.

Para que opere registralmente la resolución amparada por una condición inscrita, es preciso que conste el consentimiento de los titulares registrales del dominio y de cualesquiera otros derechos posteriores afectados por la resolución o la resolución judicial supletoria. Pero el principio de prioridad implica que tal exigencia no se extienda a titulares que adquieran su derecho de documentos presentados con posterioridad al requerimiento resolutorio. Lo que sí es imprescindible es que el vendedor consigne la totalidad del precio recibido a favor de esos titulares de derechos afectados, aunque existiere pactada cláusula penal, dado que su desenvolvimiento no podrá perjudicar a los titulares de derechos adquiridos sobre la finca.

Resolución de 10-6-2010
(BOE 9-8-2010)
Registro de Valladolid, número 6

FINCA REGISTRAL: DESCRIPCIÓN.

Partiendo de que el sistema registral español es un sistema de folio real, y teniendo en cuenta, por tanto, la trascendental importancia que tiene la correcta identificación de la finca, no puede inscribirse un título que describe una finca registral con sustanciales diferencias con respecto a los datos obrantes en el Registro, en relación con la superficie, linderos y cuota del piso en la propiedad horizontal.

Resolución de 11-6-2010
(BOE 9-8-2010)
Registro de San Javier, número 1

DERECHO CONCURSAL INTERNACIONAL: INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD ESPAÑOL DE RESOLUCIONES CONCURSALES DICTADAS POR JUZGADOS DE OTROS ESTADOS COMUNITARIOS.

La normativa aplicable con carácter preferente es el Reglamento del Consejo 1346/2000, de 29 de mayo, conforme al cual no es necesario obtener el previo *exequatur* para la plena eficacia de una resolución dictada por un Tribunal de un estado comunitario en otro estado de la Unión. Eso sí, corresponde al Registrador comprobar que en el caso concreto se dan los presupuestos necesarios para que dicho Reglamento sea de aplicación, así como exigir que el documento reúna los requisitos de contenido exigidos para la práctica de este tipo de asientos en la legislación española.

Resolución de 14-6-2010
(BOE 9-8-2010)
Registro de Enguera

FINCA REGISTRAL: IDENTIFICACIÓN. TITULAR REGISTRAL. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.

Partiendo de que el sistema registral español es un sistema de folio real, y teniendo en cuenta, por tanto, la trascendental importancia que tiene la correcta identificación de la finca, no puede inscribirse un título que no describe las fincas, sino que respecto de estos extremos se complementa con una instancia privada. Sólo el titular registral o sus representantes pueden otorgar actos inscribibles. Los derechos que se constituyan o transmitan deben definirse con toda la minuciosidad que demanda el principio de especialidad.

Resolución de 15-6-2010
(BOE 9-8-2010)
Registro de Valencia, número 7

TÍTULOS INSCRIBIBLES. PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL.

No puede tener acceso al Registro el testimonio de un auto judicial de cuyo contenido no resulta referencia a finca alguna, y en el que tampoco se concreta el derecho respecto del que se solicita la inscripción. Los asientos ya practicados están bajo la salvaguardia de los Tribunales y no puede discutirse su validez a través del recurso gubernativo.

Resolución de 16-6-2010
(BOE 9-8-2010)
Registro de Alicante, número 3

UNIONES DE HECHO: CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN.

En un convenio regulador de las relaciones paternofiliales aprobado judicialmente en un proceso de separación de una unión de hecho, se ha incluido la disolución del condominio existente entre los convivientes sobre una vivienda. Entiende el Centro Directivo que no cabe su inscripción porque este extremo no ha sido aprobado por el Juez. E incluso si contara con tal refrendo, tampoco sería inscribible sin el previo otorgamiento de la correspondiente escritura pública, que es el cauce documental adecuado para un negocio jurídico de carácter patrimonial, ajeno al régimen especial de la liquidación de las comunidades conyugales.

Resolución de 17-6-2010
(BOE 9-8-2010)
Registro de Álora

LICENCIA DE PARCELACIÓN: SILENCIO ADMINISTRATIVO. PRINCIPIO DE PRIORIDAD REGISTRAL.

La doctrina que ha venido sosteniendo la DGRN sobre la acreditación de la obtención de una licencia de parcelación por silencio administrativo, ha de matizarse a la vista de la sentencia de la Sala tercera del TS de 28 de enero de 2009. De ahí que, para garantizar que no se haya obtenido una licencia contraria al planeamiento, es adecuado que el Registrador acuda al procedimiento previsto en el artículo 79 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

Resolución de 18-6-2010

(BOE 9-8-2010)

Registro de Madrid, número 13

PROPIEDAD HORIZONTAL: ESTATUTOS.

Los Estatutos de la Propiedad Horizontal, siguiendo lo establecido en la Ley de Propiedad Horizontal, como las reglas de constitución y ejercicio del derecho y disposiciones no prohibidas por la Ley en orden al uso o destino del edificio, sus diferentes pisos o locales, instalaciones y servicios, gastos, administración y gobierno, seguros, conservación y reparaciones, formando un estatuto privativo que no perjudicará a terceros si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad. En consecuencia, constando en los estatutos que los departamentos se destinarán a viviendas y locales, según lo previsto en el título constitutivo, y que cualquier modificación de la fachada requerirá acuerdo de la comunidad, no es inscribible el cambio de uso de local a vivienda con modificación de fachada, sin la pertinente autorización comunitaria.

Resolución de 19-6-2010

(BOE 9-8-2010)

Registro de Valencia de Don Juan

SOCIEDAD DE GANANCIALES. RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO.

Habiéndose inscrito una titularidad registral a nombre del esposo para su sociedad de gananciales, en los términos que resultaban del título, no cabe ahora rectificar ese asiento en virtud de un acta notarial otorgada por el marido, a la que se acompaña unos documentos que, a lo sumo, prueban que el mismo tenía vecindad civil catalana al tiempo de la celebración del matrimonio. Para rectificar la inscripción e inscribir a su nombre con carácter privativo, según el régimen de separación catalán, es preciso el consentimiento de la esposa o resolución judicial.

Registro Mercantil

Por Ana M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 29-7-2010

(BOE 12-8-2010)

Registro Mercantil de Palencia, número 2

PUBLICIDAD FORMAL. INTERÉS LEGÍTIMO DEL SOLICITANTE. PROTECCIÓN DE DATOS.

El Registrador ha de calificar si procede o no expedir la publicidad formal (si existe interés legítimo) y qué datos debe incluir o excluir en la información.

El interés legítimo ha de ser directo —en caso contrario ha de acreditarse el encargo—, conocido —es decir, acreditado o justificado, salvo en los casos

de autoridades, empleados o funcionarios en razón de su oficio o cargo—, legítimo —no contrario a derecho—, y patrimonial —el que lo solicita debe tener una relación patrimonial para la cual la información que solicita resulte relevante—. El interés legítimo en el Registro de la Propiedad ha de probarse a satisfacción del Registrador; en el Registro Mercantil se presume.

En cuanto a los datos, el registrador debe excluir de la información que suministra los sensibles de carácter personal o patrimonial carentes de trascendencia jurídica. Datos protegidos son todos aquellos que identifiquen o permitan identificar a la persona pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de otra índole o cuyo uso pueda constituir una amenaza para el individuo. Se trata de cualquier tipo de dato personal, íntimo o no, cuyo conocimiento por terceros pueda afectar a sus derechos, por lo que incluye también los datos personales públicos.

Los datos sensibles de carácter personal o patrimonial contenidos en los asientos registrales no pueden ser objeto de publicidad formal. La publicidad registral debe ajustarse a la finalidad para la que está institucionalmente prevista: investigación jurídica, patrimonial y económica, pero no a la privada de datos no patrimoniales contenidos en el Registro.

RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *DOGC*

Por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución 2.560 de 28-6-2010

(*DOGC* 30-7-2010)

Registro de San Cugat del Vallés, número 1

TRANSMISIÓN DE VIVIENDA EN PROPIEDAD HORIZONTAL. APORTACIÓN A SOCIEDAD MERCANTIL.

En Cataluña, a diferencia de lo previsto en la legislación común, sí que es necesario aportar el certificado de estado de pago de la cuota de gastos de la propiedad horizontal para inscribir una transmisión onerosa de la misma. Sin embargo hay que entender exceptuadas de esta obligación las operaciones societarias, como la de aportar finca a sociedad mercantil.

Resolución 2.758 de 20-7-2010

(*DOGC* 26-8-2010)

Registro de Sabadell, número 5

VIVIENDA EN PROPIEDAD HORIZONTAL: EXCESO DE CABIDA.

Para modificar la cabida de un elemento privativo de una propiedad horizontal, en tanto se afecta al título constitutivo, requiere el previo acuerdo de la comunidad, o procedimiento judicial dirigido frente a todos los titulares. No es idóneo a estos efectos un expediente de dominio en el que no se ha dado traslado a algunos de esos titulares.

Resolución 2.759 de 22-7-2010
(DOGC 26-8-2010)
Registro de Gavá

FINCA REGISTRAL: VINCULACIÓN ENTRE FINCAS RÚSTICAS.

Para hacer constar la vinculación entre diferentes fincas rústicas a los efectos de legalizar una construcción, de conformidad con la normativa aplicable, es necesario el otorgamiento de la correspondiente escritura, así como acompañar las certificaciones administrativas correspondientes.

ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

PÉRDIDA DE LA VECINDAD CIVIL DEL CAUSANTE Y LOS DERECHOS DERIVADOS DE LA TRONCALIDAD DEL PAÍS VASCO (1)

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
*Profesora Contratada Doctora
Derecho Civil UCM*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PÉRDIDA DE LA VECINDAD CIVIL VIZCAÍNA Y LA TRONCALIDAD.

I. INTRODUCCIÓN

Hasta ahora han llegado al Tribunal Supremo diversas cuestiones sobre la troncalidad y la difícil interpretación del artículo 811 del Código Civil, tales como su consideración como un beneficio a favor de determinados familiares (2), o que no exige una atribución igualitaria a los reservata-

(1) Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 11 de marzo de 2010, recurso 827/2006. Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos. Número de sentencia: 111/2010. Número de recurso: 827/2006. LA LEY 21098/2010.

(2) Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 22 de marzo de 1986. Ponente: José Luis Albácar López. LA LEY 7715-R/1986. La reserva del artículo 811 del Código Civil no arranca de principio alguno de verdadera troncalidad y constituye tan sólo un beneficio otorgado, por consideraciones familiares, en favor de determinadas personas. No es, por tanto, preciso indagar la procedencia de los bienes susceptibles de tal reserva más allá de la persona de quien los hubo el descendiente a quien se hereda. Implica una especie de transacción entre el derecho de troncalidad y la sucesión gradual, pues no persigue el fin de perpetuar en determinada familia ciertos bienes concretos.

Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 23 de marzo de 1992. Ponente: José Almagro Nosete. LA LEY 3096/1992. No pasa la reserva troncal del artículo 811 del tercer grado familiar y no exige buscar el origen de los bienes transmitidos (el Juzgado núm. 4 de Oviedo desestimó la demanda en reclamación de una reserva legal hereditaria. La Audiencia, el 16-12-89, revocó la sentencia, estimó en parte la demanda y condenó a reservar los bienes recibidos por la demandada de su hijo, a determinar en ejecución de sentencia. El TS no dio lugar a la casación).

rios (3), o como limitación a la plena libertad de testar (4), o que actúa automáticamente una vez fallecido el reservista en favor de los reservatarios (5).

El asunto que aborda la sentencia, objeto de análisis, se centra en la pérdida de la vecindad civil vizcaína del causante y el ejercicio por los legitimados de los derechos derivados del carácter troncal de determinados bienes del patrimonio hereditario sometido al Derecho Foral vasco.

Los antecedentes de hecho se centran en que José y Carmen adquirieron la vecindad civil común por la residencia continuada de más de diez años en territorio donde rige la vecindad común (Madrid) con los requisitos del artículo 14 del Código Civil. En el momento de su muerte, el fallecido era propietario de la mitad indivisa de una finca adquirida por herencia de su madre mediante escritura de herencia otorgada el 14 de agosto de 1967.

Fallece José sin testar y sin descendencia. Dos hermanos de vínculo sencillo materno y su sobrina, como parientes más cercanos al fallecido, demandaron a la viuda fundándose en que la finca tenía la consideración de bien troncal con arreglo a los artículos 17 y siguientes de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco.

Solicitaron la declaración en su favor de herederas abintestato del fallecido con respecto a la finca troncal; que se declarase su propiedad sobre la finca troncal por terceras partes; que se declarasen nulas el acta de notoriedad de declaración de herederos abintestato y la instancia de aceptación y adjudicación de bienes en lo relativo a la finca troncal; y que se ordenase la cancelación de la inscripción registral de dominio de la finca troncal a favor de la demandada y la inscripción del derecho de propiedad a su favor.

(3) Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 13 de marzo de 2008, recurso 185/2001. Ponente: Antonio SALAS CARCELLER. Número de sentencia: 212/2008. Número de recurso: 185/2001. LA LEY 20903/2008. La reserva lineal no exige una atribución igualitaria a los reservatarios, basta que los bienes a que se refiere no pasen a línea distinta de la de procedencia. Interpretación restrictiva de la institución en aplicación del principio de libertad de disposición testamentaria (el Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda en la que se pedía que se declarase la existencia de la reserva del art. 811 del Código Civil respecto de determinados bienes. La AP de A Coruña revocó la sentencia anterior y estimó parcialmente la demanda. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación de la demandada, anula la sentencia de apelación y desestima la demanda).

(4) Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 21 de octubre de 1991. Ponente: Jesús MARINA MARTÍNEZ-PARDO. LA LEY 2580-JF/0000. La reserva lineal del artículo 811 constituye un orden específico de suceder distinto de la sucesión forzosa. Es una limitación de la plena libertad de testar. Los bienes reservables no pueden salir a la muerte del reservista de la línea de donde proceden. Como precepto singular y limitativo de libertad no es lícito interpretarlo extensivamente (el Juzgado de Avilés declaró prescripción de la acción de nulidad de testamento. La Audiencia de Oviedo, el 15-4-89, revocó la sentencia, desestimó la excepción de prescripción y la demanda de nulidad. El Tribunal Supremo no dio lugar a la casación).

(5) Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 9 de enero de 1991. Ponente: Teófilo ORTEGA TORRES. LA LEY 2232/1991. La reserva troncal actúa automáticamente una vez fallecido el reservista en favor de los reservatarios, que son determinados en ese preciso momento. Incorporados los bienes al patrimonio del reservatario, los transmite éste a sus herederos por las reglas ordinarias de sucesión (el Juzgado de Pola de Laviana desestimó la demanda en que se solicitó la declaración de reserva lineal de unos bienes. La Audiencia de Oviedo el 10-XII-88 desestimó el recurso de apelación. El Tribunal Supremo casó la sentencia y declaró que la finca «La Pumarada» fue bien reservable en favor de la línea de donde procedía por su carácter privativo).

Surge la colisión entre las normas de la sucesión *ab intestato* del Código Civil (que señalan que en defecto de descendientes, ni ascendientes y antes que los colaterales, hereda el cónyuge viudo) y las normas del Derecho Civil del País Vasco.

La sucesión troncal de este Derecho Foral es difícil de determinar su naturaleza ya que confluyen elementos familiares —como son las relaciones de parentesco—, y las reales —como son la necesidad de que los bienes estén situados en el territorio aforado—.

Las sentencias de instancia estimaron la demanda en la que los actores solicitaban la declaración en su favor de la condición de herederas abintestato del fallecido con respecto a una finca troncal, así como la declaración de su propiedad sobre dicha finca por terceras partes. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la demandada confirmando las sentencias de instancia.

II. PÉRDIDA DE LA VECINDAD CIVIL VIZCAÍNA Y LA TRONCALIDAD

La ley aplicable a la sucesión es el Derecho Común, pues la sucesión se rige por la vecindad civil del causante, de acuerdo con los artículos 16 y 9.1 del Código Civil, y no le es de aplicación el Derecho Foral por hallarse excluido del ámbito personal de aplicación establecido en el artículo 12 LDCFPV (6). De modo que la viuda es la heredera del causante fallecido sin ascendientes y descendientes y debe suceder en todos los bienes del difunto.

Sin embargo, este hecho cierto, no excluye los derechos derivados de la troncalidad reconocidos en la LDCFPV.

La troncalidad vincula los bienes al tronco familiar del que proceden limitando su transmisión por actos *inter vivos* y *mortis causa*. De acuerdo con esta naturaleza, el régimen de derechos que derivan de la troncalidad constituye una limitación al Derecho aplicable con carácter general a las transmisiones que se produzcan sobre tales bienes. Si se trata de transmisiones *mortis causa*, la troncalidad constituye una limitación al Derecho aplicable a la sucesión.

Este principio se halla reflejado en el artículo 23 LDCFPV (7) el cual, después de establecer que los derechos y obligaciones de la troncalidad corresponden a todos los que tengan vecindad civil en Bizkaia, añade que por esencia de la troncalidad, la pérdida de la vecindad vizcaína no supone restricción alguna en los derechos y deberes de cualquier naturaleza derivados de la misma.

Al ser la vecindad civil del causante el criterio determinante del régimen de sucesiones, este precepto comporta que la troncalidad operará como excepción cuando resulte aplicable el Derecho común a una sucesión por haber perdido el causante la vecindad civil vizcaína, siempre que concurren los restantes requisitos para la efectividad de los derechos y deberes derivados de la troncalidad. Por derechos y deberes debe entenderse las limitaciones impuestas por el principio de troncalidad y la facultad de exigir su efectividad por los legitimados.

(6) Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral Vasco. Artículo 12. A los efectos de este Fuero Civil, son vizcaínos quienes tengan vecindad civil en el Territorio Histórico de Bizkaia. Aforado o infanzón es quien tenga su vecindad civil en territorio aforado.

(7) Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral Vasco. Artículo 23. Los derechos y obligaciones derivados de la troncalidad corresponden, como vizcaínos, a todos los que tengan vecindad civil en Bizkaia. Por esencia de la troncalidad, la pérdida de la vecindad vizcaína no supone restricción alguna en los derechos y deberes de cualquier naturaleza derivados de la misma.

Los bienes del patrimonio hereditario de carácter troncal siguen afectos a los derechos y deberes derivados de la troncalidad, dado que el causante tenía originariamente vecindad civil vizcaína y estos derechos y deberes no se extinguieron por la pérdida de dicha vecindad.

RESUMEN

VECINDAD CIVIL DEL CAUSANTE
PAÍS VASCO

Aunque la ley aplicable a la sucesión sea la de la vecindad civil del causante, en este caso de derecho común, los bienes inmuebles que están en territorio aforado no pierden su naturaleza jurídica ni la cambian, continúan siendo troncales y por ello están obligados a seguir la trayectoria que para ellos tiene la ley del País Vasco. La troncalidad constituye una limitación al derecho aplicable a la sucesión. El hecho de perder la vecindad civil vizcaína no conlleva restricción alguna en los derechos y deberes de cualquier naturaleza derivados de la troncalidad.

ABSTRACT

LEGAL RESIDENCE
OF THE DECEASED
PAÍS VASCO

Although the legislation applicable to succession is the legislation for the deceased's legal residence, in this case of common law, the legal nature of real property lying in territory having special laws under the historic territorial privileges called fueros is neither lost nor changed. Such real property continues to be stem-family property and therefore must follow the trajectory set for such property by País Vasco law. Stem-family property ownership constitutes a limitation on the legislation applicable to succession. The fact of having lost one's legal residence in Vizcaya does not entail any restriction whatsoever of rights and duties of any nature stemming from stem-family property ownership.

1.2. Familia

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA OBLIGACIÓN LEGAL
DE ALIMENTOS ENTRE PARIENTES

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
*Profesora Contratada Doctora
Derecho Civil UCM*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. FUNDAMENTO.—III. NATURALEZA Y CARACTERES.—IV. PRESUPUESTOS Y NACIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS.—V. RÉGIMEN JURÍDICO: 5.1. ELEMENTOS PERSONALES. SUJETOS DE LA OBLIGACIÓN. 5.2. ELEMENTOS REALES DE LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS. EL OBJETO DE LA PRESTACIÓN.—VI. CUMPLIMIENTO

DE LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS. MODALIDADES DE LA PRESTACIÓN.—VII. EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El parentesco es la relación que existe entre dos personas por descender la una de la otra o tener un ascendiente común (consanguinidad), o por ser la una consanguínea del cónyuge de la otra (afinidad —arts. 682 y 745 del Código Civil—). El parentesco, a su vez, puede ser de sangre, matrimonial y extramatrimonial, y, asimismo de vínculo doble o de vínculo sencillo, según sea por parte del padre y de la madre o de uno sólo de ellos, o por adopción (art. 108 del Código Civil).

Del parentesco nace, dentro de ciertos límites y concurriendo determinadas circunstancias, un deber legal de alimentos. Así cuando el individuo no sea capaz de autofinanciarse con sus propios medios y satisfacer sus necesidades más elementales como persona, la ayuda y solidaridad familiar representa una garantía para su subsistencia.

Ahora bien, los cambios sociales y políticos que constituyen a España en un estado social y democrático de derecho (art. 1.1 de la Constitución Española), en un Estado del bienestar, donde los poderes públicos asumen el deber de «*promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas*» (art. 9.2), y resultan vinculados por los «principios rectores de la política social y económica» (Capítulo III) entre los que se encuentran: asegurar la protección de la familia en general y de los hijos y las madres en particular (art. 39); garantizar la asistencia y las prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad a través del mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos (art. 41); organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios (art. 43.2); atender de forma especializada a los disminuidos a través de una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración (art. 49); y garantizar la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad por medio de pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas (art. 50); sin olvidar la obligación de los poderes públicos de garantizar el derecho a la enseñanza básica obligatoria y gratuita reconocida en el artículo 27.4, como uno de los derechos fundamentales de la Sección 1.^a del Capítulo II, han supuesto una cierta mutación del papel tradicional de la familia en el sostenimiento y satisfacción de las necesidades básicas de sus miembros, al ser compartido en parte con la prestación asistencial que, desde el propio Estado se asume a través de prestaciones sociales públicas (sistema público de pensiones), con una asistencia médico-sanitaria integrada en el sistema público de Seguridad Social cuya atención es gratuita y universal, y con un sistema educativo de enseñanza pública. La solidaridad familiar y la solidaridad social coexisten y se complementan, en la tarea común de atender a las necesidades esenciales de los miembros que componen el grupo familiar, en una suerte de cooperación mixta institucional pública y privada (1). De forma que, ante la insufi-

(1) En este mismo sentido, LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, T. VI, *Derecho de Familia*, 7.^a ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2008, pág. 350, quien, asimismo, precisa que pese a que «en la actualidad algunos autores afirman que la

ciencia de las prestaciones públicas que disminuyen el estado de necesidad, pero no lo suprimen totalmente, resulta exigible la deuda alimenticia a los parientes, como prestaciones familiares de obligado cumplimiento, que se encaminan, igual que aquéllas a un objetivo común, la superación de la necesidad.

Por otra parte, tal interacción exige una reinterpretación de la regulación relativa a los alimentos entre parientes contenida en el Título VI, Libro I, bajo la rúbrica «De los alimentos entre parientes, en los artículos 142 a 153 —modificada en parte por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, y por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero— adaptándola a esta nueva realidad social, política y económica (art. 3.1 del Código Civil).

En todo caso, la obligación de alimentos entre parientes impuesta y regulada en este Título VI del Código Civil tiene una base estrictamente familiar, derivada directamente de la relación conyugal o parental que une a los sujetos que vincula. Así, desde la propia Ley se sustancia la exigencia de una prestación de alimentos, imponiendo un deber correlativo a un derecho a prestar; todo ello, sobre la base de la existencia de una necesidad del acreedor y de una posibilidad económica del deudor, y de una relación de parentesco entre el pariente necesitado en calidad de alimentista y, de aquél que con patrimonio suficiente para hacer frente a esa necesidad, asume como alimentante una deuda.

En este contexto, la prestación alimenticia familiar se configura como una relación jurídica obligatoria entre dos sujetos unidos por vínculos conyugales o de parentesco, que tiene por objeto la prestación por el deudor de los medios precisos para proveer las necesidades del acreedor. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ define la obligación alimenticia como «aquella relación jurídica que une a dos partes en virtud de la cual una de ellas debe prestarle a la otra lo necesario para su subsistencia» (2). Una definición en la que no sólo se engloba la obligación alimenticia típica de «alimentos entre parientes», que es en la que vamos a centrar nuestro estudio, sino también cualquier otra obligación de carácter alimenticio. Los alimentos se dividen en dos grandes categorías: alimentos legales y alimentos voluntarios. Los primeros, son aquellos que nacen por imperativo legal y surgen cuando el supuesto de hecho que determina la relación tiene lugar, y ello con independencia de la voluntad de los sujetos a los que vinculan. Así, los que son consecuencia directa del matrimonio, y se refiere el artículo 68 del Código Civil, cuando impone a los cónyuges el

obligación civil de alimentos debe considerarse subsidiaria respecto de la política asistencial de carácter público, no parece razonable que quien no solicita la pensión (por desempleo o por jubilación o no contributiva) a que tenga derecho, pretenda vivir a costa de sus familiares». Siendo ello cierto, es evidente, añade que «en rigor, la asistencia mutua y recíproca entre los cónyuges y los parientes en línea recta no representa un segundo escalón de asistencia en la organización social actual, sino precisamente al revés». Sin embargo, RIBOT IGUALADA, J., *Alimentos entre parientes y subsidiariedad de la protección social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 74-83 y 100-101, habla de la subsidiariedad de la protección social.

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 24 de septiembre de 2008 (RJ 2008/5658) manifiesta la compatibilidad entre las prestaciones sociales de viudedad y de orfandad con la obligación de alimentos.

(2) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., *La obligación de alimentos entre parientes*, La Ley, Madrid, 2002, pág. 33. En el mismo sentido, CASTÁN TOBEÑAS, J. M.^a, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. V, *Derecho de Familia*, vol. II, 10.^a ed. revisada y puesta al día por Gabriel GARCÍA CANTERO y José María CASTÁN VÁZQUEZ, Reus, Madrid, 1995, págs. 447-448.

deber de socorrerse mutuamente, obligando a cada uno de ellos a atender a las necesidades materiales del otro. Mientras se mantiene la convivencia, tal deber se materializa en el levantamiento de las cargas del matrimonio asumida de forma conjunta y a través de las respectivas aportaciones (art. 1.318 del Código Civil), sin que tal obligación de alimentos entre los cónyuges se configure, por tanto, como una obligación autónoma e independiente. Una vez que la convivencia se rompe, es cuando opera la obligación de alimentos entre parientes como obligación independiente; de forma que, en las situaciones de crisis matrimonial, y mientras se mantenga el vínculo matrimonial, el deber de socorro se transforma en una estricta obligación de alimentos (3). Del mismo modo, la satisfacción de las necesidades de los hijos menores de edad se sustancia en el deber general de los padres de mantener a sus hijos, y, por ende, de alimentarlos, derivado de la relación paterno-filial (art. 154 del Código Civil), y reconocido en el artículo 39.3 de nuestra Constitución (4). Un deber que, conviene precisar, no está vinculado a la patria potestad, si no deriva de la relación de filiación (matrimonial o no, y adoptiva), pues, son, igualmente, exigibles, aunque los padres no ostenten la patria potestad (arts. 110 y 111 del Código Civil). Cuando la patria potestad se extingue, con la emancipación o la mayoría de edad de los hijos, el estado de necesidad en que puedan incurrir éstos, se deriva para su cobertura a la obligación legal de alimentos entre parientes, en su condición de descendientes (art. 143 del Código Civil) de quienes hasta ahora han ostentado la patria potestad. De todas formas, estas obligaciones legales de base estrictamente familiar, integradas en los deberes conyugales y deberes paterno-filiales, constituyen un modo de financiación de las necesidades en general de los miembros del grupo familiar, previo a las estrictamente alimenticias, y de diferente régimen y configuración, como son las obligaciones de alimentos entre parientes. Aunque, tales obligaciones conyugales o paterno-filiales tienen una regulación específica, en lo no previsto en la misma, se aplica subsidiariamente el régimen general de alimentos entre parientes, como se deduce del artículo 153 del Código Civil que predica esta subsidiariedad respecto a «lo dispuesto por la

(3) Como señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de junio de 1988 (*RJ* 1988/5138), una cosa son las cargas del matrimonio y otra los alimentos, pues, entre uno y otro deben existir importantes diferencias.

(4) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 1993 (*RJ* 1993/7464); las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, de 20 de junio de 1995 (*AC* 1995/1267); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 1.ª, de 4 de septiembre de 1996 (*AC* 1996/1669); de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3.ª, de 20 de febrero de 1997 (*AC* 1997/390); de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 6.ª, de 16 de enero de 1998 (*AC* 1998/2990); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 14 de abril de 1998 (*AC* 1998/821); de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1.ª, de 2 de octubre de 1998 (*AC* 1998/8080); de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, de 25 de enero de 1999 (*AC* 1999/3019); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10.ª, de 8 de febrero de 1999 (*AC* 1999/8986); de la Audiencia Provincial de Lleida, Sección 1.ª, de 18 de marzo de 1999 (*AC* 1999/7698); de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1.ª, de 13 de enero de 2000 (*AC* 2000/3662); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 27 de diciembre de 2000 (*JUR* 2001/112839); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 29 de diciembre de 2000 (*JUR* 2001/113126); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5.ª, de 16 de abril de 2002 (*JUR* 2002/176802); de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 3.ª, de 12 de octubre de 2002 (*JUR* 2002/284022); y de la Audiencia Provincial del Navarra, Sección 2.ª, de 28 de junio de 2004 (*AC* 2004/1852).

ley para el caso especial de que se trate» (5). Por otra parte, esta obligación de alimentos entre parientes tiene, asimismo, una importante relación con los alimentos a los que se refieren los artículos 90 y 93 del Código Civil.

Además de las obligaciones legales de base familiar, la Ley prevé otros supuestos de deudas alimenticias derivadas de situaciones y relaciones diferentes como: las que se derivan del ejercicio de la tutela, pues, entre los deberes de carácter personal y como concreción del deber genérico de velar por el tutelado, se impone en el artículo 269 del Código Civil al tutor el de «procurarle alimentos»; la que tienen lugar como consecuencia del acogimiento del menor, ya que, éste produce la plena participación del menor en la familia, e impone al acogedor, una serie de deberes, similares a los derivados de la patria potestad, entre los que se encuentra el deber de prestar alimentos «la asunción de gastos de manutención, educación y asistencia sanitaria» (art. 173.2 del Código Civil); la que corresponde al donatario, defendida por una buena parte de la doctrina, que en virtud del artículo 648.3 del Código Civil, permite al donante revocar la donación por causa de ingratitud «si el donatario le niega indebidamente alimentos» (6); aunque para otros no consagra una obligación de alimentos al donante, sino simplemente posibilita la revocación de la donación, cuando el donatario, ya obligado conforme al artículo 143 del Código Civil, deniega indebidamente alimentos al donante necesitado (7).

Respecto de los alimentos voluntarios, donde la autonomía de la voluntad como fuente de obligaciones despliega todos sus efectos (arts. 1.089 y 1.255 del Código Civil), tienen su origen en un negocio jurídico *inter vivos*, en el que las partes se vinculan voluntariamente a una relación obligatoria alimenticia (contrato de alimentos —arts. 1.791 a 1.797 del Código Civil—; contrato de renta vitalicia —arts. 1.802 a 1.808 del Código Civil—) (8), o *mortis causa*, en

(5) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14.ª, de 21 de julio de 2004 (AC 2004/1839). De forma expresa, el artículo 237-2.2 del Código Civil de Cataluña (Libro II del Código Civil de Cataluña relativo a la persona y familia ha sido definitivamente aprobado el 14 de julio de 2010) dispone que: «*los deberes de asistencia entre cónyuges y entre los progenitores y sus hijos, son regulados por las disposiciones específicas y, subsidiariamente, por las establecidas por este capítulo*»; y el artículo 237-14 del citado cuerpo legal, asimismo, señala que: «*las normas establecidas en este capítulo se aplican subsidiariamente a los alimentos ordenados en testamento o en codicilo...*».

(6) DÍAZ-ALABART, S., «Comentario al artículo 648 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. VIII, vol. 2.º, dirigidas por Manuel ALBALADEJO, Edersa, Madrid, 1986, pág. 452; FUENMAYOR CHAPÍN, A. DE, «La deuda alimenticia del donatario», en *Revista de Derecho Privado*, 1942, págs. 154-155.

(7) CORBACHO GÓMEZ, J. A., *La deuda alimenticia*, Montecorvo, Madrid 1991, pág. 94; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 53.

(8) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 17.ª, de 11 de noviembre de 2002 (JUR 2003/100293). Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 11 de febrero de 1992 (AC 1992/348), distingue la obligación legal de alimentos entre parientes del contrato de renta vitalicia. Así señala en su *Fundamento de Derecho* 3.º que: «...la *ratio* última de la deuda alimenticia entre parientes es distinta y discurre por diferentes derroteros a la que imprime carácter al contrato de renta vitalicia. Bastaría para convencerse de lo inoportuno e inajustado de dicha aplicación analógica pensar en que, sin motivo o razón, de no darse relación de parentesco entre los contratantes en la renta vitalicia no sería posible entonces la extinción del contrato en caso de reducirse considerablemente la fortuna del obligado a pagar la renta. De todas formas, lo importante a estos efectos es que no pueden considerarse análogos la recíproca obligación legal de darse alimentos los parientes, que no requie-

que a través de una disposición testamentaria de un tercero ajeno a la relación se ordena la constitución de la misma (legado de alimentos —art. 879 del Código Civil—) (9). De la voluntad de las partes implicadas en la relación jurídica, como, incluso de la intervención de un tercero, puede surgir una obligación de carácter alimenticio.

De forma que, centrándonos en la obligación de alimentos entre parientes como tal relación jurídica obligatoria ha de seguirse para su análisis el esquema clásico atribuible a las mismas, de concepto, fundamento, presupuestos, caracteres, elementos personales, reales y formales, cumplimiento y extinción. Se deja fuera de este estudio el resto de las obligaciones alimenticias, integrados en un conjunto más amplio de derechos y deberes derivados de la relación conyugal y paterno-filial, que, aunque comparten una idéntica finalidad asistencial, difieren de la obligación de alimentos entre parientes en cuanto a su régimen jurídico.

Esta obligación se configura como una auténtica institución con un régimen jurídico propio y de naturaleza eminentemente legal. Un régimen jurídico que se regula exhaustivamente en el ya mencionado Título VI, desde el momento en que es exigible (art. 148), hasta su extinción (arts. 150 y 152), sin perjuicio de determinar los sujetos vinculados (art. 143), el orden de preferencia (art. 144), y, en su caso, la distribución del pago entre varios sujetos (art. 145); como el objeto de la obligación expresando su contenido (art. 142), y cuantía (arts. 146 y 147); y los caracteres derivados su especial naturaleza y finalidad (art. 151).

Como tal obligación asentada esencialmente en la finalidad asistencial de los alimentos y el vínculo de solidaridad familiar que une a los sujetos, se puede definir como «la relación jurídica obligatoria entre dos sujetos unidos por vínculos conyugales o de parentesco, en virtud de la cual, uno de ellos, en estado de necesidad (alimentista), tiene derecho a exigir del otro, con posibilidad de proveer (alimentante), los medios que precisa para su subsistencia» (10).

re prestación alguna por parte del alimentista, y el contrato aleatorio de renta vitalicia que obliga al deudor al pago de una pensión por la transferencia del dominio de determinados bienes».

(9) SERRANO GARCÍA, E., *Los legados de educación y de alimentos en el Código Civil*, Tecnos, Madrid, 1994, pág. 60, lo define como «aquel que tiene por objeto la creación de una obligación de alimentos voluntarios a favor del legatario y a cargo de los bienes de la herencia, obligación que permite al beneficiario reclamar del gravado alimentos en la cuantía y durante el tiempo previsto en el testamento o, en su defecto, en la ley».

(10) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 60; PADIAL ALBÁS, A., *La obligación de alimentos entre parientes*, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 69, señala que: «el concepto de alimentos, como medio a través del cual se realiza el principio de asistencia, es esencialmente objetivo y, se integra por un conjunto de prestaciones que comprenden no sólo las necesidades de la vida física, la comida, vestido, hogar, higiene, medicina, es decir, cuanto sirve para procurar la normalidad fisiológica de la vida humana, sino también, todas aquellas necesidades de orden espiritual, la instrucción y educación, imprescindibles, asimismo, para el desarrollo ético e intelectual de la persona». La sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 11 de febrero de 1999 (*JUR* 1999/87478) dispone que: «la institución denominada por el Código Civil “de alimentos entre parientes” se considera como un crédito a exigir y una deuda a satisfacer por fundamentales razones de interés familiar y social que participen de las notas de solidaridad, irrenunciabilidad, intransmisibilidad y no compensación. Tal obligación alimenticia se ha de entender como un deber impuesto a una o varias personas de asegurar la subsistencia de otras, y requiere para su

Aunque lo habitual sea hablar de obligación legal de alimentos, aludiendo al lado pasivo (los obligados a ella), su sentido e importancia deriva más bien de su lado activo (el del titular del derecho, cuya necesidad es la que justifica la existencia de la obligación, y cuya subsistencia es el bien que tal obligación protege), es decir, en cuanto derecho (11); si bien, a ambos lados, activo y pasivo de la estructura obligacional que representa la obligación legal de alimentos haremos referencia en el presente estudio; no obstante, aludamos, por la propia terminología con que se define esta institución, a su lado pasivo.

De todas formas, como señala DELGADO ECHEVARRÍA conviene advertir que, con la obligación legal de alimentos, se puede estar hablando de hasta tres cosas distintas, que se refieren a las diversas fases de eficacia de esta obligación: 1. En primer lugar, la que corresponde con el derecho eventual que tiene cualquier persona a recibir alimentos de sus familiares, para el caso de que llegue a precisarlos, basada en el parentesco en cierto grado. Un derecho (y obligación) meramente eventual, más cercano a una expectativa que a un verdadero derecho, aunque dotado de la firmeza, que le da su consagración legal; 2. La posibilidad de exigir una prestación, una vez que concurre la necesidad y posibilidad. Se corresponde con el derecho actual de solicitar la prestación alimenticia; y, 3. Por último, a cada una de las pensiones ya vencidas (obligaciones de naturaleza pecuniaria) (12).

II. FUNDAMENTO

La conservación y el desarrollo de la vida se presentan como el fin último de la obligación, así como su razón de ser. Es, por ello, que no han faltado en la doctrina quienes considera como auténtico fundamento de la obligación, el derecho a la vida del que se halla necesitado, configurado como un derecho de la personalidad (art. 10 de la Constitución Española); si bien, no entendido como un derecho a la simple supervivencia o conservación biológica de la persona, sino como un derecho a disfrutar de la vida en unas condiciones físicas y psíquicas adecuadas a su dignidad, a los derechos inviolables que le son inherentes y al libre desarrollo de la personalidad (13). Se tiende, como

viabilidad la concurrencia de determinados requisitos, correctamente recogidos y expuesto en la sentencia apelada: situación o estado de necesidad, relación de parentesco y capacidad económica de la persona obligada a su prestación». Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de febrero de 2000 (*RJ* 2000/1169), la deuda alimentaria puede definirse como «la que afecta a una persona, llamada alimentante, que resulta obligada a prestar a otra, llamada asimismo alimentista, lo indispensable para cubrir todas sus necesidades perentorias, o dicho con palabras legales, las necesidades mínimas para subsistir» (*Fundamento de Derecho* 1.º); y la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de junio de 2004 (*RJ* 2004/4417).

(11) MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDÁZ, C., «La obligación legal de alimentos», en *Curso de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia*, 2.ª ed., Colex, Madrid, 2008, pág. 40.

(12) DELGADO ECHEVARRÍA, J., «Comentario al artículo 142 del Código Civil», en *Comentarios del Código Civil*, T. I, dirigidos por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Rodrigo Bercof, Luis Díez-Picazo y Ponce de León, y Pablo Salvador Cordech, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, pág. 523.

(13) 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. 49; Beltrán de Heredia y Onís, P., «Comentarios a los artículos 142 a 153 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, T. III, vol. 2.º, dirigidos por Manuel Albaladejo, Edersa,

señala BELTRÁN DE HEREDIA, a la tutela de un interés privado e individual; del interés del sujeto activo de la relación a través de la obligación alimenticia (14). Frente a esta teoría del interés privado, se ha intentado justificar ésta en la existencia de un *officium publicum*, de un deber general jurídico del Estado de cuidar que cada uno de los ciudadanos esté provisto de los medios indispensables para la satisfacción de sus necesidades. El fundamento se orienta a la defensa de la vida del sujeto de la relación, si bien, no como un interés privado, sino como un interés superior del Estado y de la sociedad por la vida de sus miembros (15). Finalmente, elaborada por CICU, considera como interés que debe ser tutelado, el interés superior de la familia (16).

Si bien, ninguna de las teorías expuestas resultan excluyentes entre sí, pues, la protección de un interés individual de cada uno de los miembros del grupo familiar implica, asimismo, la protección del interés familiar derivado de la exigencia que todos sus miembros tengan cubiertas sus necesidades. Asimismo, la institución de alimentos no cumple únicamente una finalidad meramente privada, o familiar, sino también una trascendental función social, al tener los alimentos un importante carácter de orden público que, condiciona en cierta forma su régimen jurídico. La importancia del derecho que se tutela —el derecho a la vida del necesitado— hace que el interés protegido por el grupo familiar trascienda de lo meramente privado a un interés también social y público digno de protección. El hecho que en el seno familiar se atiendan las necesidades de los miembros que lo componen, supone también la satisfacción de un interés público en cuanto interés general de todos los miembros, que forman parte de la sociedad en general.

Ahora bien, también desde la propia doctrina y, jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha considerado que la obligación de alimentos responde a un deber moral y legal de prestar los alimentos, que recae sobre el deudor de los mismos. Se trata de una obligación de marcado carácter ético, en la que la propia conciencia del individuo y no sólo la posibilidad de sanción, determina la exigencia de su cumplimiento (17). Si bien, como acertadamente manifiesta

Madrid, 1982, pág. 22; DE CUPIS, A., «La persona humana en el Derecho Privado», en *Revista de Derecho Privado*, 1957, pág. 867; PADIAL ALBÁS, A., «La obligación de alimentos entre parientes», *op. cit.*, págs. 126-127, señala que «la obligación de alimentos tiene un único fin social, salvaguardar el derecho a la vida de la persona necesitada. No obstante, la finalidad ética y social a la que atienden los alimentos entre parientes no merma el carácter legal de la obligación de prestarlos, por el contrario, se trata de una obligación legal que se enmarca en el ámbito del Derecho de Familia, y como tal goza de un marcado carácter de interés público». Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de febrero de 2000 (La Ley 2000/5702).

(14) BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., *La obligación legal de alimentos entre parientes*, Universidad de Salamanca 1958, pág. 33; 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. 22; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 72.

(15) Lóos, «Recht Auf Unterhalt», *Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung*, 1932, pág. 266.

(16) CICU, A., *El Derecho de Familia*, traducción al español por Santiago de Sentís Melendo, Buenos Aires, 1947, pág. 146.

(17) ALONSO PÉREZ, M., «Los alimentos debidos a la viuda encinta», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1969, pág. 393. Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de abril de 1991 (RJ 1991/2685); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana, de 28 de junio de 1995 (AC 1995/1613).

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, la existencia de una obligación moral no garantiza, por sí misma que todas aquellas personas carentes de recursos encuentran en sus semejantes la ayuda que precisan para vivir y, ello fundamentalmente por dos razones: «por un lado, aun estando ese sentimiento de ayuda y solidaridad en la conciencia de los hombres también lo está el egoísmo, la codicia, la ambición, la búsqueda de un mayor nivel de vida, la tendencia a acaparar para uno lo más posible aún en detrimento de los demás..., aspectos que impiden que aflore y se manifieste ese instinto de ayuda. También y en términos no tan radicales, pero no menos peligrosos, la disposición a ignorar las necesidades ajenas, a alejar de la conciencia el deber de hacerles frente, apelando a la responsabilidad de otras personas e instituciones..., en definitiva, la tendencia a dar la espalda a una situación que reclama colaboración, puede dar lugar a que la mencionada solidaridad no se manifieste con la misma intensidad en todas las personas y todas las situaciones y sea insuficiente para eliminar la situación de necesidad que sufre un buen número de personas; y, por otro lado, se trata de un deber moral que, como tal, el «obligado» tiene libertad para reconocerlo y aceptarlo, y, desde luego, para cumplirlo. Estamos ante un deber que carece de fuerza coactiva para imponerse, su cumplimiento depende de la voluntad del obligado, y sobre esta voluntad inciden demasiados factores que la condicionan haciendo que, a menudo, decline tal cumplimiento» (18).

Finalmente, junto al interés tutelado de la vida del necesitado, entendido como fundamento mediato de los alimentos, se ha considerado que la solidaridad familiar constituye su fundamento inmediato, no como un deber de todos frente a todos, sino como una concreta obligación recíproca entre personas que pertenecen a un mismo grupo familiar, a los que la solidaridad impone socorrerse mutuamente ante la urgente necesidad (19).

(18) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 79.

(19) PIÑAR LÓPEZ, B., «La prestación alimenticia en nuestro Derecho Civil», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1955, pág. 26; RIBOT IGUALADA, J., «El fundamento de la obligación legal de alimentos entre parientes», en *Anuario de Derecho Civil*, T. LI, Fascículo III, julio-septiembre de 1998, págs. 1128-1129, que se refiere a la solidaridad familiar para significar que ese valor moral de la solidaridad posee con relación al grupo familiar una mayor intensidad que se reflejaría en el tipo de prestaciones exigidas (v.gr., proporcionar los medios para subsistir), y en su duración (esto es, por tiempo, en principio, indefinido). En efecto, la solidaridad puede definirse en palabras del autor: «como la conciencia compartida de derechos y obligaciones, que surgiría de la existencia de necesidades comunes y de similitudes basadas en el reconocimiento de la identidad entre todas las personas. De ella se deriva la posibilidad de justificar la imposición de deberes morales positivos. Su aplicación concreta requiere, sin embargo, la determinación del grupo constitutivo de esa identidad, pues el ideal se refiere como principio a toda la humanidad. Es decir, de quiénes se puede esperar que sean recíprocamente solidarios»; asimismo, para el autor encuentra su anclaje constitucional tanto en el valor constitucional de la solidaridad, como en el principio de protección social, económica y jurídica de la familia, consagrado en el artículo 39 de la Constitución. La legitimidad constitucional de las desventajas que comporta forma parte de una familia son el contrapunto de la protección que nuestro sistema jurídico otorga por principio a la familia. Ciertamente, respaldar jurídicamente los deberes éticos de solidaridad que derivan de las relaciones familiares más cercana, es una forma de reconocer y proteger a la familia, como grupo social básico desde el punto de vista de sus funciones (págs. 1131-1135); LASARTE ÁLVAREZ, C., «Principios de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 349; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «La obligación legal de alimentos», *op. cit.*, pág. 40. Vid.,

III. NATURALEZA Y CARACTERES

Por lo que respecta a la naturaleza de la obligación de alimentos, actualmente hay acuerdo doctrinal unánime en entender que estamos ante una obligación cuya finalidad es personal (la satisfacción de las necesidades vitales del alimentista), y cuyo contenido es patrimonial (tiene un valor económico fácilmente apreciable). Entre ambos aspectos, sin duda el más relevante es el personal, que es el que explica la misma existencia de la figura, y el que determina sus rasgos más característicos (20).

Asimismo, la obligación legal de alimentos está ligada, por un lado, a la subsistencia del titular del derecho, y por otro, a los vínculos familiares que existen entre éste y el obligado u obligados, vínculos que son los que justifican la existencia de la obligación, y respecto de los que derivan los caracteres que habitualmente se predicán de este derecho como son la reciprocidad, el carácter personalísimo o *intuitu personae*, la imprescriptibilidad, relatividad, variabilidad, no solidaridad (21). Partiendo, asimismo, del hecho que la obligación de alimentos entre parientes es esencialmente una obligación legal, impuesta y regulada por la Ley con independencia de los sujetos vinculados. Una relación jurídica que une a alimentista y alimentante, cuando concurre el supuesto de hecho legalmente tipificado para el nacimiento de la obligación como es la relación de parentesco (art. 143 del Código Civil), necesidad del alimentista (arts. 146 y 148) y posibilidad económica del alimentante (art. 146), con independencia de la voluntad de las partes (22); sin margen al juego de la autonomía de la voluntad, salvo el previsto en el artículo 149 del Código Civil.

asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de marzo de 2001 (*RJ* 2001/2562); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.ª, de 2 de octubre de 2002 (*JUR* 2002/274110).

(20) MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDÁZ, C., «La obligación legal de alimentos», *op. cit.*, pág. 41; LASARTE ÁLVAREZ, C., «Principios de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 350; DELGADO ECHEVARRÍA, J., «Comentario al artículo 142 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 523; BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 29; del mismo autor: «Comentarios a los artículos 142 a 153 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 15; DIEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 49; QUICIOS MOLINA, S., «Comentario al artículo 142 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coordinador: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 3.ª, ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2009, pág. 277. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de octubre de 1982 (*RJ* 1982/5550).

(21) MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDÁZ, C., «La obligación legal de alimentos», *op. cit.*, págs. 41-43; LASARTE ÁLVAREZ, C., «Principios de Derecho Civil», *op. cit.*, págs. 350-351; DIEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil», *op. cit.*, págs. 49-50; LACRUZ BERDEJO, J. L., et al., «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, págs. 23-24; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil*, T. IV, *Derecho de Familia*, 10.ª ed., Dijusa, Madrid, 2005, pág. 29; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, págs. 145-210. Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de marzo de 1967 (*RJ* 1967/1239).

El artículo 237-12.1 del Código Civil catalán establece como características de este derecho que es «irrenunciable, intransmisible e inembargable, y no puede ser compensado el crédito que, si procede, el obligado a prestarlo pueda tener respecto de la persona alimentada».

(22) Como señala BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., «Comentario a los artículos 142 a 153 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 15, se trata de una obligación, no sólo regulada por la Ley, sino, además, impuesta y determinada subjetiva y objetivamente por aquélla.

1. La reciprocidad. Se refiere a esta nota expresamente el artículo 143, al enumerar los sujetos que «están obligados recíprocamente a darse alimentos». No se trata de la reciprocidad entre las obligaciones sinalagmáticas en el sentido del artículo 1.124 del Código Civil en cuanto que, como se establece en dicho precepto, ambas partes, en virtud de la relación, resultan obligadas y son también titulares de los correspondientes derechos de crédito (23). Hay una pluralidad de vínculos en la que las partes de la relación jurídica son recíprocamente acreedores y deudoras de una prestación diferente y cada una se obliga respecto de la otra.

La reciprocidad en la obligación de alimentos se fundamenta en la existencia de una relación familiar, en el que el derecho y la obligación corresponden recíprocamente a los implicados en esa relación, en caso de necesitarlos. De forma que, ni ambas partes son acreedoras y deudoras simultáneamente; ni la obligación de una de las partes tiene su origen en la que contrae la otra a su favor. Sobre cada una de las partes de la relación alimenticia no puede recaer, al mismo tiempo, un deber y un derecho de alimentos; así, cuando nace el derecho a prestarlos ante la necesidad acreditada del pariente —acreedor de los mismos—, esto no supone que, al mismo tiempo esté obligado a prestarlos (24). De igual manera, quien ocupa la posición de deudor tampoco puede tener simultáneamente a su obligación un derecho a exigirlos (25). Así, el padre debe alimentos a sus hijos en el caso que éstos los necesiten, del mismo modo que los hijos deben alimentos al padre, en caso de que sea éste quien los precise. Si el padre necesita los alimentos, los hijos están obligados a prestárselos, pero no existe ninguna obligación actual correlativa a cargo del padre. Por tanto, la nota de reciprocidad se funda en ser recíproco el parentesco, esto es, los vínculos familiares en los que se basan los alimentos. De ahí que debamos entenderla exclusivamente referida a esta relación básica de parentesco, al vínculo u obligación potencial de alimentos, y no naturalmente a la obligación ya nacida, pues, carece de sentido y de lógica entender que quien no tiene lo suficiente para vivir, y, por ello, es acreedor de alimentos frente a otra persona a quien le une una relación de parentesco, resulte a su vez deudor de alimentos frente a ella (26). En cualquier caso, la reciprocidad supone asumir el papel de acreedor y deudor en función de las necesidades y de los medios de los que disponen, quienes están unidos por un vínculo de parentesco. Quien en un determinado momento puede ser acreedor de alimentos ante su precaria situación, puede que en otro, invierta su papel y, ante una mejora en su situación económica se convierta en deudor de quien en su momento había ocupado dicho papel, o de otro pariente necesitado de alimentos.

Esta reciprocidad puede, no obstante, desaparecer, y convertir la relación jurídica de alimentos en unilateral, cuando tiene lugar alguno de los siguientes supuestos: 1. Cuando siendo hermanos acreedor y deudor, la necesidad del primero se debe a una causa que le sea imputable (art. 143.2 del Código Civil); 2. Cuando el acreedor sea descendiente del deudor y la necesidad de aquél pro-

(23) En este mismo sentido, BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., «Comentario a los artículos 142 a 153 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 16.

(24) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, págs. 149-150.

(25) DELGADO ECHEVARRÍA, J., «Comentario al artículo 143 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 24.

(26) DELGADO ECHEVARRÍA, J., «Comentario al artículo 143 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 24.

venga de su mala conducta o falta de aplicación en el trabajo. Esta circunstancia es causa de extinción de la obligación (art. 152.5 del Código Civil), perdiendo el necesitado su derecho de alimentos, aunque, igual que el caso anterior, no se libera de su potencial obligación; 3. Cuando el acreedor, sea o no heredero forzoso, haya cometido alguna falta de las que dan lugar a desheredación (art. 2.4 del Código Civil), que le hace perder su derecho a reclamar alimentos frente a quien la ha cometido, pero no su deber respecto de él (27). A estos supuestos, MARTÍNEZ RODRÍGUEZ añade los siguientes: «1. Si la obligación surge entre padre e hijo y aquél ha sido excluido de la patria potestad puesto que, conforme el artículo 111 del Código Civil, sigue conservando la obligación de prestarle alimentos, pero pierde el derecho a reclamárselos en caso de necesidad; aunque tal exclusión opera mientras el hijo es menor de edad no emancipado, una vez alcanzada la mayoría de edad estas restricciones continúan; 2. Del mismo modo ha de entenderse que no sólo la exclusión sino también la privación de la patria potestad por las causas contempladas en el artículo 170 del Código Civil, puede transformar la obligación recíproca en unilateral. El padre que ha perdido la patria potestad continúa obligado a prestar alimentos al hijo, pero carece de facultad para reclamarlos, pues esta pérdida de la patria potestad constituye, conforme el artículo 854.1 del Código Civil, “una de las justas causas para desheredar a los padres y ascendientes; y, por tanto, uno de los motivos de extinción de la obligación de alimentos conforme al artículo 152.4 del Código Civil”» (28).

2. Carácter personalísimo o *intuitu personae*. Es evidente la naturaleza esencialmente personal tanto de la obligación de proporcionar los alimentos como el correlativo derecho a reclamarlos (29). Tanto el lado activo como pasivo de la obligación son inherentes a la persona del deudor y del acreedor respectivamente, al ser sus particulares circunstancias personales y no otras, las que determinan la existencia de la relación obligatoria (30). Efectivamente, la obligación está ligada a la persona del acreedor y a la del deudor alimentario. De forma que, el derecho a recibir alimentos corresponde a una determinada persona en atención a su vínculo familiar y su personal necesidad; al igual que, el deber de prestarlos se impone al deudor en razón de su condición de pariente y de su concreta situación económica; de ahí que, se señale que, tanto el derecho como el deber están indisolublemente conexos a la persona de su titular y obligado respectivamente. En este sentido, se entiende en la doctrina que el carácter personal de los alimentos se deriva fundamentalmente de los siguientes aspectos: «1. Es personal el vínculo familiar entre deudor y acreedor en el que se basa la obligación. El crédito y la deuda son inseparables de la persona porque se basan en una determinada cualidad que no es transmisible, como es la cualidad de parientes. Así, los alimentos, al surgir en razón de la posición del deudor y del acreedor en el grupo familiar, están vinculados a sus respectivas per-

(27) DELGADO ECHEVARRÍA, J., «Comentario al artículo 143 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 24.

(28) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 153; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS, C., «La obligación legal de alimentos», *op. cit.*, pág. 42.

(29) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.ª, de 18 de mayo de 2006 (*JUR* 2006/158372).

(30) BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 26; PUIG PEÑA, F., «Voz: Alimentos», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. II, Seix, Barcelona, 1950, pág. 582; CORBACHO GÓMEZ, J. A., «La deuda alimenticia», *op. cit.*, pág. 26.

sonas y sólo respecto de ellas nace y subsiste la relación; 2. La obligación y derecho de alimentos son personales en cuanto dependen de la concreta situación personal del deudor y el acreedor, pues, únicamente surgen en atención a las posibilidades económicas del primero y las necesidades del segundo; 3. Esa naturaleza personal se deriva también del fin de la institución, pues, sin perjuicio del interés público que tutelan, los alimentos tienden, sobre todo, a una finalidad claramente personal: la satisfacción de las necesidades del acreedor y la conservación de su propia vida y el libre desarrollo de la personalidad» (31).

No obstante, este carácter personalísimo se ve matizado en los casos en los que quien reclama los alimentos al obligado es el tercero que los ha prestado sin conocimiento del deudor en los términos del artículo 1894.1 del Código Civil. Esto tiene particular relevancia cuando se trata de prestaciones sociales cuya reglamentación establezca la posibilidad de obtener el reembolso total o parcial de dichas prestaciones sociales de los familiares obligados a la prestación de alimentos (32). En tales casos, es un tercero quien reclama el cumplimiento de la obligación, pero no lo es menos que, esta reclamación se funda en una previa prestación de alimentos por este tercero a favor del alimentista; y, dirigida precisamente a satisfacer sus necesidades de subsistencia.

De este carácter personalísimo de la prestación de alimentos se derivan otras características atribuibles, igualmente, a esta relación jurídica, como son su intransmisibilidad e irrenunciabilidad (art. 151 del Código Civil), en que no cabe transacción (art. 1.814 del Código Civil); y que se extinguen por la muerte del acreedor o del deudor (arts. 150 y 152 del Código Civil).

3. La intransmisibilidad del derecho. El crédito no es separable de la persona, ni constituye un valor económico que pueda transmitirse por actos *inter vivos* o *mortis causa*. La imposibilidad de transmisión del derecho por causa de muerte ha sido expresamente establecida por el legislador, tanto en el artículo 151 del Código Civil que, con carácter general, indica que tal derecho no es transmisible a terceros, como en el artículo 152.1, que señala la muerte del alimentista como una de las causas de extinción de la obligación. El derecho a recibir alimentos se extingue con la muerte de su titular, de manera que no forman parte de su herencia, y, en modo alguno puede transmitirlo a sus herederos (art. 659 del Código Civil). El derecho del acreedor a reclamar alimentos no es, por tanto, más que el derecho que tiene a satisfacer sus propias y personales necesidades, y que se calcula en función de éstas, de los medios que dispone el alimentante y del vínculo de parentesco. Con el fallecimiento del acreedor, sus necesidades desaparecen y también su relación de parentesco, quedando el alimentante liberado, sin que subsista la obligación de alimentos frente a los herederos; sin perjuicio de que alguno de ellos necesite alimentos de este mismo pariente deudor, pero deberán prestarse *ex novo*, surgiendo una nueva relación obligatoria con el mismo deudor.

Al igual que, no opera su transmisibilidad *mortis causa*, tampoco lo es *inter vivos*, en vida de su titular, al estar reconocida dicha prohibición en el artículo 151 del Código Civil, y, ser, además, una consecuencia lógica del carácter personal. El crédito no es transmisible como no lo son las circunstancias perso-

(31) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, págs. 156-157.

(32) RIBOT IGUALADA, J., «El fundamento de la obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, págs. 1145-1146; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS, C., «La obligación legal de alimentos», *op. cit.*, pág. 41.

nales, ni familiares de las que se deriva, en cuanto no cabe la cesión del derecho. El acreedor no puede ceder su crédito, y transmitir la titularidad del mismo a un tercero, pues, dicha cesión no es un negocio válido y eficaz, al ser el objeto de la cesión un crédito intransmisible (33). Lo que, sin duda, constituye una excepción a la norma general de cesión de créditos contenida en el artículo 1.112 del Código Civil.

Aunque el citado artículo 151 del Código Civil sólo prohíbe la transmisibilidad del derecho a recibir alimentos, no obstante, ésta también es predicable del deber de prestarlos. De forma que, el deber que recae sobre el alimentante en virtud de determinadas y concretas circunstancias personales, no puede transmitirse a un tercero ni por actos *inter vivos* ni por acto *mortis causa*. Precisamente, la no transmisión por causa de muerte se reconoce en el artículo 150 del Código Civil, al señalar que: «*la obligación de suministrar alimentos cesa con la muerte del obligado, aunque los prestase en cumplimiento de una sentencia firme*». El fallecimiento del deudor, por tanto, extingue la obligación de alimentos sin que sobre los herederos exista obligación alguna de proporcionarlos al acreedor. Tampoco es transmisible la obligación en vida del alimentante, pues, como precisa DELGADO ECHEVARRÍA, la obligación de alimentos es también intransmisible en el lado pasivo, sin que quepa novación por cambio de deudor; y ni aún con el consentimiento del alimentista puede quedar liberado el alimentante por el hecho de que un tercero asuma la deuda. Otra cosa, añade es que «el pago hecho por un tercero extinga la obligación consistente en pago de pensiones» (34).

Ahora bien, la intransmisibilidad afecta únicamente a los alimentos propiamente dichos, actuales y futuros, pero no a las pensiones atrasadas, pues, son susceptibles de transmisión, al no resultar *a priori* ya necesarias para la vida. En relación al crédito, su posibilidad de transmisión está reconocida en el artículo 151.2 del Código Civil que dispone que: «*podrá transmitirse a título oneroso o gratuito el derecho a demandar las pensiones alimenticias atrasadas*», tanto, entendemos, por actos *inter vivos* como *mortis causa*. De la misma forma, la deuda de los alimentos vencidos puede considerarse transmisible como cualquier deuda ordinaria (35). Las pensiones vencidas no ostentan ya una naturaleza personal, sino patrimonial, por lo que cualquiera puede ser deudor de las mismas. El alimentante puede, por tanto, transmitir su deuda a terceros y, asimismo, sus herederos están obligados a pagar los alimentos por él debidos y no pagados al formar parte de la herencia, y, en consecuencia, formar parte del pasivo de la misma. De la misma manera, el tercero que haya prestado alimentos en lugar del causante, podrá repetir contra los herederos de éste, las pensiones ya satisfechas, del mismo modo que las podía haber exigido al obligado.

4. Irrenunciabilidad. Relacionado con el carácter personalísimo de los alimentos, y, consecuencia de su indisponibilidad derivado directamente de su finalidad asistencial, es el carácter irrenunciable del derecho de alimentos (36).

(33) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 159.

(34) DELGADO ECHEVARRÍA, J., «Comentario al artículo 151 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 540.

(35) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, págs. 164-165.

(36) BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 25; PUIG PEÑA, F., «Voz: Alimentos», *op. cit.*, pág. 582; CORBACHO GÓMEZ, J. A., «La deuda alimenticia», *op. cit.*, págs. 27-28. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 3.ª, de 20 de marzo de 2002 (*JUR* 2002/129642).

Si no se puede disponer libremente de tal derecho, en modo alguno se puede renunciar al mismo (37). El artículo 151 establece expresamente que «no es renunciabile... el derecho a los alimentos», irrenunciabilidad que se desprende también del mandato general contenido en el artículo 6.2 de nuestro Código Civil, que establece como límites a la renuncia de los derechos reconocidos por la Ley, las cláusulas generales de interés u orden público y el perjuicio de tercero. De forma que no es válida la renuncia que se haga de los mismos. Esta prohibición de renuncia para asegurar la satisfacción de las necesidades vitales del alimentista, responde no sólo al interés individual, sino también general; y queda fuera del ámbito de la autonomía privada (38). Asimismo, el derecho de alimentos como la mayoría de los derechos irrenunciables se fundamenta en el interés público, y las normas que lo regulan, son de orden público; y no puede perjudicar a tercero, que tendrá lugar si se lesiona el interés jurídicamente de una persona ajena al acto de renuncia, en cuanto supone el nacimiento de una nueva obligación frente a otros posibles obligados sucesivamente, cuando el alimentista renuncia a su derecho frente a un determinado deudor.

Ahora bien, la prohibición de renuncia no alcanza a las pensiones atrasadas que puede ser objeto de renuncia, como tal obligación pecuniaria, al desaparecer las razones de orden público que lo impedían, y no ser imprescindibles para la vida, los alimentos en que consistan éstas (39).

5. No transacción de los alimentos. Consecuencia del tan reiterado carácter indisponible de los alimentos es que éstos no pueden ser objeto de un contrato de transacción (40). A la prohibición de transigir se refiere el artículo 1.814 del Código Civil al disponer que: «no se puede transigir... sobre alimentos futuros». Sólo afecta a los alimentos futuros, pues, es posible la transacción de las pensiones devengadas, al igual que, lo establece el artículo 151.2 para la renuncia, transmisión y compensación de las mismas. Como precisa GULLÓN BALLESTEROS, esta prohibición contempla tanto el derecho otorgado por la ley a pedir alimentos, cuando se den las circunstancias de necesidad en ella previstas, como el derecho a las pensiones todavía no vencidas. En cambio se puede transigir sobre los alimentos atrasados, que dejan ya de ser necesarios para la vida y en los cuales no concurren las razones de orden público, que los hacen indisponibles, sino que se convierten en un crédito disponible en el patrimonio del alimentista que puede libremente transigirlo (41).

(37) CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «Comentario al artículo 6 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. I, vol. I, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, 2.ª ed., Edersa, Madrid, 1992, pág. 751, precisa que es requisito indispensable para poder renunciar al derecho, que el renunciante «tenga la libre disposición sobre los mismos». En la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2.ª, de 22 de abril de 2002 (*JUR* 2002/206574), se posibilita la renuncia de alimentos de los hijos mayores de edad, con independencia económica, abdicando de su derecho reconocido judicialmente.

(38) CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «Comentario al artículo 6 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 760.

(39) La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de noviembre de 1987 (*RJ* 1987/8344), considera los alimentos impagados como crédito disponible en el patrimonio del alimentista, quien puede renunciarlos, transigirlos o reclamarlos.

(40) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Cuenca, Sección 1.ª, de 3 de septiembre de 2007 (*AC* 2007/2296).

(41) GULLÓN BALLESTEROS, A., «Comentario al artículo 1.814 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, T. II, dirigidos por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ; Rodrigo BERCOVITZ, Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y Pablo SALVADOR CORDECH, Ministerio de

Aunque la prohibición de transigir sobre los alimentos es incuestionable sobre la base legal del citado artículo 1.814, no obstante, entre el alimentista y alimentante se puede llegar a acuerdos relativos a la prestación de los alimentos, acuerdos que vinculan sólo en la medida, que cubran las necesidades del alimentista, tal y como resulta de la regulación contenida en el Código Civil. La prohibición de transigir se refiere, en concreto, al derecho a los alimentos y no a los concretos aspectos del cumplimiento de la obligación (como el *quantum* de la pensión o las modalidades de pago) (42).

6. Inembargabilidad. El carácter personalísimo del crédito alimentario determina que no es susceptible de embargo, por cuanto la ley, a costa del pariente obligado, trata de favorecer al alimentista y no a sus acreedores (43). Y, como precisa DELGADO ECHEVARRÍA, éstos no podrán ni siquiera reclamar —mediante acción subrogatoria— las pensiones vencidas y no cobradas por el alimentista, pues sólo es árbitro de sus personales necesidades (art. 1.111 del Código Civil). Cobrada la pensión, añade, el dinero en manos del alimentista puede embargarse como cualesquiera otras cantidades en su poder, con los límites genéricos del antiguo artículo 1.449 de la LEC (hoy art. 607 LEC) (44). De todas formas, el Tribunal Supremo ha admitido en varias sentencias antiguas el embargo de la pensión alimenticia dentro de los límites marcados por el artículo 1.449 de la LEC 1881 (actualmente, art. 607 LEC), esto es, siempre que no exceda de los límites del salario mínimo interprofesional (sentencias de 1 de julio de 1902, 27 de febrero de 1903 y 12 de junio de 1906), si bien, ahora con los límites porcentuales señalados en el artículo 607 de la LEC. Con todo, como señala la doctrina, la solución es dudosa, pues desvirtúa la finalidad de la institución alimenticia al desviar la pensión del destino para el que fue otorgada, y quedar truncada la pretensión del legislador de evitar que el alimentista sea privado de su medio de vida (45).

La prohibición de embargo hay que extenderla, como se ha expuesto, también a los alimentos atrasados. De forma que los acreedores no podrán reclamar ni siquiera las pensiones vencidas y no cobradas por el alimentista.

7. No compensación. El artículo 151 del Código Civil, después de establecer la intransmisibilidad y la irrenunciabilidad del derecho de alimentos, declara que: «*tampoco pueden compensarse con los que el alimentista deba al que ha de prestarlos*». En consonancia con el párrafo segundo del artículo 1.200 del Código Civil que establece que dicha compensación no puede oponerse «*al acreedor por alimentos debidos por título gratuito*». Como acertadamente precisa MARTÍNEZ RODRÍGUEZ: «no puede decirse que este último precepto sea una repetición inútil del artículo 151, puesto que niega y excluye la compensación no sólo de los alimentos legales entre parientes, sino de todos los demás debidos a título

Justicia. Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, pág. 1773. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de noviembre de 1987 (RJ 1987/8344).

(42) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 176; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS, C., «La obligación legal de alimentos», *op. cit.*, pág. 42; GULLÓN BALLESTEROS, A., «Comentario al artículo 1.814 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1773.

(43) LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, Elementos de Derecho Civil, *op. cit.*, pág. 23.

(44) DELGADO ECHEVARRÍA, J., «Comentario al artículo 151 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 539.

(45) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, págs. 181-182; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS, C., «La obligación legal de alimentos», *op. cit.*, pág. 41.

gratuito, tengan o no causa legal». Además, añade: «en ningún caso puede considerarse una repetición desde el momento en que la prohibición del artículo 151 va dirigida esencialmente al acreedor de los alimentos, mientras que la del 1.200 tiene como destinatario principal el deudor, al señalar expresamente que no «*podrá oponerse al acreedor por alimentos*» (46). Si bien, hay que tener en cuenta que, la prohibición de compensar afecta únicamente a los alimentos presentes o futuros, pero no a las pensiones atrasadas que, conforme al artículo 151.2, podrán ser objeto de compensación. Lo que implica que, el alimentista que tiene un crédito por cuotas vencidas frente al alimentante, ante el reclamo de éste para obtener el pago de una deuda de otra naturaleza, puede oponer la compensación de ambos créditos. Por el contrario, no podría oponer la compensación en el mismo caso, el deudor de alimentos, como oportunamente precisa el Código Civil italiano (art. 447), pues, como señala DELGADO ECHEVARRÍA es «por lo demás prudente no sea que el deudor retrase el pago sólo para poder luego negarlo arguyendo compensación» (47).

8. La imprescriptibilidad. El derecho a percibir alimentos no prescribe nunca, aunque se den todos los presupuestos para su nacimiento (la necesidad del alimentista, los medios del alimentante, y su relación de parentesco) y el alimentista no lo ejerce; y ello por la misma razón de no ser susceptibles de renuncia o por su carácter indisponible (48). Así, siempre que el alimentista esté en situación de necesidad y mientras persista esta situación, tendrá acción para reclamar los alimentos que precise (49). Prescriben, sin embargo, las concretas pretensiones a pensiones alimenticias ya vencidas (art. 1.964 del

(46) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, págs. 171-172. Vid., asimismo, PADIAL ALBÁS, A., «La obligación de alimentos entre parientes», *op. cit.*, págs. 174-175.

(47) DELGADO ECHEVARRÍA, J., «Comentario al artículo 151 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 539-540.

Por su parte, MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 173, en este sentido parte fundamentalmente de dos consideraciones: «en primer lugar, del hecho de que el artículo 151 del Código Civil, que permite la compensación de los alimentos atrasados, enumera una serie de caracteres del derecho del acreedor del crédito alimenticio, sin que en momento alguno haga referencia al deber del obligado. Cuando en el primer párrafo prohíbe la compensación, lo hace concretamente en relación al alimentista —“no podrá compensarse con lo que el alimentista deba al que ha de prestarlos”—. En consecuencia, cuando el párrafo siguiente exceptúa de esa prohibición las pensiones atrasadas, lo hace también desde el lado del alimentista. Además, si consideramos que el artículo 1.200 es el que contempla fundamentalmente la imposibilidad de compensación del obligado, tal precepto no establece en ningún momento la excepción de las pensiones atrasadas. Más aún, podría incluso considerarse que la prohibición va dirigida directamente a esas pensiones atrasadas, que son las únicas que realmente pueden ser objeto de compensación; y, en segundo lugar, no hay que olvidar que la posibilidad de que el alimentante pudiera extinguir su deuda compensando las pensiones atrasadas con los créditos que, a su vez, tuviera frente al alimentista, podría provocar un retraso deliberado en el cumplimiento de la obligación alimenticia. El deudor de alimentos intencionadamente puede retrasar el pago de los mismos con la única finalidad de negarse posteriormente a pagarlos oponiendo la compensación de deudas».

(48) LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 23; DELGADO ECHEVARRÍA, J., «Comentario al artículo 151 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 539.

(49) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 183; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «La obligación legal de alimentos», *op. cit.*, pág. 42.

Código Civil), si no se reclaman en un plazo de cinco años (50). Se trata de un plazo de prescripción que ha de computarse desde que se produce el incumplimiento del alimentante (51). A partir de ese momento en el que los alimentos que deben ser prestados no son abonados por el deudor, el acreedor tiene el plazo de cinco años para reclamar su pago. Ahora bien, si el incumplimiento se produce desde que la cuantía debida es fijada por el Juez, el plazo habrá de contarse conforme al artículo 1.971 del Código Civil, desde la firmeza de la sentencia.

Asimismo, como otro límite temporal a este derecho de alimentos viene concretado en el hecho que, sólo se abonarán los alimentos debidos a partir del momento en que se interpuso la demanda, aunque hubieran sido exigibles con anterioridad (art. 148 del Código Civil).

9. Relatividad. Junto con la relación de parentesco han de concurrir la necesidad del alimentante y la posibilidad del obligado, circunstancias que garantizan el *quantum* de la obligación (arts. 146, 148, 152.2.º y 3.º del Código Civil) (52). Por tanto, para que surja la relación obligatoria de alimentos y se concrete su contenido, es necesario que concurren los presupuestos indicados. Esto lo que ha llevado a una parte de la doctrina a calificar de condicional la obligación de alimentos (53). Lo que podría resultar admisible siempre que se interprete este carácter condicional en sentido vulgar, esto es, que el nacimiento de la obligación depende de que se den los presupuestos expuestos, sin que los mismos constituyan un hecho futuro e incierto del que se haga depender la eficacia de una obligación preexistente. No estamos ante una condición suspensiva (54).

10. Variabilidad. Para determinar la cuantía de la prestación es necesario tener en cuenta las necesidades del alimentista y los medios de los que dispone el deudor. Ha de ser el *quantum* en que se concrete la prestación, proporcional a la capacidad económica del alimentante, y procurar la plena satisfacción de las necesidades del alimentista. Consecuente con ello la cuantía de la prestación varía en función de las circunstancias indicadas. Esta necesaria variabilidad ha sido consagrada por el legislador en el artículo 147 del Código Civil al disponer que los mismos «se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos». Ahora bien, no sólo en el momento de la fijación de la pensión, ésta ha de ser proporcional a las necesidades y los

(50) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 12 de noviembre de 2001 (*JUR* 2002/20120); el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 14 de enero de 2002 (*JUR* 2003/51959); y el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 15 de marzo de 2005 (*JUR* 2005/115831).

(51) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de julio de 1994 (*RJ* 1994/6306).

(52) LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 23; DELGADO ECHEVARRÍA, J., «Comentario al artículo 142 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 523; PADIAL ALBÁS, A., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 156, señala que «la relatividad objetiva de la obligación de alimentos es consecuencia inmediata de la proporcionalidad que debe presidir la prestación alimenticia, de acuerdo a los presupuestos objetivos de la misma, en cuanto que, tanto la necesidad del alimentista, como la posibilidad económica del alimentante, representan situaciones de hecho esencialmente relativas, y, por ende, variables».

(53) CORBACHO GÓMEZ, J. A., «La deuda alimenticia», *op. cit.*, pág. 25.

(54) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 186.

recursos, sino que tal proporcionalidad se ha de mantener a lo largo de su vigencia; de ahí que, la prestación originaria haya de ser modificada para adaptarse a la nueva situación. La prestación, por tanto, no sólo puede ser alterada, sino que debe serlo ante un cambio en los presupuestos que la determinan. De forma que, la modificación no es sólo una posibilidad, sino una exigencia de la necesaria proporcionalidad y una consecuencia directa de la naturaleza de la institución (55).

11. No solidaridad. Ante una pluralidad de deudores alimenticios, el artículo 145.1 del Código Civil ordena el reparto del pago de la pensión entre los obligados. Se opta por la mancomunidad de la deuda alimenticia —probablemente en atención al principio según el cual la solidaridad no se presume— dividiendo en tantas partes como alimentantes existe, pero con la particularidad de que la participación de cada uno no es por cuota o por partes iguales, sino en proporción a su respectivo caudal, tal como dispone, asimismo, el citado precepto, en consonancia con el artículo 146 del mismo cuerpo legal (56). De esta forma, aun estando divididos los alimentos en tantas deudas como alimentantes, y siendo dichas deudas calculadas en proporción a la situación económica del obligado y distintas las unas de las otras, no son, sin embargo, del todo independientes entre sí desde el momento en que la cuantía de cada uno depende directamente de las demás (57). A diferencia de la regla del artículo 1.138 del Código Civil, el reparto no es igualitario, sino proporcional a los medios de los obligados. En consecuencia, el alimentista no puede exigir de cada alimentante más que la parte que le corresponde en proporción a su caudal, por lo que será preciso demandar a todos y cada uno de los obligados, si quiere cobrar íntegramente la prestación, y cada uno de ellos no pagará más que la parte a la que está obligado. Ahora bien, lo que no es necesario es demandar a aquellos parientes que no se encuentren en situación de poder hacer frente a la deuda alimenticia, pues, se concentra en los demás. Es por ello que, a diferencia de lo que ocurre en las obligaciones mancomunadas divisibles, la insolvencia de uno de los deudores no perjudica al acreedor de alimentos, tampoco cuando ésta sobreviene con posterioridad (58).

Por tanto, a pesar que la disciplina alimenticia tiende a favorecer la posición del acreedor intentando facilitar los medios para la satisfacción de su crédito, no se consagra como norma general la solidaridad de deudores que,

(55) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 187; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 23; DELGADO ECHEVARRÍA, J., «Comentario al artículo 142 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 523; CORBACHO GÓMEZ, J. A., «La deuda alimenticia», *op. cit.*, pág. 25.

(56) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de abril de 1994 (*RJ* 1994/2789); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.ª, de 9 de mayo de 1997 (*AC* 1997/1007), obligación mancomunada y divisible, no solidaria; de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2.ª, de 5 de febrero de 1998 (*AC* 1998/343); de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 6.ª, de 28 de mayo de 1999 (*AC* 1999/5803); de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2.ª, de 13 de enero de 2000 (*AC* 2001/2499); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 20.ª, de 26 de enero de 2007 (*JUR* 2007/156895).

(57) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, págs. 190-191; CORBACHO GÓMEZ, J. A., «La deuda alimenticia», *op. cit.*, pág. 31.

(58) DELGADO ECHEVARRÍA, J., «Comentario al artículo 145 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 528, quien, asimismo, pone de manifiesto que, el demandar a todos y cada uno de los obligados, le coloca en una posición más incómoda, que si sólo tuviera un pariente obligado.

sin duda, le puede beneficiar, sino una obligación mancomunada (divisible) en la que cada alimentista sólo responde de la parte de la deuda que le corresponde (59).

No obstante, el carácter mancomunado cede en un supuesto concreto en el que la obligación se transforma, por imperativo legal, en obligación solidaria. El apartado segundo del artículo 145 prevé la posibilidad que tiene el juez de obligar a uno solo de los alimentistas a que preste provisionalmente alimentos «*en caso de urgente necesidad y por circunstancias especiales*». Ello sin perjuicio de que el alimentante, que ha satisfecho la totalidad de la deuda, pueda reclamar a cada uno de los demás obligados el reembolso de la parte que les correspondan, tal como establece con carácter general para las obligaciones solidarias el artículo 1.145 del Código Civil.

Ahora bien, en atención a la naturaleza mancomunada de la prestación, la obligación de alimentos es divisible en cuanto obligación de dar, susceptible de cumplimiento parcial, tanto si la obligación consiste en el pago de una pensión, como si se opta por el pago en especie (cumplimiento *in natura*), pues, la obligación alimenticia se concreta en diversas prestaciones de dar (comida, educación, vestido, etc.) que son susceptibles de cumplimiento parcial (60). Esta divisibilidad se mantiene, aún en el supuesto excepcional contenido en el citado artículo 145.2 que, recordemos permite reclamar íntegramente los alimentos a uno solo de los deudores, pues, en nada ha variado la naturaleza de la prestación (61).

12. Deuda de valor. El contenido de la prestación en que consiste la deuda alimenticia permite calificarla de deuda de valor en el que se proporciona al acreedor lo suficiente para cubrir sus necesidades (62). Así el objeto de la misma debe comprender todo lo que es indispensable para «*el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación...*» (art. 142 del Código Civil), que se puede concretar en una determinada cantidad de dinero o en una prestación *in natura* (art. 149 del Código Civil). De optarse por su pago en dinero, no la transforma en una deuda pecuniaria simple o deuda de dinero, pues, aquél sólo

(59) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, págs. 191-192.

(60) CORBACHO GÓMEZ, J. A., «La deuda alimenticia», *op. cit.*, pág. 103; PUIG PEÑA, F., «Voz: Alimentos», *op. cit.*, pág. 548; DELGADO ECHEVARRÍA, J., «Comentario al artículo 145 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 528; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 193; CRISTÓBAL MONTÉS, Á., «Las fuentes de la divisibilidad obligacional», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 612, 1992, pág. 2019, señala que la divisibilidad resulta de la propia naturaleza de la prestación alimenticia y no hay que entender que el artículo 145.1 del Código Civil la establece, sino que esta norma «se limitaría, con escaso sentido y justificación, a ratificar lo que ya venía dado *natura rerum*». En este mismo sentido, vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de abril de 1994 (RJ 1994/2789); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 2 de marzo de 1996 (AC 1996/649) y de la Audiencia Provincial de Asturias, de 9 de mayo de 1997 (AC 1997/1007).

(61) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 915; CRISTÓBAL MONTÉS, Á., *Las obligaciones indivisibles*, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 51.

(62) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de febrero de 1976 (RJ 1996/617); de 5 de octubre de 1977 (RJ 1977/3642), y de 9 de octubre de 1981 (RJ 1981/3593). Asimismo, vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a, de 1 de febrero de 2002 (JUR 2002/112131); y el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a, de 29 de octubre de 2002 (JUR 2003/30032).

representa un medio de pago, la expresión numérica de la cuantía en que se concreta la prestación, cumpliendo así su función liquidadora (63).

IV. PRESUPUESTOS Y NACIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS

Como señala la doctrina, tres son los presupuestos que se exigen para que surja la obligación de alimentos: 1. La existencia de una relación de parentesco o de carácter familiar. 2. La existencia de un estado de necesidad en el alimentista, unida a la imposibilidad actual de obtener recurso con los que hacer frente. A estos efectos deben ser también valorados los recursos potenciales del alimentista, incluida la posibilidad concreta de obtener los medios de subsistencia mediante su trabajo. 3. La capacidad económica del alimentante (art. 152.2 del Código Civil); de forma que, si el eventual obligado carece de medios con los que hacer frente a los alimentos, la obligación no llega a nacer a su cargo (64).

En cuanto al primero de los requisitos, resulta esencial que los sujetos estén unidos por la relación conyugal o de parentesco (65). En el artículo 143 se enumera taxativamente quiénes están obligados a darse alimentos: 1. Los cónyuges. 2. Los ascendientes y descendientes. 3. Los hermanos respecto de los que sólo se deben los auxilios necesarios para la vida, cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista y se extenderán en su caso a los que precise para su educación. De forma que, la obligación de alimentos sólo opera respecto de estos parientes. Acreedor y deudor han de ser, por tanto, miembros de una misma familia, entendiendo ésta como familia extensa; y no más allá del círculo familiar establecido por el legislador. Sólo las personas unidas por matrimonio, las que desciendan unas de otras, o las

(63) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, págs. 203-204; BONET CORREA, J., «La elevación de la cuantía de los alimentos provisionales (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de octubre de 1977)», en *Anuario de Derecho Civil de 1978*, pág. 873, señala que «el objeto de la prestación supone la entrega de una determinada cantidad de un poder adquisitivo o un valor patrimonial determinado que, al tiempo de su cumplimiento o pago, se concreta y fija en una determinada cantidad de dinero; no es, pues, una deuda dineraria simple y generalizada, según la cual el objeto de la prestación es inicial y solamente una suma de dinero, sino que se trata de hacer líquido aquel poder adquisitivo o valor patrimonial en el momento del pago».

(64) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 213; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS, C., «La obligación legal de alimentos», *op. cit.*, págs. 48-49; BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 35; del mismo autor: «Comentario a los artículos 142 a 153 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 23. Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de noviembre de 1986 (*RJ* 1986/6574); de 23 de febrero de 2000 (*RJ* 2000/1169); la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.ª, de 17 de marzo de 1998 (*AC* 1998/616); la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2.ª, de 21 de noviembre de 2000 (*JUR* 2001/84592); la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 6 de marzo de 2001 (*JUR* 2001/150454); la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 14 de enero de 2003 (*JUR* 2003/92955); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 4.ª, de 10 de mayo de 2005 (*JUR* 2005/266155).

(65) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 21 de noviembre de 2000 (*JUR* 2001/50), se aporta certificación del Registro Civil y relaciones afectivas entre la madre de la actora y el demandado en la época de la fecundación y nacimiento de la hija.

que tengan los progenitores en común, o, incluso sólo uno de ellos (art. 144.4 del Código Civil), pueden ser sujetos recíprocamente de esta obligación legal. Cualquier otro tipo de relación queda al margen de la misma. Así la ruptura del vínculo familiar determina la extinción de la obligación; no es posible extender la misma a quienes mantienen una relación análoga a la conyugal; la parentela por consanguinidad queda limitada a los parientes en línea recta, ascendente y descendente, y a los colaterales hasta el segundo grado, quedando excluida cualquier relación por afinidad. Por tanto, sólo los vínculos familiares previstos en el artículo 143 son susceptibles de generar un deber recíproco de alimentos. Tal enumeración de posibles obligados es cerrada y no debe interpretarse extensivamente, incluyendo otras relaciones análogas. Se trata de una obligación legal, y como tal no se presume, siendo sólo exigibles las expresamente determinadas en la Ley (art. 1.090 del Código Civil).

Ahora bien, aunque el parentesco sea un requisito imprescindible para que surja la obligación, no genera más que la posibilidad de una obligación potencial, que no será definitiva, si no se acompaña de la concurrencia del resto de los requisitos expuestos, que son los que, en definitiva, determinarán, si aquélla nace, y, en consecuencia, quien asumirá el papel de acreedor y de deudor de esta obligación.

El concepto de alimentos va sustancialmente unido al estado de necesidad del sujeto. Su finalidad es asistencial, y, por tanto, orientada a satisfacer las necesidades del acreedor de una obligación de alimentos. De ahí que, disponga el artículo 148.1 que ésta «*será exigible desde que los necesitara para subsistir la persona que tenga derecho a percibirlos...*». Lo que, igualmente, se deduce del artículo 152.3 que, señala entre las causas de extinción de la obligación, el hecho de que al alimentista «*no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia*». Si se pierde el derecho cuando se acaba la necesidad, es obvio que, no llegue a nacer tal derecho, cuando no exista ninguna necesidad constatable en el alimentista. E, incluso, se infiere de los artículos 146 y 147 del Código Civil que contempla la necesidad de alimentista como uno de los criterios (junto a los medios del alimentante) para determinar la cuantía de la prestación debida y su posible variación (66).

El estado de necesidad que padece un sujeto viene determinada por la insuficiencia de medios para subsistir, que ha de ser establecida mediante una comparación entre los recursos individuales y sus necesidades personales, no la de quienes conviven con él y a su cargo (67). Cuando precisamente aquéllos no le permiten cubrir las necesidades más vitales, se produce una situación de necesidad (68). Por ello, en la apreciación de la misma es

(66) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 219; PADIAL ALBÁS, A., «La obligación de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 101, señala que el estado de necesidad se debe analizar desde su doble perspectiva, dado que, por un lado, representa el presupuesto objetivo inicial y final de la obligación de alimentos; inicial en cuanto origina su exigibilidad; y, final, porque asegura su subsistencia.

(67) MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «La obligación legal de alimentos», *op. cit.*, pág. 47.

(68) La sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, de 23 de febrero de 1998 (AC 1998/3485), procedencia de los alimentos ante la capacidad económica de los padres para prestar alimentos a la hija reclamante y necesidades de ésta al estar cursando estudios; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13.ª, de 28 de marzo de 1998 (AC 1998/4835).

preciso valorar, tanto los medios de los que dispone el sujeto, como las concretas necesidades del sujeto (69). La valoración de los primeros debe hacerse sobre parámetros más o menos objetivos (rentas de trabajo y de capital, patrimonio, etc.); y la de los segundos debe realizarse en un ámbito subjetivo, apreciando la concreta necesidad personal y situación particular de quien la sufre (70). Por tanto, las necesidades a cubrir que el artículo 142 del Código Civil enumera taxativamente, han de apreciarse en relación al alimentista en concreto, valorándose de acuerdo con su especial situación. Estamos ante un concepto elástico y variable en el que se han de tener en cuenta un cúmulo de circunstancias, que influyen en su concreta situación, como la edad, salud del individuo, el nivel cultural, sus propias aptitudes y aspiraciones en la vida, el ambiente en que ha vivido (71); y relativo en relación con las condiciones personales y sociales del alimentista (72). Por ello, para constatar, si realmente existe una situación de necesidad, y la determinación de la cuantía en que se concreta la obligación, se ha de verificar por el Juez, tanto la carencia actual de medios para atender a su mantenimiento, como la imposibilidad de conseguirlos (73). No es preciso que quien demande alimentos se halle en situación de extrema pobreza, sino que es suficiente que no pueda atender por sí mismo a cada una de las condiciones más elementales que resultan necesarias para disfrutar de una vida digna (74). En la apreciación de la carencia o insuficiencia de medios resulta necesario un análisis detallado de la situación económica del alimentante, que habrá de llevar a cabo el Juez

(69) LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 27, señala que el concepto de necesidad es relativo, pues ha de juzgarse en relación con la persona concreta.

(70) La sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de 29 de enero de 1992 (AC 1992/110), necesidad del alimentista por imposibilidad de ejercer profesión, oficio o industria por causa no imputable a él; la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, de 21 de febrero de 1995 (AC 1995/202); la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 29 de abril de 1998 (AC 1998/4534), y la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 5.ª, de 25 de octubre de 2000 (JUR 2001/26558).

(71) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 222; BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 37. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de León, Sección 1.ª, de 29 de julio de 2000 (JUR 2000/288602), alimentista de dieciocho años aquejada de una enfermedad congénita que le ha dificultado adquirir la instrucción precisa para acceder al mercado con necesidad de percibir clases de apoyo escolar; la sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, Sección 3.ª, de 14 de noviembre de 2002 (JUR 2003/91508), padecimiento de incapacidad que le dificulta enormemente una vida social, familiar y laboral estable; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, de 17 de julio de 2008 (JUR 2008/344400), padecimiento de una grave enfermedad psiquiátrica por el hijo del demandado que le limita su acceso al mundo laboral. Sin embargo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, Sección 1.ª, de 30 de diciembre de 2004 (JUR 2005/28057), no da lugar al nacimiento del derecho, pues la minusvalía del alimentista no le incapacita para el desarrollo de la actividad laboral.

(72) BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., «Comentario a los artículos 142 a 153 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 25.

(73) En este mismo sentido, PADIAL ALBÁS, A., «La obligación de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 108.

(74) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 5.ª, de 31 de julio de 2006 (JUR 2007/134824).

para comprobar, que con los recursos que dispone, es o no capaz de atender a su subsistencia (75).

De forma que, para que se produzca un estado de necesidad no es suficiente que quien lo alegue, carezca en la actualidad de recursos o medios económicos con los que mantenerse, sino que es preciso, además, que se halle imposibilitado para conseguirlos. Por eso, el Juez, a la hora de determinar si existe o no un estado de necesidad que justifique la pretensión de alimentos, debe tener en cuenta tanto si el sujeto carece o no de medios económicos para subsistir, como si tiene o no posibilidad efectiva de procurárselos (76). La insuficiencia actual de recursos no le legitima para reclamar alimentos, si está en condiciones de cambiar su precaria situación, por ejemplo, acceder al mercado laboral. El propio Código Civil señala el hecho de que «*el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria...*» (art. 153.2), como una causa de extinción de la obligación que, lógicamente, impide el nacimiento de la misma (77). Únicamente, cuando no es posible cambiar esta precaria situación, es cuando resulta justificada la concesión del crédito alimentario. De ahí que, se deban también valorar sus recursos potenciales como parte de sus bienes, pese a no disponer de ello por causa imputable al mismo, como que no formen parte de su patrimonio por mera pasividad (78).

(75) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 2.ª, de 28 de febrero de 2006 (*JUR* 2006/168303); la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 21 de abril de 2008 (*JUR* 2008/178805); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7.ª, de 28 de diciembre de 2009 (*JUR* 2010/83665).

(76) Como señala ALBALADEJO GARCÍA, M., «Curso de Derecho Civil», *op. cit.* págs. 19-20, las necesidades insatisfechas deben ser sin culpa del alimentista, esto es, para que la insatisfacción le sea imputable significa que pudiendo y debiendo no obtenga recurso para atender a la satisfacción de sus necesidades. Así es lo normal que trabaje y tiene donde hacerlo, pero prefiere holgar; y ha de carecer, asimismo, de medios con los que atender sus necesidades, se ha de contar no sólo con sus rentas o cualesquiera otros ingresos, sino con su capital y su capacidad para poder realizar *efectivamente* un trabajo que se los proporcione y sea *adecuado* a las circunstancias del caso.

(77) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de julio de 1979 (*RJ* 1979/2948), el ejercicio de oficio, profesión o industria no ha de entenderse como mera capacidad subjetiva, sino como posibilidad concreta y eficaz; asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 2.ª, de 13 de abril de 2000 (*JUR* 2000/200839); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4.ª, de 27 de julio de 2000 (*JUR* 2001/19), mayoría de edad, estudios completados, acceso al mercado de trabajo y rendimientos económicos; de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 23 de septiembre de 2002 (*JUR* 2003/8129), hijo que tiene veintitrés años y no consta que padezca ninguna limitación que le impida trabajar y tampoco realizar estudios algunos; de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 2.ª, de 25 de septiembre de 2002 (*JUR* 2003/23006), ausencia de falta real de necesidad, percepción de una pensión contributiva y posibilidad de acceso a una actividad laboral acorde a sus limitaciones; de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1.ª, de 7 de octubre de 2002 (*JUR* 2003/23326), hijo de treinta y dos años que no realiza actividad laboral ni cursa estudios, habiendo rechazado varias ofertas de trabajo disponiendo de vehículo propio. Plenitud de facultades y capacidad laboral plena que le permite acceder al mercado laboral; de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 3.ª, de 21 de octubre de 2002 (*JUR* 2003/80670), hijo de cuarenta años con autosuficiencia para su acceso al mercado laboral; de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 22 de octubre de 2002 (*JUR* 2003/52886); y de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7.ª, de 23 de abril de 2003 (*JUR* 2003/231799).

(78) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, págs. 237-238.

Por supuesto, si quien pretende alimentos de sus parientes es ya acreedor de alimentos voluntarios, las prestaciones que recibe en este concepto, deben ser tomadas en consideración como una renta más a tener en cuenta en la valoración de los recursos disponibles. Asimismo, la conducta del sujeto acreedor va a condicionar su derecho a obtener alimentos, pues, si se halla en condiciones de proveer su propio mantenimiento y no lo hace por una causa sólo a él imputable, no puede considerarse necesitado. Así, desde el momento en que se valora la posibilidad de trabajar del propio alimentista y su disponibilidad frente al mismo, sin duda su conducta actual resulta ser un factor decisivo en la valoración de la situación y el nacimiento del derecho a alimentos, no así su conducta pasada, pues, el nacimiento de la obligación de alimentos es independiente de cuál haya sido el motivo que dio origen a la misma, en consecuencia, la culpabilidad del alimentista que originó la actual situación, no le priva del derecho a alimentos (79).

La necesidad que ha de valorarse como presupuesto del nacimiento de la obligación es únicamente la del alimentista, y no de las personas que pudieran tener a su cargo, que en todo caso, estarán legitimadas para solicitar alimentos a quien legalmente corresponda. Se trata de una necesidad individual que ha de ser tenida en cuenta, con independencia de la situación de aquellos que dependen del alimentista (80).

Junto al estado de necesidad del acreedor es también presupuesto básico del nacimiento de la obligación de alimentos la posibilidad del deudor de atender a esa necesidad, esto es, disponer de recursos suficientes (81). Dispone el artículo 146 que «*la cuantía de los alimentos será proporcional al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe*»; asimismo, el artículo 147 establece que los alimentos «*se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades de los alimentistas y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos*», a lo que añade el artículo 152.2 como una de las causas por las que cesa la prestación de alimentos «*cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiera reducido hasta tal punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia*». De forma que, sobre tales bases legales, la escasez o insuficiencia de los recursos o medios del pariente, al que el necesitado reclama alimentos, le exime de cualquier obligación (82). Como en el caso de necesi-

(79) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 250.

(80) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de Familia*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1989, pág. 637.

(81) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 1993 (RJ 1993/7464), la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 3.ª, de 27 de junio de 2002 (JUR 2002/242047); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 3.ª, de 17 de septiembre de 2002 (JUR 2002/281420), la enfermedad del alimentante condiciona las expectativas económicas del mismo.

Señala PADIAL ALBÁS, A., «La obligación de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 114, que no es tanta la relevancia de la posibilidad económica del obligado en el *iter* de la obligación de alimentos, sobre todo en referencia al nacimiento de la misma; dado que la ley únicamente supedita éste, al término inicial que supone la existencia de necesidad por parte del alimentista.

(82) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Lugo, de 21 de febrero de 2000 (JUR 2000/207806); de la Audiencia Provincial de León, Sección 1.ª, de 26 de mayo de 2000 (JUR 2000/224197), escasos ingresos del solicitante y pocas posibilidades de

dad, corresponde en todo caso al Juez analizar y valorar la particular situación económica del posible obligado para determinar tanto el nacimiento de la obligación como también, en su caso, el *quantum* de la prestación debida, e incluso, la extinción de la misma. Ha de tomar en consideración no sólo las necesidades personales del alimentante, sino también «*las de su familia*»; y, asimismo, los recursos de los que dispone el obligado para cubrirlas precisamente (83). De forma que, las necesidades del eventual deudor de alimentos han de apreciarse conforme a sus propias circunstancias personales, familiares y sociales en cada supuesto concreto, que no tienen, que verse reducidas por la aparición de un acreedor alimentario (84). En relación a las rentas, deben tomarse en consideración las rentas actuales o reales, es decir, las que está percibiendo en la actualidad, procedentes del trabajo o de la explotación de un bien. Asimismo, será tomado en consideración el propio patrimonio del que sea titular (85), y no el de su cónyuge (86). Recordemos que la ley se refiere como datos a valorar al «*caudal*», «*medios*» o «*fortuna*» del futuro deudor.

En todo caso, si el deudor disminuye sus recursos intencionadamente con el propósito de exonerarse de la obligación, los negocios que hayan nacido como consecuencia de esa salida patrimonial, podrán ser impugnados por quien tiene derecho a alimentos por ser realizados en fraude de acreedores, mediante el ejercicio de la acción pauliana, que en cuanto a acción rescisoria, obliga al tercero adquirente a devolver la cosa adquirida (art. 1.295 del Código Civil) (87).

En este contexto, no es requisito del derecho de alimentos que entre el alimentante y alimentista existan buenas relaciones (88).

encontrar un empleo remunerado por su edad y dolencias; y de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7.^a, de 22 de mayo de 2003 (*JUR* 2003/268032).

(83) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, págs. 254-255.

(84) PUIG PEÑA, F., «Voz: Alimentos», *op. cit.*, pág. 581; CORBACHO GÓMEZ, J. A., «La deuda alimenticia», *op. cit.*, pág. 188.

(85) En cuanto a su capacidad de trabajo, señala ALBALADEJO GARCÍA, M., «Curso de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 22, no cabe obligarle por la fuerza a que trabaje; y lo único que cabe preguntarse es si «cuando no tiene ingresos de trabajo, porque no trabaja pudiendo hacerlo, sus restantes medios (otros ingresos y capital) se calculan, a efectos de dar alimentos, sumados a los que podría obtener con su trabajo; de modo que si no los obtiene, la falta pesa sobre él y no sobre quien le pide alimentos», y añade, la respuesta a esa pregunta ha de ser negativa, pues no hay deber jurídico de trabajar para poder proporcionar alimentos.

Por su parte, señala PADIAL ALBÁS, A., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 118, que el alimentante no se encuentra obligado a tomar dinero a préstamo, aunque pudiera pagarlo en un tiempo prudencial, ni deberá vender su patrimonio para atender la estricta obligación de alimentos, a pesar de ser considerable y de escasos réditos.

(86) Si bien, como precisa MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS, C., «La obligación legal de alimentos», *op. cit.*, pág. 47, sí puede ser relevante, sin embargo, a efectos de determinar la incidencia de las necesidades de la familia del alimentante sobre la obligación de alimentos.

(87) En el mismo sentido, PADIAL ALBÁS, A., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 119.

(88) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.^a, de 14 de enero de 2003 (*JUR* 2003/114356).

Una vez que concurren los presupuestos indicados opera de forma automática el nacimiento de la obligación (89). Surge *ope legis* cuando, al existir entre las partes una determinada relación familiar, una de ellas deviene necesitada, pudiendo la otra hacer frente a esa situación. Así la concurrencia de tales requisitos determina el momento a partir del cual la obligación de alimentos es perfecta y, en consecuencia exigible (90). Se dispone, en este sentido en el artículo 148.1 del Código Civil, que «*la obligación de alimentos será exigible desde que los necesitare para subsistir la persona que tenga derecho a percibirlos...*». De forma que, la obligación de alimentos nace desde la concurrencia de los citados presupuestos y desde entonces, es exigible. Una obligación que se puede cumplir voluntariamente ante la simple reclamación del acreedor, incluso, previo requerimiento extrajudicial.

Si bien, el citado artículo 148.1 parece aparentemente entrar en contradicción cuando a continuación señala que «*éstos no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda*». La doctrina de forma casi unánime ha entendido que la obligación nace con la concurrencia de los presupuestos, o más concretamente, de la necesidad del futuro alimentista, y es exigible desde ese momento, sin que sea preciso una reclamación judicial (91). No se acepta que la interposición de la demanda sea el momento inicial de la obligación, de su nacimiento, como si antes no tuviera relevancia jurídica, y, en consecuencia, de la negación de un posible cumplimiento voluntario, sino simplemente tal momento procesal marca cuando debe efectuarse su abono, esto es cuando resulta exigible (92). El derecho de alimentos, por tanto, surge desde el mo-

(89) Como precisan Díez PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 54, no es carga del que demanda los alimentos probar la no concurrencia de estas circunstancias, sino del demandado para evitar la condena a prestarlos.

(90) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, págs. 267-268.

(91) DELGADO ECHEVARRÍA, J., «Comentario al artículo 148 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 535; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 270; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 26; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS, C., «La obligación legal de alimentos», *op. cit.*, pág. 49; LASARTE ÁLVAREZ, C., «Principios de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 353; Díez-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 53; ALBALADEJO GARCÍA, M., «Curso de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 15.

(92) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de abril de 1995 (*RJ* 1995/2991), señala que la reclamación judicial es la que concreta la prestación (cuantía o modo de pago), aunque exista con anterioridad el derecho de alimentos y fuera exigible. No debe confundirse el tiempo del nacimiento y el tiempo de exigibilidad de los alimentos; el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias, de 11 de enero de 1992 (*AC* 1992/19); la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 16 de enero de 1996 (*AC* 1996/57), señala que la redacción del artículo 148 del Código Civil es clara cuando dispone que la obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos, pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda; el Auto de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 4.ª, de 1 de febrero de 2000 (*AC* 2001/2415); el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 17 de enero de 2001 (*AC* 2001/2435); el Auto de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 4.ª, de 23 de abril de 2002 (*JUR* 2002/235962); la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 5.ª, de 25 de octubre de 2002 (*AC* 2002/1853); el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 20.ª, de 10 de febrero de 2003 (*JUR* 2004/160117); la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4.ª, de 4 de mayo de 2004 (*JUR* 2004/190102); la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3.ª, de 11 de octu-

mento en que el acreedor los necesite, pues, realmente lo que hace el citado precepto es señalar dos momentos distintos en la relación jurídica: uno el momento en que el derecho nace y es exigible por su titular y otro, el momento a partir del cual los alimentos fijados judicialmente deben ser abonados al alimentista. En todo caso, la sentencia estimatoria de los alimentos que reconoce y declara la existencia de la obligación exigible desde la situación de necesidad, pero sin que tenga ésta eficacia retroactiva para el tiempo anterior a la demanda —aunque la necesidad pueda justificar su exigibilidad— (93), pues, los efectos de la misma no van más allá del momento de interposición de la demanda, evitando que la duración misma del proceso perjudique los intereses del demandante (94). La negación de la eficacia retroactiva de la demanda se ha explicado tradicionalmente por la vigencia del principio *in praeteritum non vivitur*, esto es, se consideraba que si los alimentos eran necesarios para la subsistencia, ello debía conllevar su inmediata exigibilidad, sin comprender los posibles alimentos de épocas anteriores a la reclamación y, asimismo, por consideraciones pragmáticas (95).

Desde el momento que la obligación nace con la concurrencia de los presupuestos, puede exigirse su cumplimiento, judicial o extrajudicialmente. El deudor obligado a prestar los alimentos, puede hacerlo voluntariamente, antes de la intervención del Juez o sin ella, en cuyo caso estaríamos ante un verdadero cumplimiento de una obligación civil. Si opta el alimentista por no cumplir con su obligación, será necesaria su exigencia mediante requerimiento extrajudicial o actuación judicial, incurriendo el deudor en mora a partir de tal momento.

No obstante, la negativa a cumplir puede determinar, entre otras consecuencias, el que sea considerada como causa de desheredación a los efectos del artículo 853.1 del Código Civil, desheredación de los hijos y descendientes, «*por haber negado sin motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente*»;

bre de 2004 (*JUR* 2004/289751); la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 3.ª, de 30 de marzo de 2005 (*JUR* 2005/124791); la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 22 de noviembre de 2005 (*JUR* 2006/91592); la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 15 de marzo de 2007 (*JUR* 2007/120585); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5.ª, de 14 de abril de 2008 (*JUR* 2008/234436).

(93) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 1.ª, de 23 de enero de 2008 (*JUR* 2008/228088). Igualmente, se expresa el artículo 237-5.1 del Código Civil catalán. Sin embargo, en el número 2 del citado precepto se señala que: «*en el caso de alimentos a los hijos o hijas menores, también se podrá demandar los anteriores a la reclamación judicial o extrajudicial, hasta un periodo máximo de un año, si la reclamación no es hecha por causa imputable a la persona obligada a prestarlos*».

(94) BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., «Comentario al artículo 148 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. III, vol. 2.º, dirigido por Manuel ALBALADEJO, Edersa, Madrid, 1982, pág. 48.

(95) DELGADO ECHEVARRÍA, J., «Comentario al artículo 148 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 535-536, quien precisa que, por un lado, el alimentista ha vivido hasta allí sin los alimentos que pide, de manera que ya no se fundamentan en la necesidad vital del alimentista, que de hecho ha quedado cubierta; y por otra parte, la condena al pago de las cantidades acumuladas en el pasado podría llegar a suponer una carga insoportable, mientras que no serviría para las necesidades futuras del alimentista, por hipótesis cubiertas por las pensiones ordenadas para el futuro. Cosa distinta es que, como asimismo apunta el auto, quepa pedir al alimentante que no cumplió, una indemnización de los daños y perjuicios que su incumplimiento ocasionó al alimentista, pero ya no como una obligación indemnizatoria ordinaria; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 27; PUIG PEÑA, F., «Voz: Alimentos», *op. cit.*, pág. 585.

del artículo 854.2, desheredación de los padres y ascendiente por «*haber negado los alimentos a sus hijos o descendientes sin motivo legítimo*»; y del artículo 855.3, desheredación del cónyuge por «*haber negado alimentos a los hijos o al otro cónyuge*»; como causa de revocación de las donaciones por ingratitud conforme al artículo 648.3 del Código Civil «*si le deniega indebidamente los alimentos*» (96).

En todo caso, el incumplimiento consciente del obligado a alimentos ante los requerimientos extrajudiciales del necesitado puede, para algunos autores, dar lugar a una obligación de indemnizar al alimentista por los daños y perjuicios causados por dicho incumplimiento, en particular, cuando aquél se vio obligado a incurrir en deudas para proveer su mantenimiento, que resultan impagadas (97). Tal indemnización tendrá su causa, además de «en el deber general de indemnizar por los daños causados por el retraso en el cumplimiento de una obligación (art. 1.101 del Código Civil), en la necesidad de no dejar impune de responsabilidad al deudor que, con su comportamiento ha provocado que el cumplimiento de la obligación devenga imposible al no atender a tiempo la reclamación, e incluso, en la necesidad de compensar, de alguna forma, al acreedor del perjuicio que le ocasiona el excesivo rigor del artículo 148.1, al privarle de los alimentos anteriores a la demanda» (98).

En cualquier caso, si la prestación de alimentos ha sido anticipadamente satisfecha por un tercero, procede frente al mismo el correspondiente reembolso en los términos señalados en el artículo 1894.1 del Código Civil (99). Sobre el alimentante recae una obligación que surge de la existencia de una necesidad, por lo que si los asume un tercero, tiene éste derecho a reclamárselos al obligado, aunque el alimentista no hubiese interpuesto demanda (100).

V. RÉGIMEN JURÍDICO

5.1. ELEMENTOS PERSONALES. SUJETOS DE LA OBLIGACIÓN

Como hemos expuesto, la obligación de alimentos como obligación estrictamente familiar exige una previa relación conyugal o de parentesco entre el

(96) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, págs. 283-284; DELGADO ECHEVARRÍA, J., «Comentario al artículo 148 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 535; Díez-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 55.

(97) DELGADO ECHEVARRÍA, J., «Comentario al artículo 148 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 536; PADIAL ALBÁS, A., «La obligación de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 236; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 27; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 284, para quien «está justificada no sólo para el resarcimiento de posibles daños, sino también para evitar que la negativa a prestar alimentos libere totalmente al obligado de cualquier responsabilidad hasta que éstos sean reclamados judicialmente».

(98) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, págs. 284-285.

(99) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21.ª, de 10 de marzo de 1998 (AC 1998/7015); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 5 de julio de 2005 (JUR 2006/222902). Asimismo, vid., el artículo 237-11 del Código Civil catalán.

(100) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 285; DELGADO ECHEVARRÍA, J., «Comentario al artículo 148 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 535.

acreedor y el deudor, siendo tal relación un presupuesto ineludible para su nacimiento. El artículo 143 del Código Civil determina, en una enumeración cerrada, quiénes son los sujetos eventualmente obligados, o menor, cuáles son los vínculos familiares en los que se basa la relación. Así dispone que «*están obligados a darse alimento recíprocamente en toda la extensión que señala el artículo precedente*»:

1. Los cónyuges.
2. Los ascendientes y descendientes.

Los hermanos sólo se deben los auxilios necesarios para la vida, cuando los necesiten por causa que no sea imputable al alimentista, y se extenderán en su caso a los que precisen para su educación».

Fuera de las relaciones familiares, señaladas en el citado precepto de forma taxativa por el legislador, no existe la obligación de alimentos de los artículos 142 y siguientes del Código Civil, pues, como tal obligación legal no se presume (art. 1.090 del Código Civil); en consecuencia, sólo se aplica a los distintos tipos y grados de parentesco contenidos en la citada regulación, que siempre que concurren con los demás presupuestos ya analizados: la necesidad de uno de los sujetos y la posibilidad económica del otro para hacer frente a tal necesidad, posibilitan el nacimiento de la obligación (101). Serán alimentistas quienes tienen derecho al abono de los alimentos a cargo de cualesquiera de sus familiares (102); y, alimentantes, los parientes obligados al pago de tales alimentos.

Ahora bien, las personas enumeradas en el artículo 143 no son más que eventuales sujetos de la obligación de alimentos, cuya posición *a priori* no está determinada, pues cualquiera de ellas puede asumir la condición de deudor o de acreedor de alimentos dependiendo de su respectiva situación económica y de necesidad, al estar «*obligadas recíprocamente*». De manera que, todos son tanto potenciales obligados como titulares de un derecho de alimentos, obligación y derecho que se concreta cuando concurren los otros dos presupuestos mencionados, estado de necesidad y medios económicos. Asimismo, que estén recíprocamente obligados supone, además, que cualquiera de ellos puede variar la posición que inicialmente ha asumido en la relación, si se produce un cambio en su situación económica. El deudor puede invertir su posición a la de acreedor, si por los avatares de la fortuna, su situación económica disminuye en tal grado, que le impide cubrir sus propias necesidades vitales y las de su familia; e, igualmente, el acreedor puede mejorar en su condición económica que, puede determinar su extinción; y pasar a ocupar la posición de deudor, cuando exista un pariente necesitado, que puede ser el que en otro momento, le prestó alimentos.

Por tanto, del contenido del artículo 143 los posibles sujetos de la relación alimenticia son aquellos que están unidos por un vínculo conyugal o de paren-

(101) Como advierte Díez-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 51, si los alimentos se dan más allá del parentesco contenido en el artículo 143 del Código Civil, se realiza un acto de carácter gratuito, a menos que existan datos que permitan considerarlo como cumplimiento de una obligación moral.

(102) En la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sala Sexta, *Caso Jackie Farrell contra James Long*, sentencia de 20 de marzo de 1997 (TJCE/1997/61), define al acreedor de alimentos a los efectos del artículo 5.2 del Convenio de Bruselas de 27 de agosto de 1968, como todo solicitante de alimentos, incluso el que ejercita por primera vez una acción en materia de alimentos.

tesco. Respecto a los primeros, resulta necesario que exista un vínculo matrimonial, de forma que, no existe obligación legal de alimentos para quienes conviven en situación análoga a la conyugal (parejas de hecho o uniones de hecho) (103). Esto no impide que, los miembros de tales parejas o uniones de hecho pacten una obligación de alimentos, y, por tanto, se atengan a lo pactado (104); y, que algunas leyes autonómicas sobre parejas de hecho establezcan una obligación de alimentos recíproca a cargo de los convivientes (105). Recordemos que mientras la vida matrimonial se desarrolla con normalidad, las recíprocas prestaciones de carácter alimenticio son consecuencia del deber de ayuda (art. 67 del Código Civil) y de socorro mutuo (art. 68 del Código Civil), que se materializan y concretan en el deber de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio (art. 1318.1 del Código Civil). Sólo cuando la comunidad de vida conyugal se rompe es cuando aquel deber de socorro y ayuda mutua se traduce en un deber de alimentos propiamente dicho. De ahí, la afirmación inicial del artículo 143.1, relativa a que los cónyuges están recíprocamente obligados a darse alimentos.

(103) De igual forma se pronunciaba el artículo 260 del Código de Familia catalán, pues, señala como personas afectadas: «1. Los cónyuges, los descendientes, los ascendientes y los hermanos están obligados a prestarse alimentos. 2. Los deberes de asistencia entre cónyuges y entre padre o madre e hijos se regulan por las disposiciones específicas y, subsidiariamente, por las previstas en el presente Código. 3. Los hermanos mayores de edad y no discapacitados sólo tienen derecho a los alimentos necesarios para la vida, siempre que los soliciten por una causa que no les sea imputable. 4. Si la persona que tiene derecho a recibir alimentos es descendiente de la persona obligada y la necesidad deriva de causa que le es imputable, mientras ésta subsista, sólo tiene derecho a los alimentos necesarios para la vida». Sin embargo, la Ley 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Pareja, sí establecía tal obligación en el artículo 8 (para la unión heterosexual): «los miembros de la pareja estable tienen la obligación de prestarse alimentos, con preferencia a cualquier otro obligado»; y el artículo 26 (para la unión homosexual): «los miembros de la pareja estable tienen la obligación de prestarse alimentos con preferencia a cualquier otro obligado». Asimismo, el artículo 14 del citado texto legal reconocía el derecho de cualquiera de los miembros de la pareja heterosexual a reclamar del otro, al cesar la convivencia: «una pensión alimentaria periódica, si la necesita para atender adecuadamente a su sustento, en uno de los casos siguientes: a) Si la convivencia ha disminuido la capacidad del solicitante de obtener ingresos; b) Si tiene a su cargo hijos o hijas comunes, en circunstancias en que su capacidad de obtener ingresos quede disminuida». El mismo derecho asiste a cualquiera de los miembros de una pareja homosexual para reclamar al otro una pensión: «si la necesita para atender adecuadamente a su sustento, en el caso de que la convivencia haya reducido la capacidad del solicitante de obtener ingresos» (art. 31.2). Con la aprobación del Libro II, el artículo 234-10.1 del Código Civil de Cataluña dispone que: «1. Si la pareja estable se extingue en vida de los convivientes, cualquiera de los convivientes puede reclamar del otro una prestación alimentaria, si la necesita para atender adecuadamente su sustentación, en uno de los casos siguientes: a) Si la convivencia ha minorado la capacidad del solicitante de obtener ingresos; b) Si tienen hijos e hijas comunes en circunstancias en que su capacidad de obtener ingresos queda minorada».

(104) Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid (art. 4).

(105) La Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativas a las parejas estables no casadas de Aragón, en cuyo artículo 13 dispone que: «los miembros de la pareja están obligados a prestarse alimentos entre sí con preferencia a cualesquiera otras personas legalmente obligadas»; y la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables de las Islas Baleares, en cuyo artículo 6 señala: «los miembros de la pareja estable tienen la obligación de prestarse alimentos y se les debe reclamar con prioridad sobre cualquier otro obligado legalmente».

Ahora bien, este deber de alimentos, que surge como consecuencia de la situación de crisis matrimonial, subsiste mientras se mantenga el vínculo matrimonial, esto es, tanto en la separación de hecho como en la separación judicial, y, en este último caso, tanto mientras se tramita el proceso matrimonial como después de la sentencia firme. El artículo 103 del Código Civil enumera las distintas medidas provisionales y de carácter temporal, que el Juez ha de adoptar, una vez admitida la demanda de separación, y a falta de acuerdo entre ambos cónyuges aprobado judicialmente, entre las que señala la fijación de «3.^a La contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio». Decretada la separación, estas medidas son reemplazadas por las medidas definitivas, en las que, o bien se sustituyen aquéllas, o simplemente se ratifican, o, en su caso, se suplen o se complementan (art. 106 del Código Civil).

En todo caso, los cónyuges pueden ponerse de acuerdo y fijar en el convenio regulador entre otros extremos: «D) La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso» (art. 90 del Código Civil); y sólo en defecto de tal acuerdo, o en caso de no aprobación del mismo, corresponde decidir al juez que habrá de determinar, en la sentencia de separación: «las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con ...las cargas del matrimonio» (art. 91 del Código Civil).

El legislador apela siempre a la libertad de los cónyuges para decidir sobre su participación en el levantamiento de las cargas familiares y la preferencia en los acuerdos que adopten, reconociéndoles un incuestionable poder de autorregulación de sus crisis matrimoniales. Cuando ambos cónyuges están de acuerdo y plasman en el correspondiente convenio regulador entre otras medidas la prestación de alimentos para los hijos menores de edad y para el cónyuge más necesitado de protección, resultarán plenamente eficaces, una vez aprobado judicialmente el convenio, salvo si lo dispuesto en el mismo es dañoso para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges (art. 90 del Código Civil). Siempre lo convenido en el mismo será preferente a lo establecido por el Juez en virtud del artículo 103.3 del Código Civil.

Por tanto, es precisamente durante la separación matrimonial, mientras subsiste el vínculo matrimonial, cuando realmente se materializa y se concreta la obligación recíproca de alimentos entre cónyuges. No cabe la fijación de oficio, sino que el Juez sólo podrá incluir en la sentencia un pronunciamiento sobre alimentos de un cónyuge separado, si previamente ha sido reclamado por éste, de lo contrario se incurriría en incongruencia, ya que en esta materia está vigente el principio procesal de rogación; a diferencia de lo que ocurre con los alimentos de los hijos. En la sentencia quedará fijada la prestación debida, calculada en proporción a las respectivas situaciones de necesidad y posibilidad económica de los cónyuges (art. 146 del Código Civil), y, necesariamente, habrá de consistir en una pensión, pues, el cónyuge obligado no podrá optar por la prestación en el propio domicilio familiar, ya que el uso del mismo puede no serle atribuido y, en cuanto, además, tal opción contradice «la situación de convivencia del alimentista determinada por las normas aplicables o por resolución judicial» (art. 149.2 del Código Civil). De todas formas, puede suceder que en la sentencia no se fije ninguna pensión alimenticia, al no acreditarse el estado de necesidad de ninguno de los cónyuges; sin que ello impida que posteriormente se pueda solicitar por el cónyuge, que devenga necesitado; lo que exigirá iniciar un procedimiento de modificación de medi-

das, por alteración sustancial de las circunstancias (art. 90.3 del Código Civil); o simplemente, reclamar tal pensión en el correspondiente juicio verbal de alimentos.

Por otra parte, conviene poner de manifiesto, que es posible que no se convenga una prestación de alimentos, al convenirse una pensión compensatoria; o también se puede acumular ambas pensiones; o simplemente, convenirse con carácter exclusivo una prestación de alimentos.

Ahora bien, si la crisis desemboca en la ruptura completa del vínculo, esto es, en divorcio, los cónyuges dejan de serlo y desaparece el requisito subjetivo del artículo 143.1 del Código Civil, presupuesto de los alimentos, siendo improcedente su imposición legal (106). Por tanto, la sentencia firme de divorcio puede imposibilitar que surja la obligación de alimentos; o, suponer el cese de ésta; y, que sea sustituida por una pensión compensatoria o por desequilibrio (art. 97 del Código Civil) (107).

Por último, si el matrimonio se declara nulo. La nulidad supone que el vínculo matrimonial aparentemente establecido entre los contrayentes nunca ha existido. No se trata de una disolución del vínculo como consecuencia de una situación de crisis matrimonial, como sucede en el divorcio, sino la desaparición del matrimonio tras el correspondiente pronunciamiento judicial. En lógica consecuencia, tras la sentencia firme de nulidad del matrimonio no cabe hablar de prestaciones alimenticias basada en una relación conyugal, que nunca ha existido. Sin embargo, algún autor sobre la base de la doctrina del matrimonio putativo (art. 79 del Código Civil), plantea la posibilidad de un

(106) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de junio de 1988 (*RJ* 1988/5138); de 7 de marzo de 1995 (*RJ* 1995/2151); y de 23 de septiembre de 1996 (*RJ* 1996/6731); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5.ª, de 7 de abril de 1999 (*AC* 1999/6944), y de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5.ª, de 6 de julio de 2000 (*JUR* 2000/285728).

(107) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.ª, de 17 de octubre de 1998 (*AC* 1998/1902). Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 27 de octubre de 1994 (*AC* 1994/1771), en su *Fundamento de Derecho* 2.º señala como diferencias entre los alimentos y la pensión por desequilibrio que: «son instituciones distintas que responden a presupuestos y fundamentos diferentes, viniendo regulada la pensión de alimentos por los artículos 142 y siguientes del Código Civil, y que, obedeciendo a criterios de necesidad, atiende a proveer de lo indispensable para sufragar las necesidades vitales bajo los condicionamientos de las del favorecido y recursos del obligado, mientras que la pensión por desequilibrio lo está por el artículo 97 del mismo texto legal, y encuentra su razón de ser en el menoscabo económico que padece uno de los cónyuges como consecuencia de la separación o divorcio —constituyendo el concepto de desequilibrio un presupuesto más amplio que el de necesidad, ya que abarca no sólo las necesidades vitales—, y se dirige, como ya se ha dicho, a restablecer el perjuicio económico derivado de los supuestos de crisis reseñados, radicales diferencias en cuanto a fundamentos y presupuestos que, en tono menor, se encuentran reflejadas tanto en lo que se refiere al momento de su exigibilidad —el de alimentos desde que se necesita y la pensión por desequilibrio desde que se dicta la oportuna sentencia de separación o divorcio— como en cuanto al cese de la obligación —aquella con la muerte del obligado siendo ésta transmisible a los herederos—, a su renunciabilidad y transacción —no lo es la de alimentos y cabe la sustitución de la de desequilibrio por otras formas de pago—, en cuanto a la prescriptibilidad —impropia de la alimenticia y sujeta al lapso de las acciones personales la otra—, y, al tiempo de ejercicio de la acción correspondiente —no sujeta a límite la de alimentos y de necesario ejercicio en las correspondientes demandas la de desequilibrio—».

derecho de alimentos a favor del cónyuge de buena fe (108). Lo que resulta una interpretación un tanto forzada del citado artículo 79, pues, los efectos que se mantienen tras la sentencia de nulidad «*respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe*», no son porque los fije *ex novo* la propia sentencia, sino que simplemente en la misma no se invalidan los efectos ya producidos con anterioridad (109).

Respecto del vínculo de parentesco, sólo el parentesco por consanguinidad es susceptible de generar la obligación. Y dentro de éste, la relación alimenticia vincula esencialmente a los parientes en línea recta: ascendientes y descendientes, sin límite de grado, aunque la existencia de un obligado anterior excluye al de grado posterior (art. 144.2 y 3) (110); y, con independencia del parentesco matrimonial, no matrimonial o adoptivo (111). Asimismo, la obligación se extiende a la línea colateral, pero sólo respecto de los colaterales de segundo grado: los hermanos, excluyendo los de doble vínculo a los de vínculo sencillo (art. 144.4), y quedando los alimentos restringidos a los auxilios necesarios para la vida (artíc. 43 *in fine*) (112). No es posible extender más allá del segundo grado el parentesco por consanguinidad (113); y, por supuesto, queda excluido el parentesco por afinidad o político (114).

(108) LUNA SERRANO, A., *El nuevo régimen de la familia*, I. *Matrimonio y divorcio* (con JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA, AGUSTÍN LUNA SERRANO, JESÚS DELGADO ECHEVARRÍA y FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ), Civitas, Madrid, 1982, pág. 366.

(109) En esta línea, MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 346; CORBACHO GÓMEZ, J. A., «La deuda alimenticia», *op. cit.*, pág. 71.

(110) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de diciembre de 1983 (*RJ* 1983/6816); las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 29 de mayo de 1999 (*JUR* 2000/1054); de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 4.ª, de 30 de mayo de 2000 (*JUR* 2000/268232); de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.ª, de 28 de octubre de 2000 (*JUR* 2001/45672); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4.ª, de 1 de febrero de 2001 (*JUR* 2001/116108); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10.ª, de 17 de marzo de 2001 (*AC* 2001/1992); de la Audiencia Provincial de León, Sección 1.ª, de 12 de junio de 2002 (*JUR* 2002/211076); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 18 de julio de 2002 (*AC* 2002/1700), hijo de marroquíes menor de edad al que se le aplica la legislación española al considerarse preferente el Convenio de La Haya de 1973 al artículo 9.4 del Código Civil, pues aquél tiene eficacia *erga omnes*, y, a pesar de que Marruecos no sea parte del mismo, al tratarse de una cuestión de orden público, y de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16.ª, de 26 de julio de 2004 (*JUR* 2004/217398).

(111) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 1.ª, de 16 de marzo de 2000 (*JUR* 2000/126948); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 18 de septiembre de 2006 (*JUR* 2007/106600).

(112) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 27 de septiembre de 1993 (*AC* 1993/1599); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4.ª, de 6 de febrero de 2001 (*JUR* 2001/116510).

(113) A diferencia del Código Civil portugués que extiende los alimentos más allá de los colaterales en segundo grado, vinculando jurídicamente a tíos y sobrinos menores. Así el artículo 200.1 dispone: «*Estao vinculados à prestação de alimentos, pela orden indicada: ...e) Os tios, durante a menoridade do alimentando...*».

(114) En Francia, sin embargo, se extiende la obligación al parentesco por afinidad, pues impone a las nueras y a los yernos el deber de proporcionar alimentos a sus suegros; si bien, sólo hasta el primer grado, sin que pueda ampliar a grados sucesivos. El esposo/a debe alimentos a los padres de su cónyuge, pero no a sus abuelos. Así se

El artículo 144 del Código Civil impone un orden de reclamación cuando se trata de parientes en línea recta, primero se ha de dirigir «a los descendientes de grado más próximo», y después a los «ascendientes también de grado más próximo» (115). Por tanto, los hijos del alimentista son los primeros necesitados, y, sólo en su defecto, o ante la falta de recursos, se extenderá la obligación a los nietos, y así sucesivamente. Lo mismo ocurre en la línea ascendente donde los principales obligados son los padres, y cuando éstos no puedan prestar alimentos, porque han fallecido o por no disponer de medios para cumplir con tal obligación, se puede reclamar alimentos a los abuelos. En todo caso, para que la demanda contra éstos prospere, no es preciso que se haya demandado previamente a los padres, pues, resulta suficiente con acreditar que, éstos, en cuanto parientes de grado más próximo, no se hallan en condiciones para hacer frente a la obligación de alimentos (116). Efectivamente, el alimentista no se encuentra sujeto de una manera estricta al orden de prelación entre los obligados a prestarlos al poderse dirigir contra cualquiera de los obligados de grado posterior, con tal de que lo justifiquen en los términos apuntados (que los alimentantes obligados con anterioridad carecen de medios para satisfacerlos), evitando de ese modo, al reclamante en estado de necesidad, el gravamen de promover una serie de procedimiento escalonados contra los distintos alimentantes hasta llegar al que por sus recursos, sería el obligado (117).

Ahora bien, esta proximidad de parentesco como criterio por el que se determina la atribución de la obligación de alimentos, donde, dentro de la misma línea, el grado más próximo excluye al más remoto, no plantea en principio especial dificultad interpretativa, salvo porque el propio legislador dispone en

dispone en el artículo 206: «*Les gendres et belles-filles doivent également, et dans les memes ciconstances, des aliments à leur beau-père et belle-mère, mais cette obligation cesse lorsque celui des époux qui produisait l'affinité et les enfants issus de son union avec l'autre époux sont décédés*». Igualmente, el legislador italiano ha impuesto una obligación similar. El artículo 433 del *Codice Civile* señala, entre las personas obligadas a prestarse alimentos, al yerno y a la nuera en cuarto lugar, y en quinto lugar a los suegros. El artículo 433 manifiesta al respecto: «*All'obbligo di prestare gli alimenti sono tenuti, nell'ordine seguente: 4) I genere e le noure; 5) Il suocero e la suocera*».

(115) La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de abril de 1991 (RJ 1991/2685), señala que el artículo 144 del Código Civil no impone efectivamente a los acreedores alimentarios, la sujeción estricta a la numeración que el artículo contiene, sino que la reclamación la pueden promover contra cualquiera de las personas que menciona la referida norma, puesto que otra interpretación sería contraria a los fines de concreción y economía de los procesos (*Fundamento de Derecho 2.º*); la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, de 2 de noviembre de 1994 (AC 1994/2227), que, igualmente, dispone que el orden de prestación contenido en el artículo 144 del Código Civil, dados los fundamentos y motivos que determinan subjetivamente la obligación alimenticia, este precepto no impone efectivamente a los acreedores alimentarios la sujeción estricta a la numeración que el artículo meritado contiene, sino que la reclamación la pueden promover contra cualesquiera de las personas que menciona la norma (*Fundamento de Derecho 2.º*). Asimismo, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Huesca, de 23 de marzo de 1998 (AC 1998/507), y de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4.ª, de 23 de abril de 2004 (JUR 2004/150993).

(116) PUIG PEÑA, F., «Voz: Alimentos», *op. cit.*, pág. 592. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de abril de 1991 (RJ 1991/2685).

(117) PADIAL ALBÁS, A., «La obligación de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 142. Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de abril de 1991 (RJ 1991/2685), en el que un padre con catorce hijos mayores de edad, divorciado, reclama alimentos no a sus hijos, sino a su madre y hermano.

el último párrafo del artículo 144 que: «entre los descendientes y ascendientes se regulará la gradación por el orden en que sean llamados a la sucesión legítima de la persona que tenga derecho a los alimentos», donde el orden no es exactamente de proximidad de parentesco, sino el de proximidad de grado sucesorio en los términos de los artículos 930 a 938 del Código Civil. Así, si el alimentista tiene descendientes de distinto grado: hijos y nietos, descendientes éstos de un hijo premuerto, cabe preguntarse: ¿Quién o quiénes son los obligados? Siguiendo el criterio de proximidad del citado artículo 144.2, la obligación recae únicamente sobre los descendientes más cercanos, los hijos, quedando excluidos los nietos de la obligación. Pero si nos atenemos a lo dispuesto en el mencionado último párrafo del artículo 144, el criterio de sucesión legítima determina que los hijos del premuerto son llamados por derecho de representación (art. 925 del Código Civil). Por tanto, deberán asumir la obligación junto a otros parientes —hijos del alimentista—.

Ante tal situación, la doctrina se ha pronunciado en diverso sentido, intentando ofrecer una solución a la aparente contradicción en la redacción del citado artículo 144. Una parte ha señalado que: «en el supuesto que son llamados a la sucesión legítima todos los que no tienen mediados sucesorio entre ellos y el causante, cabría argumentar que “el grado más próximo” se refiere a éstos; y no al grado más cercano de descendientes. De esta forma, la expresión del artículo 144.2 trataría de eliminar a aquéllos que, viviendo sus padres o abuelos, desciendan del alimentista, ascendiente en grado más lejano».

Sin embargo, como asimismo, añaden la solución es realmente dudosa, pues, si se acepta la contribución de todos los descendientes sin mediador sucesorio, se plantea el ulterior problema de saber, si contribuyen todos por cabezas, cada uno en proporción a su fortuna o por estirpes (118). A juicio de MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, si se sigue el criterio de contribución de todos los descendientes, es más acertado distribuir la prestación debida por estirpes y no por cabezas (119).

Para otra parte de la doctrina, sin embargo, a pesar del contenido del último párrafo del artículo 144, no parece adecuado entender que, habiendo hijos, el alimentista pueda reclamar alimentos a los nietos o a los bisnietos en el puesto en que serían llamados a la sucesión legítima por derecho de representación; pues sólo se puede reclamar alimentos a los descendientes más próximos; y, asimismo, el citado último párrafo del artículo 144 debe entenderse en el sentido de completar y no de excepcionar las reglas anteriores (120).

En todo caso, como afirma acertadamente DELGADO ECHEVARRÍA: «quizá la remisión al orden de la sucesión intestada no haya sido prevista para estos problemas, sino para los de la concurrencia de descendientes y ascendientes legítimos y naturales. Hasta 1981, los hijos naturales sucedían sólo en ausencia de descendientes y ascendientes legítimos, luego a falta de éstos quedaban obligados a prestar alimentos al padre. Hoy el último párrafo del artículo 144 ya no cumple esta función (equiparadas todas las filiaciones), y quizá, ninguna

(118) LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 25; DELGADO ECHEVARRÍA, J., «Comentario al artículo 144 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 526.

(119) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 357. En el mismo sentido, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «La obligación legal de alimentos», *op. cit.*, pág. 45.

(120) CORBACHO GÓMEZ, J. A., «La deuda alimenticia», *op. cit.*, pág. 100; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «La obligación legal de alimentos», *op. cit.*, pág. 45, aunque advierte que la solución es discutida, por más que la letra de la ley no parezca permitir excesivas dudas.

en concreto, sirviendo tan sólo de recordatorio de las relaciones que, *grosso modo*, doctrina y legislación han apreciado siempre entre la obligación de alimentos y el Derecho de Sucesiones» (121).

En este contexto, la obligación de mantener a los hijos menores de edad no emancipados deriva de la relación paterno-filial (art. 154 del Código Civil), y debe ser asumido por los dos progenitores, con independencia de la relación que exista entre ellos. Tanto el padre como la madre, estén o no casados entre sí, o lo hayan estado con anterioridad, han de soportar esta obligación, que forma parte de las cargas familiares, a cuyo levantamiento se hallan sujetos por supuesto los bienes de ambos cónyuges (art. 1.318 del Código Civil). Siendo, si el régimen económico-matrimonial de gananciales, a cargo de la sociedad de gananciales (art. 1362.1 del Código Civil); y, si es de separación de bienes o de participación de bienes, la contribución de los cónyuges al sostenimiento de los hijos en particular, y de las cargas del matrimonio en general, se hará de forma proporcional a sus respectivos recursos económicos (art. 1.438 del Código Civil). Por tanto, durante la convivencia matrimonial, la ley indica los términos en que ha de ser satisfecha la obligación impuesta a los progenitores respecto de sus hijos menores de edad, en cuanto la misma forma parte de las cargas familiares. Resulta aplicable a cualquier tipo de filiación, matrimonial, no matrimonial o adoptivos (122). Ahora bien, cuando tiene lugar una situación de crisis matrimonial, no cabe duda que el deber de asistencia de los padres se mantiene, en cuanto encuentra su fundamento en la relación paterno-filial. Así lo establece expresamente el legislador en el artículo 92.1 del Código Civil al señalar que «*la separación, la nulidad y el divorcio no exime a los padres de sus obligaciones para con los hijos*». Sin embargo, es indudable que la nueva situación generada por esta ruptura exige una reorganización en el cumplimiento de tal deber. En este sentido, el modo de contribución de los progenitores debe ser adaptado al sistema de guarda y custodia, compartida o no, que se fije, y, en todo caso corresponde al Juez determinar cómo debe contribuir cada progenitor para satisfacer los alimentos y, asimismo, qué medidas se ha de adoptar para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento (art. 93.1 del Código Civil), siempre atendiendo «al beneficio o interés del menor», como principio ordenador de las relaciones paterno-filiales (arts. 92, 154 y 156 del Código Civil).

Todo ello, sin perjuicio de que sean los propios cónyuges los que puedan acordar en el convenio regulador la forma de contribución a la prestación de alimentos, que deberá, no obstante, ser ratificado por el Juez.

Cuando tiene lugar la crisis matrimonial, es cuando surge el deber de alimentos entre parientes, que se traduce en una pensión de alimentos, habitualmente a cargo del progenitor no conviviente, y calculada en una cantidad proporcional a su caudal (art. 145.1 del Código Civil). No obstante, es posible un reparto de pago de la pensión entre ambos progenitores, que será deter-

(121) DELGADO ECHEVARRÍA, J., «Comentario al artículo 144 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 527.

(122) Las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.ª, de 16 de noviembre de 1998 (AC 1998/2188); de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 2.ª, de 13 de mayo de 2002 (JUR 2002/188251); y de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, Sección 3.ª, de 27 de junio de 2002 (JUR 2002/242047), se establecen alimentos a favor del hijo no matrimonial. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.ª, de 1 de julio de 2002 (JUR 2002/242507).

minada en una cantidad proporcional a sus respectivos caudales, y pudiendo ser la prestación del progenitor conviviente en especie, mediante el deber de mantenimiento, de atención y cuidado diario en el propio domicilio familiar, sin perjuicio de la exigencia también de una contribución en dinero.

Ahora bien, el deber de mantenimiento vinculado a la minoría de edad de los hijos, sólo subsiste hasta que la misma finalice. Ello no implica que el hijo mayor de edad pierda su derecho a ser alimentado por los progenitores, sino que, a partir de entonces, ese derecho se configura como un derecho de alimentos en sentido estricto en los términos del artículo 143 del Código Civil, como obligación alimenticia recíproca entre ascendientes y descendientes. En consecuencia, al alcanzar el hijo la mayoría de edad, la obligación de los progenitores ya no queda englobada en el conjunto de deberes que aparecen vinculados a la patria potestad en el artículo 154 del Código Civil, sino que se configura como una prestación legal autónoma basada en la relación de parentesco y sometida a un régimen jurídico específico. La realidad social nos muestra claramente que la emancipación legal de los hijos no va acompañada de una autonomía económica, que les permita independizarse e iniciar una vida con recursos propios (123). Asimismo, la prolongación de la etapa formativa más allá de la mayoría de edad que retrasa el acceso al mundo laboral; como el alto índice de desempleo entre los jóvenes, que pretenden obtener su primer empleo, determina que la situación de convivencia con sus progenitores se mantenga en el tiempo, y corresponda a éstos seguir cubriendo sus necesidades. Si los progenitores están casados entre sí, y permanece la convivencia matrimonial, el deber de alimentos frente a los hijos que conviven en el domicilio conyugal, queda inmerso en el deber de contribución a las cargas familiares (art. 1.318 en relación con los arts. 1.362 y 1.438 del Código Civil). Si el grupo familiar se rompe como consecuencia de una situación de crisis matrimonial, el cese de la convivencia no afecta al derecho de alimentos del hijo mayor de edad, pues, como ese derecho deriva de la relación de filiación y no la conyugal, se mantiene ante la nueva situación generada por la crisis matrimonial; no obstante, sí que habrá que adaptar la forma de su cumplimiento a la nueva circunstancia familiar. En el artículo 93.2 del Código Civil —fruto de la reforma operada por la Ley 11/1990, de 15 de octubre— fija de forma expresa los alimentos de los hijos mayores de edad dentro del proceso matrimonial, al disponer que *«si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código»* (124). De forma que, mientras que respecto a los hijos menores, no se exige más que su minoría de edad, para los mayores o emancipados han de concurrir los requisitos señalados en el citado precepto: 1. Que carezcan de ingresos propios, bastando que estos sean insuficientes para cubrir sus necesidades más vitales, pues, de lo contrario, basta-

(123) Señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 24 de junio de 1999 (AC 1999/1187), que «es un hecho sociológico constatado que los hijos mayores de edad siguen dependiendo, en cuanto a sus necesidades vitales de vivienda, alimentos, vestido, instrucción, estudios... de sus progenitores, pese a que la Ley les concede el pleno goce de sus derechos civiles (art. 322 del Código Civil), situación jurídica que no corresponde ordinariamente con la autonomía económica».

(124) Igualmente, el artículo 237-1 del Código Civil catalán otorga derecho de alimentos a favor del hijo mayor de edad, siempre que no hayan acabado aún su formación por causa, que no les sea imputables.

ría que percibirse un ingreso mínimo o esporádico para suponer que no carece de ingresos y eximir a sus progenitores del abono de la correspondiente prestación alimenticia (125). 2. Que convivan en el domicilio familiar, entendiendo éste como aquél donde reside el progenitor, bajo cuya guarda y cuidado queden encomendados los hijos, sea éste o no el domicilio familiar en el que residían antes del cese de la convivencia marital (126).

(125) RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, «Comentario al artículo 93 del Código Civil», en *Matrimonio y Divorcio*. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil, coordinados por José Luis LACRUZ BERDEJO, 2.^a ed., Civitas, Madrid 1994; pág. 1074; GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Comentario al artículo 93 del Código Civil», en *Comentarios a las Reformas del Código Civil*, coordinado por Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 572; CORBACHO GÓMEZ, J. A., «Deber de mantenimiento y deuda alimenticia en el artículo 93 del Código Civil», en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 11-12, enero-agosto de 1991, pág. 126; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 397.

(126) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 398; GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Comentario al artículo 93 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 571-572. Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de abril de 1990 (*RJ* 1990/2700); las sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 24 de enero de 1992 (*AC* 1992/123), procede los alimentos a favor del hijo mayor de edad, por ausencia de ingresos propios y dependencia económica de la familia; de la Audiencia Provincial de Madrid, de 25 de enero de 1992 (*AC* 1992/88); de la Audiencia Provincial de Madrid, de 5 de abril de 1993 (*AC* 1993/509), la hija mayor de edad no ha completado sus estudios y no desempeña trabajo alguno; de la Audiencia Provincial de Valencia, de 19 de enero de 1995 (*AC* 1995/840), reducción a la mitad al cumplir los veintiocho años de edad; de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 2.^a, de 13 de noviembre de 1995 (*AC* 1995/2033); de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3.^a, de 20 de febrero de 1997 (*AC* 1997/390); de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6.^a, de 23 de mayo de 2000 (*JUR* 2000/202310), hijo mayor de edad que estudia carrera universitaria; de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 4.^a, de 4 de diciembre de 2000 (*JUR* 2001/64302), hijo mayor de edad con minusvalía del 69 por 100, dificultad para obtener trabajo y permanecer en el mismo; de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 8.^a, de 3 de enero de 2001 (*JUR* 2001/113601); de la Audiencia Provincial de Almería, Sección 1.^a, de 20 de febrero de 2001 (*AC* 2001/1497), se encuentra cursando el hijo mayor de edad estudios universitarios; de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7.^a, de 30 de septiembre de 2001 (*JUR* 2003/98958); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 20.^a, de 26 de febrero de 2002 (*JUR* 2003/40793); de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4.^a, de 1 de octubre de 2002 (*JUR* 2003/9002); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, de 15 de octubre de 2002 (*JUR* 2003/21931), descendiente mayor de edad sin ingresos para cursar estudios; de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.^a, de 25 de junio de 2003 (*JUR* 2003/191239); de la Audiencia Provincial de Almería, Sección 2.^a, de 10 de febrero de 2004 (*JUR* 2004/103699); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, de 3 de mayo de 2006 (*JUR* 2006/261179), se trata de una hija de veintitrés años de edad cursando la carrera de Derecho; de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, de 30 de abril de 2008 (*JUR* 2008/177936); y de la Audiencia Provincial de Teruel, Sección 1.^a, de 28 de enero de 2009 (*AC* 2009/1602). Sin embargo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 3.^a, de 13 de junio de 1996 (*AC* 1996/1151) no procede los alimentos por la capacidad económica paterna escasa y haber podido el hijo mayor de edad optar entre incorporarse a la vida laboral o continuar estudios; asimismo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2.^a, de 5 de febrero de 1998 (*AC* 1998/3725), tampoco procede alimentos al hijo mayor de edad porque éste percibe una remuneración; en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, de 27 de julio de 1998 (*AC* 1998/1343), no procede alimentos a favor del hijo mayor de veintiocho años por falta de necesidad y, por no existir impedimento alguno para ejercer el trabajo. No

En consecuencia, operando los requisitos indicados, en los procesos matrimoniales de separación y divorcio, a la pretensión principal de los cónyuges se puede acumular la de alimentos de los hijos mayores. La legitimación para reclamar tales alimentos corresponde, para una parte de la doctrina, sólo al hijo mayor de edad, en cuanto titular único del derecho de alimentos. Para ello debe personarse en el proceso entablado por sus progenitores, constituyéndose en parte o como interviniente adhesivo; sin perjuicio de poder el hijo autorizar expresamente al progenitor con quien convive para su reclamación en el proceso matrimonial (127); para otra, la legitimación recae en el progenitor con quien convive el hijo mayor de edad, al entender que los alimentos correspondientes a éste constituyen cargas del matrimonio, cuya titularidad la ostenta el cónyuge que las ha de soportar (128); o simplemente, porque el progenitor conviviente actúa por un mandato tácito (129); y, finalmente, no falta quien aboga por una legitimación del progenitor conviviente derivada de un derecho propio: el derecho de reembolso que corresponde a quien está satisfaciendo los alimentos en su totalidad frente a los otros obligados que, en este caso, es el otro progenitor (art. 145 del Código Civil). Se trata de una legitimación por sustitución, accionando no en nombre del titular del derecho de alimentos —el hijo mayor de edad—, sino en su propio nombre (130). No obstante, en

inscrito, además, como solicitante en demanda de empleo; y en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 22 de octubre de 2002 (*JUR* 2003/52886), falta de situación de necesidad del hijo mayor de edad, pues posee un título de grado superior de formación profesional y ha trabajado durante cuatro años.

(127) RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, «Comentario al artículo 93 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1076; BELO GONZÁLEZ, R., «Los alimentos de los hijos mayores de edad en el procedimiento matrimonial de sus progenitores», en *Actualidad Civil*, 1991-1, págs. 21-22; y es también la posición defendida por la Fiscalía General del Estado en la consulta número 171.992, de 13 de febrero. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 3.ª, de 19 de octubre de 1998 (*AC* 1998/8309), y de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.ª, de 26 de junio de 2007 (*JUR* 2007/299941).

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de junio de 2003 (*RJ* 2003/5341), señala que, si la obligación del progenitor naciera de un contrato, sólo el hijo puede reclamar el cumplimiento de la estipulación que se hace a su favor (tercero); y la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de noviembre de 2007 (*RJ* 2007/8652), manifiesta que si la obligación hubiera cesado por ejercer el hijo un oficio (art. 152.3.º), pero vuelve a nacer por haber perdido el trabajo, el único legitimado para reclamar alimentos será el hijo mayor de edad.

(128) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de diciembre de 2002 (*RJ* 2002/1038), reconoce a la madre de un hijo no matrimonial legitimación para reclamar alimentos para sus hijos mayores de edad por tener interés en ellos; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1.ª, de 1 de abril de 1998 (*AC* 1998/4765). En la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 23 de septiembre de 2009 (*JUR* 2009/452790), se señala la falta de legitimación activa de la progenitora de la hija mayor de edad para deducir demanda de alimentos a favor de su descendiente.

(129) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 408; GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Comentario al artículo 93 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 579-581; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., *Régimen jurídico de alimentos de hijos mayores de edad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 79-81; VEGA SALA, FRANCISCO, «Alimentos a los hijos mayores y menores de edad», en *Problemas candentes en los procesos de familia*, Dykinson, Madrid, 1995, pág. 155.

(130) MARTÍN NÁJERA, S., «Los alimentos de los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales: el artículo 93.2 y la legitimación», en *Actualidad Civil*, núm. 31, 1-7 de septiembre de 1997, págs. 691-692.

la reclamación de alimentos por el hijo mayor de edad debe dirigirla frente a ambos progenitores (litisconsorcio pasivo necesario) (131).

En todo caso, conviene precisar que la referencia del artículo 143 del Código Civil a los ascendientes y descendientes, como sujetos de la obligación, admite no sólo la extensión del parentesco a todas las líneas y grados, sino también a todo tipo de filiaciones matrimonial, no matrimonial y adoptiva.

En cuanto a la obligación entre hermanos es claramente subsidiaria de la del resto de los obligados. Señalando el artículo 144.4 que «*están obligados en último lugar los que sólo son uterinos o consanguíneos*». De forma que, incluso entre los hermanos, los de doble vínculo son los obligados, en primer lugar, y los de vínculo sencillo en defecto de los anteriores. Por otra parte, sólo recibe los auxilios necesarios para la vida, extendiéndose a los que precise para su educación; y con la particularidad diferencial respecto del resto de parientes, que los necesiten «*por cualquier causa que no sea imputable al alimentista*». Una exigencia de culpa en el acreedor que no se establece para los demás parientes; y que debe ser actual e inmediato.

Teniendo en cuenta el amplio ámbito subjetivo expuesto en el que despliega sus efectos la obligación de alimentos, es posible que exista una pluralidad de alimentantes y de alimentistas.

De existir una pluralidad de parientes potencialmente obligados, no se puede dirigir contra todos, o contra uno de ellos a su elección, sino contra el o los parientes obligados en primer lugar. La Ley, como hemos visto, establece entre los parientes obligados en distinto grado un orden excluyente. De tal forma que, habiendo parientes de un orden más próximo en condiciones de prestar alimentos, no se puede reclamar a los de orden posterior. Únicamente cuando no existan parientes de un determinado grado o no puedan cumplir, el alimentista podrá dirigirse contra los del grado siguientes. Así, si el acreedor de alimentos está casado, su cónyuge es el primer obligado y, ante su imposibilidad de cumplir por falta de medios económicos, corresponderá a los obligados sucesivos, los descendientes, asumir tal obligación.

En consecuencia, el orden de prestación fijado en el artículo 144 ha de ser respetado por el alimentista, siempre que existan obligados a prestar alimentos en el grado correspondiente; pues, de no ser así, se puede demandar alimentos a las personas obligadas en el grado posterior (132). Ahora bien, de existir varios obligados en un mismo grado, el párrafo 1.º del artículo 145 del Código Civil prevé el reparto del pago de la deuda entre todos ellos «*en cantidad proporcional a su caudal respectivo*», configurándose en los términos expuestos, como una obligación mancomunada divisible, salvo en caso de urgente necesidad y

(131) Las sentencias de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4.ª, de 24 de abril de 2002 (*JUR* 2002/184872); y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 9.ª, de 14 de octubre de 2002 (*JUR* 2003/49259), señalan que, en la reclamación de alimentos que realice el hijo mayor de edad debe demandar a los dos progenitores (litisconsorcio pasivo necesario).

Por su parte, en la Consulta de la Fiscalía General del Estado 1/1992, de 13 de febrero, se señala que la forma de solicitud de los alimentos de los hijos mayores de edad será en el proceso matrimonial correspondiente, cuando haya sido propuesta su pensión como medida a adoptar, o en proceso independiente cuando no se haya solicitado. En todo caso, la concesión de los alimentos se efectuará a instancia del descendiente afectado y no de oficio por el Juez.

(132) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de abril de 1991 (*RJ* 1991/2685). Vid., asimismo, el artículo 237-6.2 del Código Civil catalán.

por circunstancias especiales, en el que la obligación se transforma en solidaria, facultándose al Juez para exigir el cumplimiento de la obligación a un solo deudor; si bien, el alimentante que ha satisfecho la totalidad de la deuda puede «reclamar a los demás obligados la parte que les corresponda».

Ante la existencia de una pluralidad de obligados, es necesario que el alimentista proceda contra todos los alimentos para hacer efectiva su deuda, salvo que notoria y justificadamente uno de los obligados carezca de medios suficientes para contribuir, o venga cumpliendo voluntariamente su obligación (133). De forma que, si no lo hace, el demandado o demandados tendrán posibilidad de enervar la acción alegando la excepción de *litisconsorcio pasivo necesario*. Incluso el propio Tribunal de oficio puede oponerla alegando la falta de reclamación frente al resto de los obligados (134). No obstante, esta regla general de dirigir la demanda contra todos los obligados presenta una serie de excepciones como: ante situaciones de urgente necesidad y ante circunstancias especiales a las que alude el artículo 145.2 facultan al Juez para exigir la prestación alimenticia a uno sólo de los obligados, sin que por ello se pueda alegar la excepción de *litisconsorcio pasivo necesario*; o cuando el obligado que notoria y justificadamente no se encuentra en situación de contribuir, concentrándose la deuda en todos los demás; en este caso, la acción debe dirigirse contra el pariente con recurso, sin necesidad de demandar a quien carece de medios económicos (135); o finalmente, cuando el obligado no demanda venga ya prestando alimentos de forma voluntaria, pues, como ha reconocido la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de diciembre de 1983, al considerar que no se da una situación litisconsorcial necesaria que obligue a traer al pleito, en el que se decide la contribución de los abuelos paternos, a la abuela materna con quien conviven los nietos (136).

Por otra parte, acontece que si varios parientes tienen derecho a ser alimentados por la misma persona, se facilitará a todos alimentos, si puede (art. 145.3); pero si no tiene medios para atender a todos, se guardará el mismo orden de preferencia que se observa para su petición, salvo que concurriendo el cónyuge y un hijo bajo patria potestad, será preferido éste (art. 145.3) (137). Ahora bien, de haber dos o más alimentistas necesitados del mismo grado, esto es, que tienen el mismo vínculo de parentesco con el obligado (por ejemplo, se trata de dos hijos del alimentante, ambos emancipados y necesitados de ayuda). En este caso, si el deudor dispone de medios para cubrir las necesidades de todos

(133) MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDÁZ, C., «La obligación legal de alimentos», *op. cit.*, pág. 45. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de diciembre de 1983 (*RJ* 1983/6816); y de 12 de abril de 1994 (*RJ* 1994/2789); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.ª, de 9 de mayo de 1997 (*AC* 1997/1007); de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2.ª, de 5 de febrero de 1998 (*AC* 1998/343); y de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5.ª, de 9 de julio de 1999 (*AC* 1999/1402).

(134) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de abril de 1994 (*RJ* 1994/2789), y de 5 de noviembre de 1996 (*RJ* 1996/7905).

(135) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 2 de marzo de 1996 (*AC* 1996/649), y de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 23 de junio de 1997 (*AC* 1997/1390).

(136) (*RJ* 1983/6816). Vid., asimismo, MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, págs. 202-203.

(137) ALBALADEJO GARCÍA, M., «Curso de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 27; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDÁZ, C., «La obligación legal de alimentos», *op. cit.*, págs. 45-46.

los alimentistas, no hay especial dificultad en el reparto de la prestación. Un reparto que no deberá hacerse en partes iguales, sino atendiendo a la concreta situación de necesidad de cada uno de los alimentistas, conforme al artículo 146 del Código Civil. Sin embargo, de carecer el alimentante de recursos suficientes, en este caso, a falta de previsión legal, la doctrina ha resuelto la cuestión en varias direcciones: o bien, dando preferencia al alimentante más necesitado sobre el resto (138); o guardando el orden establecido en el artículo 144 con la única salvedad que, concurriendo juntamente el cónyuge y un hijo será preferido ésta a aquél (139); o no preferir a ninguno y repartir entre todos los alimentos que el obligado puede soportar (140); o, simplemente dejarlo al prudente arbitrio del Juez (141).

5.2. ELEMENTOS REALES DE LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS. EL OBJETO DE LA PRESTACIÓN

El artículo 142 del Código Civil enumera taxativamente aquellas necesidades que deben ser cubiertas con la prestación alimenticia al disponer que «*se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.*»

Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.

Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto en cuanto no estén cubiertos de otro modo».

(138) La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de mayo de 2001 (RJ 2001/6458), un padre se obligó a pagar distintas cantidades a dos hijos tenidos con diferentes mujeres, sin que ello vulnera el principio de igualdad.

(139) BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., «Comentario al artículo 145 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 43. En el mismo sentido, el artículo 237-8 del Código Civil catalán.

(140) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, págs. 419-420, precisa al respecto que: «la primera de las soluciones exige un determinado criterio para dar preferencia a un alimentista respecto al resto, sin embargo, la ley no señala criterio alguno para establecer un orden de prelación. En tales circunstancias, la única solución será dejar en manos del Juez la decisión sobre qué deudas deben considerarse preferentes. Todo ello, sin olvidar lo que, a su juicio, sería el criterio que más debe valorarse, cuál es la posibilidad que tiene cada uno de los alimentistas de obtener alimentos de un obligado ulterior. En este caso, quien no puede obtener alimentos por otra vía tendrá preferencia sobre quien tenga otro pariente obligado que se los pueda proporcionar». La segunda solución expuesta, es quizá, para la autora, la más equitativa y la más acorde con la ley que no señala criterio de preferencia alguno; sin embargo, cuenta con un serio inconveniente: por el afán de distribuir la prestación entre todos los alimentistas, éstos pueden recibir una cantidad insuficiente, incluso para cubrir sus necesidades mínimas, en cuyo caso los alimentos pierden su razón de ser al no cumplir su finalidad asistencial, ni siquiera respecto de uno sólo de los alimentistas. Vid., asimismo, PADIAL ALBÁS, A., «La obligación de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 155; ALBALADEJO GARCÍA, M., «Curso de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 28. Para MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS, C., «La obligación legal de alimentos», *op. cit.*, pág. 46, parece más razonable, en la línea sugerida por PADIAL ALBÁS, dejar que sea el juez quien resuelva, en función de las necesidades reales de los alimentistas, de las circunstancias que concurran en ellos, de las posibilidades de obtener alimentos de otros obligados de ulterior grado, etc.

(141) PADIAL ALBÁS, A., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 156.

De forma que la prestación de alimentos no puede exceder de lo preciso para cubrir las necesidades de sustento, vestido, habitación, asistencia médica, gastos de embarazo y parto; y gastos de educación e instrucción, todo lo que resulta indispensable para la satisfacción de las mismas (142).

En la partida de alimentos debidos en concepto de habitación, además de la vivienda propiamente dicha y sus enseres, forma parte de la prestación, los gastos de comunidad, impuestos, si proceden, gastos de luz, agua, gas, teléfono, etc. Si el alimentista vive en casa del alimentante serán gastos comunes que éste último tendrá que asumir. Si vive de forma independiente, el cálculo de la cuantía de la prestación habrá de hacerse teniendo en cuenta estos gastos, además de los de alquiler en su caso.

En cuanto a los gastos que deben incluirse dentro de lo indispensable para la asistencia médica, serán aquellos necesarios para la recuperación de la salud, que el alimentista no puede hacer frente, y no estén cubiertos por la Seguridad Social. Señala CORBACHO GÓMEZ que «habrá que acudir en cada momento a los usos sociales. Así, en una sociedad con mayores niveles de exigencia, habrá que considerar como necesarios desembolsos que en otras no lo serían como la asistencia odontológica y la psiquiátrica» (143).

No cabe duda que en éstos se han de incluir los gastos sanitarios ordinarios, cuyo *quantum* resulta difícil determinarlo con exactitud *a priori*, por la imprevisibilidad de su aparición y su frecuencia, al tratarse de especiales situaciones que afectan a la salud de cada individuo, salvo que el alimentista sea un enfermo crónico con unos gastos fijos de tratamiento, consultas médicas, medicinas, etc., en la que es más fácil determinar su cobertura. En cualquier caso, para decidir qué gastos tienen la condición de indispensables, hay que valorarlos desde la concreta situación en que se producen, atendiendo a las circunstancias personales y temporales en que tienen lugar. Respecto a los gastos extraordinarios, algunos autores indican que los mismos deben estar incluidos en el concepto de alimentos, remitiendo al respecto al contenido del artículo 1.041 del Código Civil (144); para otros resulta más razonable que, ante la aparición de los mismos, sea previamente informado el alimentista, salvo en situaciones de urgente necesidad, requiriéndole para que abone por anticipado el importe necesario para su cobertura, y ante la oposición de aquél, solicitar la intervención judicial. De forma que, corresponde al juez, a falta de acuerdo entre las partes, valorar la necesidad de ese gasto extraordi-

(142) Como precisan DIEZ PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 52, pese al nombre, la obligación de alimentos comprende un conjunto de prestaciones cuya finalidad no es sólo la estricta supervivencia, también busca una mejor inserción social (educación e instrucción). Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.ª, de 13 de diciembre de 1999 (AC 1999/8479), en la determinación de los alimentos han de cuantificarse globalmente para todos los conceptos; en el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 13 de junio de 2002 (JUR 2002/278182). Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 4.ª, de 8 de marzo de 2002 (JUR 2002/150608), la contribución a los gastos extraordinarios será de forma proporcional a los recursos económicos y no a los ingresos.

(143) CORBACHO GÓMEZ, J. A., «La deuda alimenticia», *op. cit.*, pág. 38. El Auto de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 2.ª, de 31 de marzo de 2001 (JUR 2001/186574), señala que los gastos de ortodoncia, podología y óptica tienen carácter extraordinario y no tienen incardinación posible en la pensión por alimentos.

(144) CORBACHO GÓMEZ, J. A., «La deuda alimenticia», *op. cit.*, pág. 38.

nario, y, en consecuencia, su consideración de gasto alimenticio y la obligación del alimentante de hacerle frente como parte de la deuda (145).

En cuanto a los gastos educativos, y sin perjuicio de la gratuidad de la enseñanza básica obligatoria que garantiza el artículo 27.4 de la Constitución Española y del programa de becas estatales que atienden especialmente a la situación económica del familiar del destinatario, lo cierto es que, todos los gastos educativos no resultan cubiertos por las prestaciones públicas señaladas. De ahí que, es un hecho que un buen número de gastos, en ocasiones de mayor trascendencia cuantitativa, hayan de ser afrontados por el alimentante, como los gastos de libros de texto y material escolar en general, de transporte escolar, de comedor, uniformes y cualquier otro que de una forma u otra sea necesario en el desarrollo normal de la formación del alimentista. No obstante, otros gastos de formación que podemos calificar de extraordinarios como clases particulares de apoyo, estudios complementarios como idiomas, danza, música, etc., o viajes al extranjero para perfeccionar idiomas, requieren, en todo caso, la aprobación de quien va a sufragarlos, como cualquier otro gasto extraordinario (146); y ante su oposición, corresponde al Juez decidir si se incluyen entre los alimentos debidos (147).

Por otra parte, lo que constituye una realidad es la continuidad de la formación más allá de la minoría de edad, consecuencia de la iniciación de estudios universitarios (148), de formación profesional, de postgrado (doctorado y máster), y de oposición. Se destaca que, si la continuación en la formación, después de la mayoría de edad, es imputable al alimentista, por su falta de esfuerzo y atención, no tiene derecho a reclamar (149); si, por el contrario, no ha terminado esa formación por circunstancias que le son ajenas, sí debe incluirse esta partida en la prestación de alimentos (150). En todo caso, no puede exigirse al

(145) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 442.

(146) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 29 de marzo de 2007 (*JUR* 2007/120388).

(147) La sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 1.ª, de 31 de julio de 1998 (*AC* 1998/1351), en la pensión alimenticia se incluyen los gastos ordinarios que devengue la actividad educativa normal, y la mitad de los gastos extraordinarios referidos a actividades educativas sin importancia. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 17.ª, de 2 de febrero de 2000 (*AC* 2000/4425), se incluye, dentro de la deuda alimenticia, el pago del importe del colegio de la menor.

(148) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 1.ª, de 17 de noviembre de 2000 (*JUR* 2001/87079), hija mayor de edad que cursa sus estudios en una universidad privada fuera del domicilio paterno, gastos mensuales de matrícula y cantidad para gastos personales; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, Sección 1.ª, de 30 de septiembre de 2009 (*JUR* 2009/460298), becas y ayudas al estudio insuficientes para lograr su total manutención.

(149) PADIAL ALBÁS, A., «La obligación de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 99. Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 7 de mayo de 2002 (*JUR* 2002/177778).

(150) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 451. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de León, Sección 2.ª, de 28 de enero de 1999 (*AC* 1999/6042); de la Audiencia Provincial de León, Sección 2.ª, de 28 de enero de 1999 (*AC* 1999/6042); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 16 de febrero de 1999 (*AC* 1999/3475); de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 3.ª, de 30 de septiembre de 1999 (*AC* 1999/7590); y de la Audiencia Provincial de Almería, Sección 1.ª, de 6 de febrero de 2001 (*JUR* 2001/116487).

alimentante un sacrificio económico constante e indefinido, de ahí que, en numerosos pronunciamientos judiciales se haya optado por fijar un límite temporal a partir del cual, se presumirá imputable al alimentista la no terminación de su etapa formativa (151); otras veces, es la aptitud para proseguir el tipo de estudios que ha elegido, esto es, si tiene o no suficiente capacidad para culminar con éxito los mismos; o la actitud de dedicación e interés en proseguir y finalizarlos en un razonable periodo de tiempo; o por, el contrario, existe una dejación o desinterés en los mismos, el criterio para determinar si procede o no la cobertura de tales gastos por el alimentista (152). De todas formas, parece lógico entender que no procede ya la cobertura de tales gastos cuando la formación y titulación, que posee el alimentista le permite ganarse la vida. Por otra parte, no hay que perder de vista que, aunque se le prive del derecho a recibir alimento en concepto de gastos de educación, ello no supone que necesariamente pierda su condición de acreedor alimenticio; pues, tiene derecho a seguir recibiendo alimentos, si carece de medios con los que mantenerse (153).

Respecto a los gastos de embarazo y parto, se ha considerado por algunos autores como innecesaria su mención en cuanto tales gastos ya están incluidos en los de asistencia médica (154); para otros, sin embargo, sí tiene sentido dicha mención, pues introduce una novedad importante, la obligación del padre de un hijo no matrimonial de pagar, entre los alimentos debidos al hijo, los gastos de embarazo y parto de su madre, pues, el acreedor de tales gastos será el *nasciturus*, y no la madre. De no ser así, al no existir vínculo conyugal, el padre no estará obligado a hacer frente a tales gastos, al no tener obligación legal de alimentos frente a la madre (155). Por tanto, resulta aplicable básicamente al padre no casado, ni unido a la madre por una situación jurídica de convivencia de hecho estable, pero que debe asumir la obligación de alimentos. En cuanto al inciso que excluye estos gastos en caso de que estén cubiertos de otro modo, hay que entender que se excluyen aquellos gastos que estén cubiertos por prestaciones de la Seguridad Social o asimilables.

(151) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Álava, de 13 de junio de 1992 (AC 1992/1061); de la Audiencia Provincial de Madrid, de 20 de junio de 1995 (AC 1995/1267); de la Audiencia Provincial de Navarra, de 18 de diciembre de 1995 (AC 1995/2453); de Las Palmas, de 29 de enero de 1996 (AC 1996/809); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 3 de noviembre de 1999 (AC 1999/8026); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.ª, de 9 de mayo de 2003 (JUR 2003/171700), y de la Audiencia Provincial de La Rioja, Sección 1.ª, de 8 de marzo de 2006 (JUR 2006/130666).

(152) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 3 de octubre de 1989 (RGD 1990, pág. 2912); y de la Audiencia Provincial de Lugo, de 7 de febrero de 1995 (AC 1995/1000).

(153) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, de 11 de mayo de 1995 (AC 1995/1622).

(154) CORBACHO GÓMEZ, J. A., «La deuda alimenticia», *op. cit.*, pág. 40; LASARTE ÁLVAREZ, C., «Principios de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 354; BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., «Comentario al artículo 142 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 29, muestra su duda de si tales gastos no están ya incluidos en la frase «asistencia médica».

(155) DELGADO ECHEVARRÍA, J., «Comentario al artículo 142 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 524; PADIAL ALBÁS, A., «La obligación de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 96; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 464; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDÁZ, C., «La obligación legal de alimentos», *op. cit.*, pág. 47; Díez-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 52; LASARTE ÁLVAREZ, C., «Principios de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 354.

En este contexto, no formará parte de la deuda alimenticia los gastos por *litis expensa*, como así ha manifestado nuestro Tribunal Supremo, al tener la deuda alimenticia un límite máximo de cobertura, el señalado precisamente en el artículo 142 del Código Civil (156); ni las posibles deudas que tuviera el alimentista, salvo que hayan sido contraídas por el alimentista para satisfacer gastos de manutención de los comprendidos en el concepto de alimentos. Incluso el propio Código Civil se hace cargo de la separación entre ambos al incluir los alimentos entre los gastos no sujetos a colación del artículo 1.041, y señalar como colacionable las cantidades satisfechas por el padre para pagar las deudas de los hijos en el artículo 1.043 (157). Tampoco parece que deban ser asumidos por el alimentante los gastos funerarios a los que alude expresamente el artículo 1894.2 del Código Civil, incluyéndose en ellos no sólo los costes materiales del entierro o la incineración y de los correspondiente funerarios o ritos, sino también todos los gastos relacionados con el fallecimiento de la persona como el traslado del cadáver, esquelas mortuorias, etc., si bien en «proporción a la calidad de la persona y a los usos de la localidad» (158). Aunque no falta quien entiende que el citado artículo 1894.2 es un complemento del artículo 142 y deben ser cubiertos por el alimentante tales gastos como una partida más (159).

Sobre tales bases, para la concreta fijación de la cuantía de la prestación de alimentos, el legislador español no ha optado por un criterio objetivo o aritmético, sino simplemente ha fijado las pautas que han de seguirse en su determinación (160). Así la cuantía en que se cifre la prestación alimenticia ha de ser proporcional al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe (art. 146 del Código Civil) (161). Operando sobre tal proporcionalidad,

(156) Las sentencias del Tribunal Supremo, de 14 de marzo de 1930 (*RJ* 1930/767); de 24 de enero de 1959 (*RJ* 1959/441); y de 10 de octubre de 1967 (*RJ* 1967/4478).

(157) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 428.

(158) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, págs. 466-467.

(159) CORBACHO GÓMEZ, J. A., «La deuda alimenticia», *op. cit.*, pág. 44; BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 58; del mismo autor, «Comentario al artículo 142 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 30; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS, C., «La obligación legal de alimentos», *op. cit.*, pág. 46. Los incluye entre los alimentos a prestar, siempre que no estén cubiertos de otra manera, el artículo 237-1 del Código Civil catalán.

(160) La sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de 17 de octubre de 1994 (*AC* 1994/1768), señala que no cabe fijar la obligación de alimentos en un cifra porcentual en atención a la indeterminación de los ingresos del esposo obligado. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 14 de julio de 1995 (*AC* 1995/1304), se determina la cuantía de la obligación de alimentos en una cuota o porcentaje sobre los ingresos líquidos percibidos y no en una concreta suma de dinero mensual.

(161) La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de noviembre de 1983 (*RJ* 1983/5956), se trata de una cuestión de hecho la fijación de tal proporcionalidad; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 25 de enero de 1992 (*AC* 1992/88); la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 14 de mayo de 1992 (*AC* 1992/720); la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, de 11 de septiembre de 1993 (*AC* 1993/1765); la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 13 de noviembre de 1995 (*AC* 1995/2032); la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 3.ª, de 1 de abril de 1998 (*JUR* 1998/98781); la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 14 de julio de 1998 (*JUR* 1998/90183); la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 1.ª, de 17 de septiembre de 1998

las partes pueden fijar de común acuerdo la cuantía (162). A falta de acuerdo, corresponde al Juez valorar las necesidades de quien reclama alimentos y los medios del posible obligado, respetando igualmente, la proporcionalidad exigida legalmente para fijar la concreta cantidad. Fijación que consiste en la delimitación concreta del *quantum* (163). Una vez concretada por el Juez, a su prudente arbitrio, la cuantía de la prestación (164), tal decisión judicial no podrá impugnarse, salvo que, en la misma no se haya respetado el criterio de proporcionalidad que exige de forma expresa el artículo 146, por constituir una evidente infracción legal (art. 477.1 de la LEC) (165). En este sentido, sólo podrá ser impugnada la resolución en casación, alegando la mencionada falta de proporcionalidad (166).

No obstante, la cuantía de la prestación alimenticia puede también fijarse convencionalmente, si bien, estos pactos no limitan el derecho del alimentista de reclamar una mayor cantidad, si no se ha respetado la norma imperativa de proporcionalidad en la determinación de la misma (167).

Se ha suprimido la mención que, en la redacción originaria del artículo 142 del Código Civil se hacía a «la posición social de la familia» como criterio para determinar las necesidades del alimentista. Aunque para PADIAL ALBÁS «hubiera sido más acorde con el fundamento de los alimentos sustituir esta

(AC 1998/6478); la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 2 de diciembre de 1998 (*JUR* 1999/30970); la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 1.ª, de 28 de junio de 1999 (AC 1999/7664); la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1.ª, de 4 de mayo de 2001 (*JUR* 2001/190233); la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 5 de marzo de 2002 (*JUR* 2002/161649); la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 4 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003/82082); la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 5.ª, de 11 de junio de 2003 (AC 2003/2167); la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 9 de septiembre de 2003 (*JUR* 2003/269394); la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4.ª, de 23 de abril de 2004 (*JUR* 2004/150993); la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5.ª, de 27 de abril de 2004 (*JUR* 2004/172051); la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 23 de junio de 2005 (AC 2005/1452); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1.ª, de 17 de abril de 2007 (*JUR* 2007/262459).

(162) Si bien, la validez de estos pactos no descarta la posible intervención judicial posterior para su revisión.

(163) Acto que, como señala ROCA JUAN, se mueve solamente en los límites de los fines de la norma, aunque el juicio descansa en la libre convicción sobre los hechos básicos contenidos en el proceso. ROCA JUAN, J., «Notas sobre la determinación de la cuantía en la prestación de alimentos», en *Anales de la Universidad de La Laguna*, 1971, pág. 12.

(164) Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de febrero de 1997 (*RJ* 1997/678), señala que, se puede fijar en ejecución de sentencia en un supuesto de embargo por ejecución de condenas a prestaciones alimenticias (art. 608 de la LEC).

(165) La cuantía no es recurrible en casación, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de diciembre de 1934 (*RJ* 1934/2189); de 17 de mayo de 1971 (*RJ* 1971/3158); y de 3 de diciembre de 1993 (*RJ* 1993/8940); y el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de junio de 2000 (*RJ* 2000/4657).

(166) ROCA JUAN, J., «Notas sobre la determinación de la cuantía en la prestación de alimentos», *op. cit.*, pág. 17. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.ª, de 14 de mayo de 2001 (*JUR* 2001/213433).

(167) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de febrero de 1989 (*RJ* 1989/1399).

desafortunada expresión por la de *la posición económica del que los presta*, ya que, en definitiva, el Juez en la determinación de la cuantía de los alimentos, deberá seguir apreciando las posibilidades económicas del alimentante, que normalmente coincide con la posición social del mismo». De ahí que «la cuantía de los alimentos debe corresponderse con la posibilidad económica del alimentante y con la necesidad del alimentista» (168).

Ahora bien, la exigencia de este criterio de proporcionalidad de los alimentos debidos determina que su cuantía pueda ser modificada cuando varían las circunstancias sobre las que se tomaron como base para su cálculo (art. 147 del Código Civil) (169). Así ha podido tener lugar un cambio en la situación de necesidad del alimentista y en la posibilidad económica del alimentante. Recordemos que una de las características de la obligación de alimentos es su carácter esencialmente variable (170). Los alimentos no constituyen una cantidad determinada y concreta, sino los medios precisos para superar la situación de necesidad del alimentista, de acuerdo con la capacidad del alimentante. Si un aumento de esas necesidades no va acompañado de un correlativo incremento en la cuantía de los alimentos, éstos no sirven para hacer frente a la situación del alimentista (171). Del mismo modo, una disminución de las necesidades no parece razonable que conlleve en el obligado un mayor sacrificio del que resulte procedente. Asimismo, un incremento en los medios del alimentante debe implicar un aumento en la prestación debida (172); y una disminución en los mismos, una correlativa reducción de la cuantía para seguir guardando la proporcionalidad exigida legalmente (173). En relación con esta última circuns-

(168) PADIAL ALBÁS, A., «La obligación de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 94. En el mismo sentido, BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., «Comentario al artículo 142 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 29.

(169) Señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de noviembre de 1978 (*RJ* 1978/3511), para el incremento o reducción de la obligación de alimentos no entran en juego las reglas genéricas de actualización, estabilización y correcciones de valor dinerario en sí solo apreciables, sino la norma contenida en el artículo 147 del Código Civil.

(170) LASARTE ÁLVAREZ, C., «Principios de Derecho Civil», *op. cit.*, págs. 356-357, señala como fundamento de la modificación de la pensión, por un lado, la dependencia de la prestación alimenticia de la situación patrimonial de las partes; y, de otro, su carácter propio de obligación duradera periódica. Y añade: «la obligación alimenticia es susceptible de modificación mientras no se haya extinguido, dependiendo de los propios criterios de determinación de la pensión inicial, con independencia, además, de que para ello, bajo la vigencia de la LEC de 1881, se haya seguido el juicio de alimentos provisionales (art. 1.609 y sigs. de la LEC), o el procedimiento declarativo ordinario, o de que, por el contrario, se hayan seguido los cauces procedimentales propios de la LEC de 2000».

(171) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4.ª, de 11 de junio de 1999 (*AC* 1999/6840); de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, Sección 3.ª, de 1 de julio de 1999 (*AC* 1999/7882); y de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.ª, de 4 de marzo de 2002 (*JUR* 2002/161520).

(172) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de octubre de 1981 (*RJ* 1981/3593); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de junio de 1995 (*AC* 1995/1266); y de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 2.ª, de 12 de julio de 2004 (*JUR* 2004/293643).

(173) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.ª, de 4 de septiembre de 1998 (*AC* 1998/6669), no procede la reducción de la cuantía al disponer de bienes y medios aptos para atender la deuda alimentaria; y en la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 22 de julio de 2000 (*JUR* 2000/297296), se procede a un aumento de la cuantía de la pensión por no ser proporcional. Asimismo,

tancia modificativa, son numerosos los supuestos donde el aumento en las cargas familiares del alimentante como el nacimiento de nuevos hijos, determinan la solicitud de una reducción de la cuantía de la prestación alimenticia. En la doctrina parece imperar el criterio que, el advenimiento de nuevas cargas familiares para el alimentante no implica por sí mismo, la posibilidad de reducción de la cuantía debida hasta el momento (174); sin embargo, la decisión de los Tribunales varía desde descartar que las nuevas obligaciones familiares supongan una alteración sustancial de las circunstancias (175); hasta el otro extremo de determinar una necesaria reducción de la prestación ante la nueva situación familiar (176); pasando por señalar que no basta alegar el nacimiento de nuevos hijos, sino que se debe acreditar convenientemente que este hecho efectivamente ha alterado de manera sustancial las circunstancias económicas que inicialmente se tuvieron en cuenta (177).

Ahora bien, cualquier posible modificación en la cuantía de la prestación deriva de una alteración sustancial del estado de necesidad del alimentista y de los medios económicos de los que dispone el alimentante; no es posible, en consecuencia, plantear una reducción de la cuantía sobre la base de una conducta desordenada del alimentista, como sucede en otros ordenamientos de nuestro entorno, como el italiano, en el que el legislador expresamente indica que los alimentos pueden ser reducidos por la conducta desordenada o reprochable del alimentista (art. 440.1 del *Codice Civile*) (178). En nuestro ordenamiento únicamente si el comportamiento del alimentista puede ser incluido entre alguna de las causas que dan lugar a la desheredación (art. 152.4), o siendo el alimentista descendiente del obligado a dar alimentos, la necesidad de aquél provenga de mala conducta o de falta de aplicación en el trabajo (art. 152.5), supone la extinción de la prestación alimenticia.

En todo caso, una vez que el juez ha constatado una alteración en las circunstancias de entidad suficiente como para justificar una modificación en su cuantía, acorde con la nueva situación, mayoritariamente la doctrina ha considerado que esta variación, por aplicación del artículo 148.1 del Código Civil, deberá entenderse efectiva desde el mismo momento en que se solicita ante el juez tal variación, sin que sus efectos se retrotraigan al momento en que se produjo el cambio en las circunstancias y, que, consecuentemente ha determinado un cambio en la cuantía de la prestación (179). Asimismo, se parte de la pensión acumulada para aplicar las sucesivas actualizaciones.

vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1.ª, de 2 de abril de 2009 (*JUR* 2009/221027).

(174) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 488.

(175) La sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, de 25 de enero de 1990 (*RGD* 1991, pág. 811); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13.ª, de 28 de marzo de 1998 (*AC* 1998/4835), donde el nuevo matrimonio del padre no le excusa de su obligación de alimentos a favor de su hija.

(176) La sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza, de 30 de marzo de 1988 (*RGD* 1988, pág. 4239).

(177) La sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo, de 17 de julio de 1987 (*RGD* 1988, pág. 2353).

(178) Artículo 440.1, último párrafo, dispone que: «*Gli alimenti possono pure essere ridotti per la condotta disordinata e riprovevole dell'alimentato*».

(179) DELGADO ECHEVARRÍA, J., «Comentario al artículo 148 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 535; PADIAL ALBÁS, A., «La obligación de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 251; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes»,

De todas formas, las variaciones en la cuantía previstas en el artículo 147 no sólo han de basarse en circunstancias subjetivas de las partes, en cuanto alteraciones en sus situaciones personales o patrimoniales, sino que también pueden derivarse de circunstancias puramente objetivas, como un cambio en la coyuntura económica que afecta al valor del dinero y al poder adquisitivo de los sujetos integrantes de la relación alimenticia. Es posible establecer cláusulas de actualización anual de la prestación, máxime si ésta es de dinero, conforme al índice de precios al consumo (IPC) (180), o mediante cláusulas de estabilización que garanticen de forma automática y constante tal actualización (181); o para sortear las devaluaciones de dinero motivadas por la inflación (182).

Finalmente, sólo entre hermanos se deben los auxilios necesarios para la vida, lo que implica que la cuantía de la prestación será menor que la debida a los cónyuges y los parientes en línea recta (183). Si bien, en ambos casos la prestación debe comprender la totalidad de las partidas contenidas en el artículo 142, con la diferencia que cuando se trate de hermanos sólo podrá exigirse en la cuantía adecuada para la satisfacción de unas necesidades en un nivel mínimo. Todo ello respetando el criterio de proporcionalidad que exige el artículo 146, de forma que, para calcular la cuantía de la prestación, se atenderá a la estricta necesidad del alimentista y a la capacidad económica del alimentante (184). En suma, la cuantía en que se concrete la prestación de alimentos

op. cit., pág. 492; PUIG PEÑA, F., «VOZ: Alimentos», *op. cit.*, pág. 594. Vid., asimismo, el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 3 de febrero de 1996 (AC 1996/521); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10.^a, de 8 de febrero de 1999 (AC 1999/8986); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 18 de septiembre de 2002 (JUR 2003/22827); de la Audiencia Provincial de Segovia, de 31 de octubre de 2002 (JUR 2003/18058); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, de 31 de mayo de 2005 (JUR 2005/177274).

(180) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.^a, de 1 de diciembre de 2000 (JUR 2001/63925); de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7.^a, de 22 de enero de 2001 (AC 2001/1449); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, de 11 de febrero de 2002 (JUR 2002/135519); de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1.^a, de 12 de junio de 2002 (JUR 2003/94686); y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.^a, de 14 de mayo de 2008 (JUR 2008/186753). Asimismo, vid., el artículo 237-9 *in fine* del Código Civil catalán.

(181) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, págs. 493 y 497.

(182) Aunque no tiene ya sentido con la moneda única. Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de octubre de 1996 (RJ 1999/7766).

(183) LASARTE ÁLVAREZ, C., «Principios de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 354, recuerda la tradicional distinción entre alimentos amplios (o civiles); y alimentos estrictos (o naturales). Por su parte, PADIAL ALBÁS, A., «La obligación de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 87, señala que: «los auxilios necesarios para la vida o alimentos restringidos o naturales, como les denomina la doctrina, consisten en lo estrictamente indispensable para proporcionar la subsistencia a nivel mínimo aceptable por la conciencia social, mientras que los alimentos denominados, también, amplios o civiles, incluyen la ayuda adecuada para proporcionar lo necesario para la satisfacción de las necesidades de la vida, pero no sólo al nivel mínimo aceptable, sino al tenor que permitan las circunstancias, es decir, en atención al artículo 146 del Código Civil».

(184) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 510. Sin embargo, para LASARTE ÁLVAREZ, C., «Principios de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 355, los «auxilios necesarios» equivale a la satisfacción de las necesidades mínimas del hermano alimentista, sin que hayan de tenerse en cuenta el causal o medios económicos del hermano obligado a prestarlos; igualmente, MARTÍNEZ DE AGUI-

ha de ser la adecuada para satisfacer una necesidad de vida (con el contenido expuesto), aunque en una cantidad mínima (más reducida y aceptable por la conciencia social) (185).

Ahora bien, para el nacimiento de esta obligación, el Código Civil añade un límite específico al deber de prestar auxilios necesarios para la vida entre hermanos, respecto al de prestar alimentos de los demás parientes, cual es la ausencia de culpa del alimentista, es decir, que el hermano no sea responsable del estado de necesidad en que se encuentra.

VI. CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS. MODALIDADES DE LA PRESTACIÓN

Existen dos formas diferentes de cumplir con la obligación de alimentos: entregando periódicamente una determinada cantidad de dinero (pensión); o satisfaciendo directamente sus necesidades mediante una prestación en especie como es la de mantenerlo en su propia casa. A esta doble modalidad de cumplimiento se refiere el artículo 149 del Código Civil. Se atribuye la facultad de elección al deudor, por aplicación del principio clásico del *favor debitoris*, y de acuerdo con la regla general del artículo 1132.1 del Código Civil al ser técnicamente una obligación alternativa, como así lo reconoce una parte de la doctrina (186); frente a quienes se oponen a otorgarle tal naturaleza, y considerar que estamos ante una simple facultad de elección o derecho de opción del deudor (187). El cumplimiento en dinero se llevará a cabo mediante el pago de una pensión periódica, fijada convencional o judicialmente, y calculada en proporción a las necesidades del alimentista y las posibilidades económicas del alimentante (188) y cuyo pago se verificará por meses anticipados (art. 148.2 del Código Civil) (189). Suele ser la modalidad más aceptada en la

RRE ALDAZ, C., «La obligación legal de alimentos», *op. cit.*, págs. 47-48, señala que, la cuantía de los alimentos puede variar por aumento o disminución de las necesidades de los alimentistas, pero no por cambios en la fortuna del alimentante, salvo que se trate de una disminución de fortuna que impida prestarlos u obligue a reducirlos; PADIAL ALBÁS, A., «La obligación de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 224; QUICIOS MOLINA, S., «Comentario al artículo 143 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 278.

(185) DELGADO ECHEVARRÍA, J., «Comentario al artículo 143 del Código Civil», en *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 1035.

(186) LASARTE ÁLVAREZ, C., «Principios de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 355; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 519.

(187) PADIAL ALBÁS, A., «La obligación de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 187, nota 362. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11.ª, de 27 de julio de 1999 (AC 1999/7652), señala que este derecho de opción no tiene carácter absoluto, pudiendo los Tribunales de Instancia examinar los datos concurrentes en cada caso concreto [STS de 25 de noviembre de 1985 (RJ 1985/5908)] (*Fundamento de Derecho* 3.º); y en el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 3 de noviembre de 1999 (AC 1999/8026).

(188) LASARTE ÁLVAREZ, C., «Principios de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 356, señala que puede establecerse una pensión mediante la fijación de un porcentaje de los ingresos líquidos del alimentante. Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 11 de mayo de 1998 (AC 1998/1084); y de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 5.ª, de 3 de junio de 2002 (JUR 2002/209560).

(189) Cuando fallezca el alimentista, como igualmente dispone el artículo 148.II del Código Civil, los herederos no están obligados a devolver lo que éste hubiera recibido anticipadamente. Si bien, sólo si el pago es mensual, no si lo es por periodos más largos.

práctica, está sujeta a las modificaciones derivadas de una variación en las circunstancias en los términos ya analizados (190).

Si se opta por la prestación en especie o *in natura*, al posibilitar el mantenimiento del alimentante en el propio domicilio, resulta menos gravoso para el deudor (191). No obstante, resulta más difícil de llevar en la práctica por los numerosos problemas que se pueden derivar de la convivencia, máxime, si la exigencia de tal pensión ha sido consecuencia de una decisión judicial. No obstante, no será posible esta forma de cumplimiento, cuando, como señala el artículo 149.2: «*contradiga la situación de convivencia determinada para el alimentista por las normas aplicables o por resolución judicial*», o «*cundo concurre justa causa o perjudique el interés del alimentista menor de edad*» (192). Así ocurriría cuando el cumplimiento en el domicilio del alimentante fuera incompatible con el ejercicio de la patria potestad, al ser el obligado una persona distinta de los progenitores (193); o, cuando la sentencia de separación o divorcio atribuye al cónyuge no deudor la guarda y custodia del hijo alimentista o a otros parientes (abuelos) (194); o se priva al alimentante de la titularidad de la patria potestad; o la filiación se determina con la oposición del alimentante (195); o, en fin, en caso de separación de los cónyuges donde ya no es posible la convivencia en común en el domicilio familiar (196).

No obstante lo expuesto, es posible optar por otra modalidad de cumplimiento distinta de las contenidas en el artículo 149.1, siempre que las partes se pongan de acuerdo en ello. Si bien, resulta dudoso que el Juez pueda imponer otra modalidad de cumplimiento distinta de las legalmente previstas (197).

Ahora bien, de existir una pluralidad de obligados, si todos optan por el pago de una pensión en metálico, no se plantea ningún problema, pues el cum-

(190) En la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sala 5.^a, *Caso Antonius van den Boogaard contra Paula Laumen*, sentencia de 27 de febrero de 1997 (TJCE/1997/40), fijó como cantidad de alimentos a pagar la transmisión global de una cantidad en dinero y determinados bienes.

(191) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 27 de septiembre de 1993 (AC 1993/1599); de la Audiencia Provincial de Segovia, Sección única, de 16 de mayo de 2000 (AC 2000/1530); de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 3.^a, de 29 de junio de 2002 (JUR 2002/213582); y de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3.^a, de 13 de julio de 2002 (JUR 2003/62175).

(192) La sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2.^a, de 23 de mayo de 2000 (JUR 2000/267922), señala la improcedencia de la prestación en el propio domicilio del demandado por cambio de circunstancias ante el nacimiento de una nueva hija.

(193) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de diciembre de 1983 (RJ 1983/6816).

(194) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de febrero de 1982 (RJ 1982/682); y de 2 de diciembre de 1983 (RJ 1983/6816).

(195) Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de octubre de 1986 (RJ 1986/7766).

(196) Con todo, como señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS, C., «La obligación legal de alimentos», *op. cit.*, pág. 50, la excepción se formula con la suficiente amplitud como para permitir a los tribunales apreciar flexiblemente la concurrencia de esa justa causa que excluya la opción. Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de febrero de 1983 (RJ 1983/1036); y de 25 de noviembre de 1985 (RJ 1985/5908).

(197) El artículo 443 del *Codice Civile* italiano parece, sin embargo, ofrecer dicha posibilidad al Juez, al manifestar: «*l'autorità giudiziaria può però, secondo las circostanze, determinare il modo de somministrazione*».

plimiento de cada uno de ellos es compatible con el de los demás; sin embargo, sí se genera una situación de conflicto, si todos se deciden por la prestación en especie, al resultar difícil, por no decir imposible, el ejercicio simultáneo de la prestación. Tal situación, a falta de previsión legal, debería ser resuelta mediante acuerdo de las partes implicadas como indica unánimemente la doctrina (198); y, a falta del mismo, la decisión corresponde al Juez.

De todas formas, cualquiera que sea la modalidad de prestación elegida por el deudor y el tiempo y lugar de cumplimiento de la misma (199), el Juez, a petición del alimentista o del Ministerio Fiscal, podrá ordenar con urgencia las medidas cautelares oportunas para asegurar los anticipos que haga una entidad pública u otra persona y proveer a las futuras necesidades (art. 148.3 del Código Civil).

Se prevé la adopción por el Juez de medidas cautelares que garanticen la efectividad de los alimentos. Unas veces estas medidas serán destinadas a garantizar que los terceros que hayan prestado alimentos, sin estar obligados, puedan recuperar el importe de los mismos (200); y otras estarán orientadas a asegurar al alimentista la satisfacción de su crédito, no sólo respecto a las pensiones devengadas, y no satisfechas, sino también respecto de las pensiones que se vaya a devengar en el futuro, esto es, en los meses consecutivos (201). E incluso, como señala DELGADO ECHEVARRÍA, suponen el señalamiento interino y con urgencia de alimentos, cuando nadie estuviera proveyendo a las necesidades del alimentista (202). En todo caso, la posibilidad de pedir alimentos

(198) DELGADO ECHEVARRÍA, J., «Comentario al artículo 149 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 537; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 536; CORBACHO GÓMEZ, J. A., «El cumplimiento del deber de alimentos», en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, T. I, Asociación de Profesores de Derecho Civil. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pág. 515.

(199) El Código Civil en sede de obligación de alimentos entre parientes no contiene mención alguna relativa al lugar de cumplimiento; por lo que, a falta de acuerdo de las partes, habrá que aplicar el criterio general del artículo 1171.3 del citado cuerpo legal, conforme al cual el lugar de pago será el del domicilio del deudor. Así lo ha entendido la doctrina, aunque ello no debe impedir que, en determinadas circunstancias pueda el Juez acordar como lugar de pago de la prestación alimenticia el domicilio del alimentista. Vid., MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 538; PUIG PEÑA, F., «Voz: Alimentos», *op. cit.*, pág. 594.

(200) Precisa LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 31, que: «el aseguramiento de los anticipos realizados por un tercero puede requerir otras medidas cautelares, que no se adoptan en relación a las rentas (del trabajo o de los bienes), del deudor de los alimentos, sino al capital: puede pensarse en medidas equivalentes a una hipoteca, o bien, el embargo de bienes, en ambos casos por un importe que comprenda las cantidades ya entregadas y las prestaciones futuras».

(201) El Auto de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4.^a, de 21 de enero de 1998 (AC 1998/2752), fija la retención del salario para el pago de la pensión. Asimismo, el Auto de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, Sección 4.^a, de 1 de febrero de 2000 (AC 2001/2415), señala como medida cautelar la retención de haberes en garantía del pago de alimentos de la hija común del matrimonio.

Por su parte, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a, de 29 de enero de 1998 (AC 1998/4956), acuerda la retención del 30 por 100 del sueldo líquido del obligado a su pago; y el Auto de esta misma Audiencia y Sección, de 12 de noviembre de 2002 (JUR 2003/31013), procede al embargo de bienes como medida cautelar de aseguramiento.

(202) DELGADO ECHEVARRÍA, J., «Comentario al artículo 148 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 536.

provisionales a cargo de quien resultara obligado está prevista en el caso concreto de las acciones de filiación por el artículo 768.2 de la LEC, conforme al cual «*reclamada judicialmente la filiación, el Tribunal podrá acordar alimentos provisionales a cargo del demandado*» (203). Pueden consistir en el embargo de bienes del alimentante (arts. 727.1.º y 608 de la LEC); el establecimiento de garantías reales, la retención de sueldos, salarios, rentas, dividendos, etc. (204). Deben solicitarse en juicio verbal de reclamación de alimentos (arts. 250.1.8.º, 721 y 723 de la LEC).

Sobre tales bases, la falta de cumplimiento de la obligación entre otros efectos, puede suponer su exigencia vía ejecución forzosa, decretando el correspondiente embargo; asimismo, puede constituir justa causa de desheredación (arts. 853.1, 854.2 y 855.3 del Código Civil), asimismo, justa causa de revocación de las donaciones por ingratitud (art. 648.3 del Código Civil); además tal incumplimiento puede implicar para el alimentante la pérdida de su correlativo derecho de alimentos frente al pariente al que se los ha negado (art. 152.4 del Código Civil); o, en fin, puede dar lugar a la privación de la patria potestad, o limitación o suspensión del régimen de visitas decretado por el Juez (art. 94 del Código Civil) (205).

Por otra parte, en relación con el incumplimiento del alimentante, puede llegar a constituir delito, como así lo establecen los artículos 226 y 227 del Código Penal (206).

En cualquier caso, las dificultades prácticas generadas por el cobro de los alimentos son actualmente garantizadas mediante el Fondo de Garantía de Pago de Alimentos (creado por Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre), cuyo objetivo es proporcionar unas cuantías económicas definidas como anti-

(203) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 29 de marzo de 2000 (AC 2000/4572); y de la Audiencia Provincial de Ávila, de 10 de enero de 2001 (JUR 2001/113901).

La reclamación de alimentos puede acumularse a la reclamación de paternidad (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 2001 (RJ 2001/9995)).

(204) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., «Derecho de Familia», *op. cit.*, pág. 639.

(205) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 569.

(206) Artículo 226 del Código Penal dispone que: «1. *El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses.*

2. *El Juez o Tribunal podrá imponer, motivadamente, al reo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años*»; y el artículo 227 del citado cuerpo legal señala, asimismo: «*El que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses.*

3. *Con la misma pena será castigado el que dejare de pagar cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado anterior.*

4. *La reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas*».

cipos, que permiten a la unidad familiar subvenir a sus necesidades ante el impago de los alimentos por el obligado a satisfacerlos. El montante de los recursos económicos de que dispone esa unidad familiar es el criterio que sirve para determinar si concurren o no las circunstancias de insuficiencia económica, que justifica la concesión de anticipos por el Fondo.

Finalmente, es posible que sea un tercero quien pague los alimentos (art. 1894.1 del Código Civil), si bien, llama la atención que en el citado precepto se establezca que el tercero ha de haber dado los alimentos «*sin conocimiento del obligado a prestarlos*». La doctrina entiende que el hecho que el obligado a dar alimentos conozca que un tercero los está pagando, no excluye la posibilidad que dicho tercero pueda dirigirse contra el deudor de alimentos y recuperar lo abonado (207).

VII. EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS

En los artículos 150 y 152 del Código Civil se enumeran los distintos modos de extinción de la relación obligatoria de alimentos, referidos unos a la desaparición de alguno de los presupuestos que han dado lugar al nacimiento de la obligación, y otros a la conducta del alimentista (208).

El artículo 150 señala que «*la obligación de suministrar alimentos cesa con la muerte del obligado, aunque los prestase en cumplimiento de una sentencia firme*». El fundamento del precepto descansa en la naturaleza personalísima o *intuitu personae* de la obligación de alimentos y, asimismo, en su carácter intransmisible *inter vivos* y *mortis causa*. De forma que, tras la muerte del alimentante, la obligación de alimentos no forma parte del patrimonio hereditario como tal deuda (art. 657 del Código Civil), y, en consecuencia, no puede el alimentante dirigir la acción de alimentos contra sucesores de aquél, dando lugar a la extinción de la obligación. La deuda no se transmite a los herederos, como tampoco la cualidad de pariente (209). Únicamente forma parte del patrimonio hereditario y se transmite a los herederos las pensiones devengadas y no pagadas (210). Todo ello, sin perjuicio de que, con la muerte del alimentante, recaiga sobre algunos de los herederos la obligación de procurar alimentos al alimentista, pero será como una obligación nueva.

(207) MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «La obligación legal de alimentos», *op. cit.*, pág. 50. LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 30, cita el supuesto peculiar, que seguramente ahora no es demasiado raro, de la esposa separada de hecho, que tiene la guarda de la hija y convive con otro hombre que atiende las necesidades de ambas. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21.ª, de 10 de marzo de 1998 (AC 1998/7015); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 5 de julio de 2005 (JUR 2006/222902).

(208) Para BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., «Comentario al artículo 152 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 52, la única causa que extingue verdaderamente la obligación alimenticia es la muerte del alimentario. Las demás causas suponen más bien que una extinción, una subrogación en el sujeto pasivo, o una suspensión de la obligación, o una sanción.

(209) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 576.

(210) La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de junio de 2004 (RJ 2004/4585).

A la muerte del deudor se equipara la declaración de fallecimiento del mismo. Si bien, la extinción de la obligación no tendrá lugar hasta que se declare judicialmente el fallecimiento, con independencia de que con anterioridad hubiera existido una situación de ausencia legal (211). De haber existido una situación de ausencia legal, el alimentista continúa con su derecho a recibir alimentos, y corresponderá al representante del ausente atender tal obligación (art. 184.1 del Código Civil).

Por otra parte, el artículo 152 del Código Civil dispone: «Cesará también la obligación de dar alimentos:

1.º POR LA MUERTE DEL ALIMENTISTA

Al igual que la anterior causa, también por su carácter personalísimo, la muerte de quien tiene derecho a recibir la prestación de alimentos, da lugar a la extinción de la obligación. La condición de deudor no es transmisible a los herederos. Todo ello sin perjuicio de que algunos de los herederos del alimentista en su condición de parientes, y ante una situación de necesidad, soliciten alimentos al alimentista, pero no lo harán en calidad de herederos, sino como parientes, dando lugar a una nueva obligación. No obstante, el fallecimiento del alimentista extingue el derecho a reclamar alimentos futuros, pero no las pensiones devengadas y no pagadas (212). A la muerte del acreedor se equipara, como en el supuesto anterior, la declaración de fallecimiento; y a diferencia de aquél, la declaración de ausencia legal, si da lugar a la extinción de la obligación (art. 190 del Código Civil).

2.º CUANDO LA FORTUNA DEL OBLIGADO A DARLOS SE HUBIERA REDUCIDO HASTA EL PUNTO DE NO PODER SATISFACERLOS SIN DESATENDER SUS PROPIAS NECESIDADES Y LAS DE SU FAMILIA

Es necesario que la reducción sea de tal entidad, que haga imposible la satisfacción de los alimentos en la cuantía precisa para superar el estado de necesidad del alimentante. Por «familia» ha de entenderse la familia nuclear, el cónyuge y los hijos menores (213).

(211) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 577; DELGADO ECHEVARRÍA, J., «Comentario al artículo 150 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 583.

(212) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 28 de junio de 2004 (*RJ* 2004/4585).

(213) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 585; DELGADO ECHEVARRÍA, J., «Comentario al artículo 150 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 541.

Para Díez-Picazo, L., y Gullón Ballesteros, A., «Sistema de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 55: «resulta curioso que el Código hable de no desatender sus propias necesidades y las de su familia, como si los beneficiarios de los alimentos no pertenecieran también a la familia. La expresión es poco feliz y habrá que entenderla referida a las propias necesidades y a las de aquellos que tengan un derecho preferente al acreedor». Y, añade: «la concurrencia de esta causa puede impedir el nacimiento de la obligación».

Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 18 de febrero de 1999 (*AC* 1999/3775), imposibilidad sobrevenida de prestarlos ante el despido del

- 3.º CUANDO EL ALIMENTISTA PUEDA EJERCER UN OFICIO, PROFESIÓN O INDUSTRIA, O HAYA ADQUIRIDO UN DESTINO O MEJORADO DE FORTUNA, DE SUERTE QUE NO LE SEA NECESARIA LA PENSIÓN ALIMENTICIA PARA SU SUBSISTENCIA

La necesidad constituye uno de los presupuestos de la existencia de la obligación. De manera que, si el alimentista ha mejorado su situación económica, y la necesidad que había determinado su nacimiento desaparece, ya no existe base para el mantenimiento de la obligación.

Por otra parte, el acceso del alimentista al mercado laboral no ha de entenderse como una mera capacidad subjetiva, una teórica oportunidad de tener un empleo, sino la efectiva posibilidad de desarrollarlo de acuerdo con sus propias condiciones y con las que objetivamente deriven del mercado (214). No sólo serán decisivas sus circunstancias personales (salud, edad, nivel cultural, etc.), sino también las condiciones sociales y económicas que le rodean, en cuanto pueden hacer o no efectiva la posibilidad de acceder a un empleo (215).

- 4.º CUANDO EL ALIMENTISTA, SEA O NO HEREDERO FORZOSO, HUBIESE COMETIDO ALGUNA FALTA DE LAS QUE DAN LUGAR A DESHEREDACIÓN

Como observa DELGADO ECHEVARRÍA: «la cesación del derecho de alimentos es aquí unilateral, conservando el suyo el inocente, con lo que desaparece la reciprocidad» (216). Por su parte, como señala LACRUZ BERDEJO, el precepto parece aplicar todas las causas de desheredación a cualesquiera alimentistas; de ahí, la expresión «sea o no heredero forzoso» (217).

marido de la madre obligada quien sólo ha podido acceder a trabajos de muy poca duración y remuneración, sin que en la actualidad trabaje, lo que determina la extinción de la obligación de alimentos.

(214) MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «La obligación legal de alimentos», *op. cit.*, pág. 51; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 30; DIEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 55, quienes, asimismo, precisan que «toda la sustancia de la norma radica en su último inciso “de suerte que no le sea necesaria la pensión”, pues, si le es necesaria en menor medida, se reducirá, pero no se extinguirá la obligación». Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1.ª, de 7 de octubre de 2002 (*JUR* 2003/23326), hijo de treinta y dos años que no realiza actividad laboral ni cursa estudios, habiendo rechazado varias ofertas de trabajo, disponiendo de vehículo propio. Plenitud de facultades y capacidad laboral plena que le permiten acceder al mercado laboral.

(215) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La obligación legal de alimentos entre parientes», *op. cit.*, pág. 583. Para ALBALADEJO GARCÍA, M., «Curso de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 20, cesa la prestación de alimentos, si cuando después de comenzar a ser alimentado, tiene esa posibilidad, y no la usa, por igual razón no nace, cuando desde antes, teniéndola, tampoco la usaba. Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 6 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003/30578).

(216) DELGADO ECHEVARRÍA, J., «Comentario al artículo 152 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 542.

(217) LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 30. Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 4.ª, de 27 de febrero de 2002 (*JUR* 2002/126454).

- 5.º CUANDO EL ALIMENTISTA SEA DESCENDIENTE DEL OBLIGADO A DAR ALIMENTOS Y LA NECESIDAD DE AQUÉL PROVENGA DE LA MALA CONDUCTA O DE FALTA DE APLICACIÓN AL TRABAJO, MIENTRAS SUBSISTA ESTA CAUSA

Se aplica sólo cuando el alimentista sea descendiente del obligado (218). Lo decisivo es la culpa del alimentista (mala conducta o falta de aplicación al trabajo) en el mantenimiento de su estado de necesidad. Si bien, la pérdida del derecho es temporal, pues, si corrige su comportamiento puede recuperar su derecho (219).

Ahora bien, aunque el texto aluda a la falta de aplicación al trabajo, es posible ampliarlo a la falta de aplicación en los estudios, máxime si se trata de un hijo mayor de edad, al que se le presta alimentos, entre los que se incluye los gastos que genera esos estudios, y su prolongación en el tiempo puede obedecer a una falta de dedicación sólo imputable al alimentista.

Fuera de tales preceptos, también es causa de extinción de esta obligación, la desaparición del vínculo matrimonial por divorcio o nulidad, por la adopción (art. 178.1 del Código Civil), por la impugnación de la filiación por naturaleza, y la privación de la patria potestad del progenitor (arts. 111 y 170 del Código Civil) (220).

RESUMEN

ALIMENTOS. PARENTESCO CRISIS MATRIMONIAL

El parentesco constituye la base sobre la que se sustenta la obligación legal de alimentos, y se articula sobre la existencia de un vínculo familiar entre alimentante y alimentista. Representa una pretensión eminentemente familiar y patrimonial sustentada en la cobertura de las necesidades del familiar necesitado, con los medios económicos que dispone el pariente, que resulta obligado. Se trata de una obli-

ABSTRACT

MAINTENANCE. KINSHIP MARITAL CRISIS

Kinship constitutes the basis on which the legal obligation to provide maintenance rests, founded on the existence of a family tie between the maintenance provider and the maintenance recipient. Maintenance represents a claim eminently bound to the family and its assets, whereby the needs of a needy relative are covered via the economic means available to his kinsman, who is obligated to provide such

(218) A diferencia de lo que ocurre con los hermanos respecto de lo que la imputabilidad de la causa de la situación de necesidad impide el nacimiento del derecho (art. 143.II del Código Civil).

(219) No obstante, como precisan DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 56, esta causa puede impedir el nacimiento de la obligación.

Igualmente, LASARTE ÁLVAREZ, C., «Principios de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 359, señala que, tal y como se encuentra formulado legalmente el supuesto, «no es propiamente una causa extintiva de obligación alimenticia preexistente alguna, sino, al contrario, como una causa de cesación o exclusión de la obligación de prestar alimentos».

(220) Vid., el artículo 237-13.1.b) hace referencia como causa de extinción de la obligación de prestar alimentos: «al divorcio y la declaración de nulidad del matrimonio»; y, en la letra f) a «la privación de la patria potestad sobre la persona obligada, si la persona alimentada es uno de los progenitores».

gación legal que se regula en el Título VI del Libro I bajo la rúbrica «De los alimentos entre parientes» (arts. 142 a 153 del Código Civil); y que resulta de aplicación subsidiaria a otras obligaciones alimenticias. Atendiendo a que operamos sobre la base de una relación jurídica obligatoria, en nuestro estudio vamos a seguir el esquema clásico que corresponde habitualmente a éstas, de ahí que tratemos los aspectos relativos a concepto, fundamento, naturaleza, presupuestos, elementos personales, reales, formales, cumplimiento y extinción de la misma. Para ello, llevaremos a cabo no sólo un tratamiento doctrinal de la materia, sino también jurisprudencial, haciendo especial referencia a la jurisprudencia más reciente.

coverage. It is a legal obligation that is regulated in Title VI of Book I under the title, «On maintenance among kinsmen» (sections 142 to 153 of the Spanish Civil Code), which is applied on a subsidiary basis to other kinds of maintenance obligations as well. As the authors have approached their subject as a compulsory legal relationship, in their study they choose to follow the classic outline habitually used for such relationships; thus, they discuss the points concerning concept, fundament, nature, events, personal elements, in-rem elements, elements of form, compliance and termination. To accomplish this, the authors discuss the matter in the light of not only doctrine, but also case law, referring especially to the most-recent case law.

*LA FALTA DE LEGITIMACIÓN DEL TUTOR Y LA NULIDAD
DEL TESTAMENTO POR INCAPACIDAD DEL OTORGANTE*

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
*Profesora Contratada Doctora
Derecho Civil UCM*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LEGITIMACIÓN DEL TUTOR PARA INS-
TAR LA NULIDAD DE LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN *INTER VIVOS*.—
III. FALTA DE LEGITIMACIÓN DEL TUTOR PARA SOLICITAR LA DE-
CLARACIÓN DE NULIDAD DEL TESTAMENTO.—IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Varios han sido los temas que han llegado hasta el Tribunal Supremo relacionados con la tutela como, por ejemplo, el ámbito de representación del tutor (1) o la imposibilidad de constitución de la tutela y del nombramiento

(1) Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 27 de febrero de 1999, recurso 1469/1998. Ponente: Pedro GONZÁLEZ POVEDA. Número de recurso: 1469/1998. LA LEY 3711/1999 (TS 1.^o), de 27 de febrero de 1999. Falta de legitimación del tutor para ejercitar en representación de su pupilo las acciones de separación matrimonial o divorcio. En relación con los actos que implican un cambio en el estado civil de las personas

de tutor en el mismo procedimiento (2), cuestión que fue modificada tras la publicación de la LEC de 2000 (3).

El tema que analizamos hoy es diferente (4), pues se centra en la falta de legitimación del tutor para pedir la nulidad del testamento por incapacidad del otorgante —el tutelado— antes de su fallecimiento.

Los antecedentes de hecho se centran en que Valentín otorgó testamento en 1995 y con posterioridad se vio afectado por una demencia degenerativa, siendo incapacitado en 1999 y nombrándose tutor a un hermano.

Las sentencias de instancia estimaron parcialmente la demanda y declararon la nulidad del testamento impugnado y de los actos del testador por los que confería a la demandada la condición de cotitular y/o autorizada en varias cuentas corrientes y fondos financieros. Sin embargo, el Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso de casación y anula en parte la sentencia recurrida, desestimando la demanda en lo relativo a la declaración de nulidad del testamento otorgado.

—como las acciones de separación matrimonial o divorcio—, exclusivamente están legitimados los cónyuges.

(2) Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 27 de enero de 1998, recurso 1946/1997. Ponente: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. Número de recurso: 1946/1997. LA LEY 1510/1998. Era doctrina en aquel momento que «la sentencia de incapacitación, dictada en proceso declarativo de menor cuantía (tal como estableció la Disposición Adicional de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela, que recoge actualmente el art. 484.2 LEC), es sentencia constitutiva que, cuando en el demandado concurre una de las causas que prevé el artículo 200 del Código Civil, le constituye en el estado civil de incapacitado y debe marcar el alcance de la incapacitación, tal como ordena el artículo 210: determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado».

La constitución de la tutela, en expediente de jurisdicción voluntaria, y el nombramiento de tutor, procede una vez firme la sentencia de incapacitación (art. 222.2 CC), aplicando la normativa sobre la incoación de aquél (art. 228 y sigs.), los trámites (art. 231) y, motivadamente, sobre la designación del tutor (arts. 223, 234 y sigs.). En consecuencia, no cabe en una misma resolución, la sentencia, constituir la incapacitación y constituir la tutela, nombrando la persona del tutor».

(3) Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 28 de abril de 2003, recurso 2912/1997. Ponente: Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA. Número de sentencia: 424/2003. Número de recurso: 2912/1997. LA LEY 2151/2003. Legalidad del nombramiento de tutor dentro del proceso de incapacitación, pues es una posibilidad contemplada expresamente en la LEC 2000. «En la actualidad, finalmente, la importancia de la jurisprudencia, en este tema concreto, pasa a segundo término, puesto que la nueva y vigente Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000) expresamente ratifica la práctica que se comenta al dar por supuesto que en los “procesos de incapacitación” (art. 756 y sigs., concordantes) se puede solicitar en la demanda de incapacitación el nombramiento de la persona o personas que hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él, ordenando que sobre esta cuestión se oiga a los parientes más próximos del presunto incapaz, a éste, si tuviera suficiente juicio, y a las demás personas que el Tribunal considere oportuno».

(4) Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 23 de marzo de 2010, recurso 103/2006. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 128/2010. Número de recurso: 103/2006. Jurisdicción: Civil. Diario La Ley, núm. 7.444, Sección «La sentencia del día», de 13 de julio de 2010, Año XXXI, Editorial LA LEY. LA LEY 16961/2010.

II. LEGITIMACIÓN DEL TUTOR PARA INSTAR LA NULIDAD DE LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN *INTER VIVOS*

El tutor debe actuar en beneficio del tutelado. Y debe hacerlo durante la vida del incapaz.

Puede instar la nulidad de los actos de disposición *inter vivos* relativos a cuentas corrientes, ya que dichos actos sí pueden perjudicar al incapaz. Por eso la sentencia del Supremo sí acuerda la nulidad de diversos actos de disposición entre vivos, relativos a cuentas corrientes y fondos financieros, porque dichos actos perjudicaban al propio incapaz, en cuyo nombre está legitimado el tutor para actuar.

El tutor puede hacer una serie de actos, pero no *aquello que el testador no puede hacer*, que es anular su propio testamento. La cuestión, objeto de debate, se centra en si el tutor está legitimado para pedir la declaración de ineficacia del testamento antes del fallecimiento del testador (5).

Debe demostrarse que el testador, en el momento del otorgamiento, no estaba capacitado. Pero la falta de capacitación no puede deducirse de una posterior incapacitación.

No puede ponerse en duda la capacidad del testador en el momento de otorgar el testamento, ya que no se ha destruido la presunción de capacidad y además existen una serie de pruebas referidas a actos coetáneos y posteriores que indican que poseía el suficiente juicio para otorgar testamento.

III. FALTA DE LEGITIMACIÓN DEL TUTOR PARA SOLICITAR LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL TESTAMENTO

El tutor carece de acción para ejercitar la nulidad del testamento del sometido a tutela durante la vida de éste, ya que al ser el testamento un acto *mortis causa, ante mortem*, carece de eficacia alguna para los llamados. Nadie puede reclamar la nulidad del testamento mientras carezca de eficacia.

Además, el hecho de la muerte del testador acaecida después de haber quedado constituida la relación jurídico-procesal no puede fundamentar la desestimación de las excepciones alegadas con anterioridad a la producción del hecho de la muerte. Conociéndose dicha muerte y habiendo cesado la representación legal del tutor, según el artículo 275 del Código Civil, no se tomó ninguna medida para proceder a la sustitución procesal y, finalmente, el propio tutor, sucesor intestado, en lugar de comparecer como tal heredero, lo que sería congruente con su pretensión de nulidad del testamento del hermano incapacitado fallecido, decide no personarse en concepto de tal y declara la voluntad de actuar en representación del pupilo muerto, en defensa de su honor y dignidad.

El tutor no está legitimado para instar la nulidad del testamento por incapacidad del otorgante antes de su fallecimiento. Afirmación que se basa en

(5) Aunque también se discutió la continuación del procedimiento como tutor después del fallecimiento del pupilo, pues el testador falleció antes de dictarse la sentencia de primera instancia y el tutor continuó el procedimiento en defensa de la dignidad y honor de su hermano, mientras que fallecido el tutelado en cuyo nombre se ejercitaron las acciones, debió de haberse producido la correspondiente sustitución por los sucesores.

que el testamento es un acto sin eficacia hasta que se produce la muerte del causante.

La acción para pedir la nulidad del testamento no beneficia en nada los intereses del incapaz. El testamento no va a ser eficaz en vida del incapaz. El testamento sólo es eficaz una vez fallecido el causante incapaz, y además, va a beneficiar a los llamados en el testamento. Éstos sí están legitimados para ejercitar las acciones que crean convenientes para pedir su nulidad.

El propio testador tampoco puede pedir la nulidad de un testamento, sino que *puede revocarlo* si es capaz. En caso de ser incapaz serán sus herederos los legitimados para ejercitar la impugnación del testamento tras el fallecimiento del causante.

IV. CONCLUSIONES

El testamento es un acto sin eficacia hasta que se produce la muerte del causante. Aunque éste fuese incapaz, no se puede impugnar un testamento que no tiene la condición de acto eficaz hasta que adquiere dicha eficacia, es decir, en el momento de la muerte del testador.

El tutor debe actuar en beneficio del tutelado. La acción para pedir la nulidad del testamento no beneficia para nada los intereses del incapaz, porque el testamento no va a ser eficaz en vida y cuando fallece, va a beneficiar a los llamados en el testamento, pero no al incapaz, y los interesados tienen legitimación para ejercer aquellas acciones que crean conveniente para pedir la nulidad de un testamento.

La sentencia objeto de comentario se basa en esta razón para declarar la nulidad de diversos actos de disposición entre vivos, relativos a cuentas corrientes e inversiones, porque dichos actos perjudicaban al propio incapaz, en cuyo nombre está legitimado el tutor para actuar.

El propio testador no puede pedir la nulidad de un testamento por falta de capacidad o vicio de la voluntad, aunque tiene en su mano la revocación si es capaz. Si es incapaz, serán sus sucesores los que impugnarán el testamento, caso de no haberlo revocado el testador. Por lo que no pudiendo el tutelado ejercer esta acción, tampoco estará legitimado el tutor.

En último término, señalar que el testamento fue otorgado cuando regía la presunción de capacidad del artículo 664 del Código Civil (6), de modo que la discusión sobre la nulidad o no del testamento no puede centrarse en una incapacidad declarada cuatro años después por medio de la declaración de incapacitación. Lo que debe demostrarse en una acción de nulidad por falta de capacidad es que el testador no estaba capacitado para otorgar el testamento en el momento en que lo hizo (7) y ello no puede deducirse de una posterior incapacitación, sino que al contrario se ha demostrado por actos coetáneos que en ese momento sí era capaz (8).

(6) Artículo 664. El testamento hecho antes de la enajenación mental es válido.

(7) Recordemos el artículo 666, que establece que para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento.

(8) «Esta doctrina fue formulada en la sentencia de esta Sala, de 7 de abril de 1903, ya que a estos efectos, una de 1886, contradictoria con la de 1903, no puede tomarse en consideración por ser anterior al Código Civil. La citada sentencia dice que

RESUMEN

LEGITIMACIÓN DEL TUTOR

El propio testador no puede pedir la nulidad de un testamento por falta de capacidad o vicio de la voluntad, aunque tiene en su mano la revocación si es capaz. Si es incapaz, serán sus sucesores los que impugnarán el testamento caso de no haberlo revocado el testador. No pudiendo el tutelado ejercer esta acción tampoco estará legitimado el tutor.

ABSTRACT

LEGAL STANDING OF A GUARDIAN

The testator cannot himself ask for his testament to be declared null due to lack of capacity or vice of consent, although revocation does lie to hand if the testator is capable. If he is incapable, it will be his successors who may challenge his will should the testator have failed to revoke it. A ward cannot take such action, nor does the ward's guardian hold legal standing to do so in his stead.

1.3. Derechos reales

EL ALMA COMO TITULAR REGISTRAL DE FINCAS

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Antonio de Nebrija*

SUMARIO: I. LA DISPOSICIÓN EN FAVOR DEL ALMA: EL ARTÍCULO 747 DEL CÓDIGO CIVIL.—II. LA POSIBILIDAD Y VALIDEZ DE LA INSTITUCIÓN DEL ALMA COMO HEREDERA.—II. REQUISITOS Y APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 747 DEL CÓDIGO CIVIL.—IV. EL REFLEJO REGISTRAL DE LA DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA EN FAVOR DEL ALMA: REQUISITOS Y CONDICIONES.—V. CONCLUSIONES.

las acciones presuponen siempre la violación de un derecho y por ello, «como las disposiciones testamentarias, por ser esencialmente revocables y estar ordenadas para después de la muerte del testador, no pueden producir efecto alguno hasta que el mismo testador fallezca, es obvio que durante la vida del que ordenó el testamento no puede persona alguna impugnar la eficacia de éste, mediante acción de carácter civil, ya que ningún perjuicio irroga ni puede irrogar al testador, mientras vive, la existencia de la disposición testamentaria que aquél puede derogar o ratificar sin contención de ninguna clase», y esta doctrina no se altera cuando el testador ha sido declarado incapaz «por haberle sobrevenido perturbación en sus facultades intelectuales», no pudiéndose «conceder al representante o tutor el incapacitado y con referencia a todos los actos ejecutados anteriormente por éste, acciones que el mismo por sí no hubiera podido ejecutar, pues ni la ley consiente esa especial modificación, ni existe fundamento legal alguno para atribuir al tutor mayores facultades que las que tendría el propio interesado».

I. LA DISPOSICIÓN A FAVOR DEL ALMA: EL ARTÍCULO 747 DEL CÓDIGO CIVIL

El artículo 747 del Código Civil permite al testador instituir como heredera de sus bienes, a su alma. En concreto este artículo dispone que: «Si el testador dispusiere del todo o parte de sus bienes para sufragios y obras pías en beneficio de su alma, haciéndolo indeterminadamente y sin especificar su aplicación, los albaceas venderán los bienes y distribuirán su importe, dando la mitad al Diocesano para que lo destine a los indicados sufragios y a las atenciones y necesidades de la Iglesia, y la otra mitad al Gobernador Civil correspondiente para los establecimientos benéficos del domicilio del difunto, y en su defecto, para los de la provincia».

El sentir de este artículo no es otro que dejar encargados sufragios u obras pías para la salvación del alma del propio testador —o de un tercero—, que deben pagarse a cargo de todos o de determinados bienes de la herencia que, obviamente, habrán de venderse para poder pagarlos, y cuyo importe se divide por mitades entre la Iglesia y el Gobernador Civil, hoy Delegado del Gobierno. La mitad de lo obtenido se aplica, entonces, a sufragios o atenciones de la Iglesia, y la otra mitad a obras pías, ante la falta de designación concreta por el testador.

Esta disposición debe entenderse y encuadrarse dentro de las disposiciones testamentarias genéricas o relativamente indeterminadas. Es decir, a pesar de que el artículo 750 del Código Civil exige la certeza de la disposición testamentaria, declarando nula toda disposición «a favor de persona incierta», y que el artículo 772.1.º proclama la necesidad de que se designe al heredero por su nombre y apellido, poniendo de relieve la importancia de que el/los herederos queden perfectamente determinados e individualizados, es preciso matizar esta regla, en el sentido que hace el artículo 772.2.º y corrobora la jurisprudencia. No siempre es necesaria esa individualización, sino que basta con que el favorecido por la disposición sea determinable, pueda determinarse de forma inequívoca. En este sentido, el propio artículo 772.2.º añade que: «aunque el testador haya omitido el nombre del heredero, si lo designare de modo que no pueda dudarse quién sea el instituido, valdrá la institución». Así es posible designar herederos a personas *a priori* indeterminadas, como puede ser «el hijo del hermano del testador», o «el presidente de la fundación X» (1).

Es decir, existen supuestos en los que se permite hacer disposiciones testamentarias sin determinar expresamente el beneficiario; y una de ellas es, precisamente, la disposición en «favor del alma», como también lo es la genérica disposición en «favor de los pobres» (art. 749 CC). Por lo tanto, es una excepción a la necesaria concreción legal de los herederos.

Pero, además de instituirse como heredero a un sujeto indeterminado, nos encontramos con otro problema añadido: el de si realmente ese sujeto, además de indeterminado, es sujeto, o sea, si puede ser heredero o persona capacitada para suceder.

El artículo 744 del Código Civil establece que sólo pueden suceder los que no estén incapacitados por la Ley, por lo que se permite, en principio, suceder a todo sujeto de derecho, sea persona física o jurídica. El artículo 745 del Código Civil sólo considera incapaces para suceder a las criaturas abortivas

(1) Véase, en este sentido, las SSTs de 21 de enero de 1895, 31 de enero de 1899, 15 de noviembre de 1907, 21 de diciembre de 1920 y 24 de febrero de 1950.

(por no ser personas al no reunir los requisitos del art. 30 CC), y las asociaciones o corporaciones no permitidas por la Ley. En conclusión, las únicas excepciones a la sucesión, como dice LACRUZ BERDEJO, no lo son por defecto de capacidad, sino de existencia, «no es que sean incapaces, es que no son personas» (2).

Nos toca plantearnos ahora, ¿el alma es una persona? ¿Tiene capacidad jurídica para suceder? Obviamente, no, por lo que *a priori*, no podría suceder al finado, ni en consecuencia, puede ser heredero de nadie.

Si esto es así, la disposición a favor del alma debería ser nula, y el artículo 747 del Código Civil que analizamos, no tendría validez ni eficacia. ¿Cómo es posible la aplicación de este artículo? ¿Es válida esta disposición testamentaria? ¿Qué sentido y alcance tiene? ¿Qué queremos decir cuando se dispone de todos o parte de los bienes a favor del alma, si ésta no puede ser heredero?

Vamos a tratar de responder a las preguntas planteadas.

II. LA POSIBILIDAD Y VALIDEZ DE LA INSTITUCIÓN DEL ALMA COMO HEREDERA

Que el alma no puede ser heredera, por no tener capacidad para suceder, ya que no es persona y por tanto no tiene capacidad jurídica, está claro.

La doctrina considera que el alma, como tal, no es heredera, pues no es sujeto de Derecho; en ese sentido encontramos las manifestaciones de LACRUZ BERDEJO, DIEZ PICAZO, PUIG PEÑA, ROYO MARÍN, MALDONADO, GONZÁLEZ PORRAS y muchos otros (3).

Sin embargo es muy frecuente —o lo ha sido— que se instituya al alma como heredera de todo o parte de los bienes del testador, con base en el artículo 747 del Código Civil. El TS ha admitido la validez de esta disposición testamentaria, si bien, se intuye de varias de sus sentencias, que considera que el alma no es heredera del causante, y que debe darse otro sentido y alcance al precepto legal que el de pretender instituir como heredera al alma. Más bien el sentido del artículo 747 es una institución *pro anima*, es decir, se hace una institución genérica en beneficio del alma, para que —dando cumplida voluntad del causante— se asignen los bienes a una persona concreta para que los venda y aplique ese dinero a sufragios y obras piadosas.

GONZÁLEZ PORRAS (4) hace un buen repaso jurisprudencial sobre la validez de la disposición testamentaria a favor del alma y el verdadero sentido del artículo 747 del Código Civil, que resumimos en las siguientes líneas:

(2) LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, V, Ed. Dykinson, Madrid, 2001, pág. 52.

(3) Véase: LACRUZ BERDEJO, J. L., «Elementos de Derecho Civil, V», *ob. cit.*, pág. 206; DIEZ PICAZO, L., *Sistema de Derecho Civil*, vol. VI, ed. Tecnos, Madrid, 1983; PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho Civil español*, V-1.º (2.ª ed.), pág. 371; ROYO MARÍN, J., *Disposiciones testamentarias con fines piadosos y benéficos* (herencias a favor del alma y fundaciones benéficas), Curso de Conferencias del Ilustre Colegio Notarial de Valencia, 1951, pág. 44 y sigs.; MALDONADO, *Herencias a favor del alma en el Derecho español*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944, págs. 213, 219 y 220; GONZÁLEZ PORRAS, J. M., «Comentario al artículo 747 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo X, vol. 1.º, EDESA, Madrid, 1987, en línea: <http://vlex.com/vid/231855>.

(4) GONZÁLEZ PORRAS, J. M., «Comentario al artículo 747 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, *ob. cit.*

1. En una primera etapa y antes de la publicación del Código Civil, el TS afirma la validez de tal disposición, e incluso considera que el alma es verdadero heredero: En este sentido, la STS de 15 de marzo de 1864 afirma que: «cuando se instituye heredera al alma del testador, no falta el heredero, ni queda por consiguiente, sin efecto la institución». Igualmente, la STS de 18 de junio de 1864 declaró que los testadores podían dejar como herederos a sus almas o las de otros, y en STS de 24 de diciembre de 1866 se confirma esta idea: «es lícita y legal la institución de heredero hecha a favor del alma del testador». Sin embargo, ya en la STS de 31 de diciembre de 1888, aunque en principio proclama la posibilidad de que el alma sea heredera, añade a continuación que: «puede hacerse tal institución, o lo que es lo mismo, el invertir los bienes hereditarios en sufragios y obras piadosas». Ya empieza a manifestarse el verdadero alcance de esta institución, que es *pro anima*.
2. Después de la publicación del Código Civil, con el artículo 747, se repite la doctrina anterior y se asienta, en el sentido de que todas las sentencias reiteran la validez de la disposición a favor del alma, aunque ya no admitan claramente que ésta es heredera. Baste ver las SSTS de 17 de noviembre de 1896, 29 de mayo de 1893, o la clarificadora sentencia de 1 de diciembre de 1899, que afirma que: «a la par de ordenar el Código Civil por su artículo 670 que el testamento es acto personalísimo, que no puede delegarse para lo esencial en comisarios, mandatarios, dejando al arbitrio de terceros la institución de herederos o legatarios ni la designación de porciones hereditarias, faculta por el artículo 671 que se encomiende a un tercero la distribución de las cantidades que deje en general a clases determinadas, como a los parientes, a los pobres, o a los establecimientos de beneficencia, así como la elección de las personas o establecimientos a que deben aquéllas aplicarse y confirman, según el criterio que estimo correcto del TS, esta disposición, los artículos 747 y 749 del Código, al dictar reglas para la distribución de los bienes hereditarios por terceras personas cuando el testador no las hubiere dado precisas al destinarlos a sufragios por su alma y a obras piadosas». Esta misma idea de disposición indeterminada *pro anima*, la recogen las SSTS de 21 de marzo de 1902, 25 de febrero de 1911, 6 de abril de 1927, 31 de mayo de 1928 y 13 de octubre de 1934.

Más recientemente, la STS de 31 de octubre de 1998 resume perfectamente la doctrina jurisprudencial sobre la validez de la disposición testamentaria a favor del alma: «La institución a favor del alma, de honda raigambre en el derecho histórico, ha sido reconocida como válida y eficaz por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tanto la anterior como la posterior al Código Civil, y así la sentencia de 20 de abril de 1906 dice que: «es válida la institución hereditaria hecha a favor del alma del testador, según lo dispuesto en el artículo 747 y lo declarado por el Tribunal Supremo en diferentes sentencias, entre ellas en las de 31 de diciembre de 1888 y 2 de enero de 1889, y que estando determinados concretamente en el testamento de don... los sufragios y obras piadosas a que han de aplicarse los productos de la finca a tal efecto legada, debe cumplirse la voluntad del testador, por ser ésta la suprema ley a que ha de atenderse en materia de sucesión», y la sentencia de 16 de abril de 1927 afirma que: «la institución de heredero a favor del alma de la testadora

no estuvo nunca prohibida en nuestras antiguas leyes aplicables a este caso, ni lo están en el Código Civil, que la autoriza en su artículo 747, habiéndose reconocido por la jurisprudencia la validez de tal institución, y siendo esto así, preciso es admitir como válida y eficaz la designación de heredero que a favor de su alma hizo la causante».

En resumen, no hay problema para admitir la validez de la disposición testamentaria a favor del alma, pero ésta debe entenderse como una disposición que se hace de forma genérica e indeterminada, en beneficio o provecho del alma, y sin especificar su aplicación; sólo entonces entra en juego el artículo 744 del Código Civil, que debe interpretarse de esta manera. Es un precepto con valor integrativo de la voluntad del testador que, a falta de concreción de la misma, se aplica, estableciendo que sus bienes —el importe de los mismos— se destinen en beneficio de su alma, a través de sufragios y obras pías, por partes iguales, al no especificarse nada.

III. REQUISITOS Y APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 747 DEL CÓDIGO CIVIL

El artículo 747 recoge, según acabamos de ver, un supuesto en el que no existe heredero —el alma no puede serlo—, sólo una disposición genérica en su beneficio, y en el que corresponde al albacea liquidar el patrimonio hereditario —mediante venta—, para entregar el saldo obtenido a las instituciones beneficiarias, Iglesia, y la administración pública correspondiente.

Cuando nos encontremos con una disposición de carácter indeterminado, a favor del alma, o similar, deberá reconducirse al artículo 747 del Código Civil, siempre que se den los siguientes requisitos:

- a) Se aplicará siempre en sucesión testada, pues se exige una disposición testamentaria siempre, aunque sea indeterminada.
- b) La disposición debe ser indeterminada o genérica, pero expresamente en «favor del alma». Puede ser tanto el alma propia como de un tercero.
- c) No puede designarse su aplicación o destino concreto, pues entonces ya no entraría en juego el artículo 747 del Código Civil, sino la voluntad expresa del testador. Es decir, no puede especificarse en qué actos y obras piadosas concretas debe aplicarse el importe obtenido con la venta, pues si así lo hace no se aplicaría el artículo 747 del Código Civil.
- d) Es aplicable también este artículo tanto si se dispone sólo para sufragios o sólo para obras piadosas. En este caso, y aunque hay discusión doctrinal al respecto (5), considero que sólo se aplicará el valor obtenido en venta a aquello (o sufragios u obras piadosas) que expresamente haya dicho el testador, pues su voluntad debe prevalecer una vez más.
- e) Puede aplicarse, tanto si se dispone de todos los bienes del causante, como si sólo lo hace de parte de ellos, concurriendo, entonces, con otros herederos.

(5) Véase Díez PICAZO, CASTÁN Y GONZÁLEZ PORRAS a favor de la tesis que aquí se sostiene, mientras LACRUZ BERDEJO, por el contrario, entiende que no puede excluirse la aplicación exacta del artículo 747 del Código Civil, con el reparto al 50 por 100 del importe obtenido en venta (*ob. cit.*).

Si entra en juego el artículo 747 del Código Civil, por darse el supuesto de hecho que acabamos de exponer, corresponderá al albacea nombrado en el testamento vender los bienes y distribuir el importe obtenido a partes iguales entre el Diocesano y el Gobernador. Se plantean, en torno a la actuación del albacea, dos problemas que dejamos meramente indicados:

- a) Si no se ha nombrado albacea, o éste muere antes de llevar a cabo su función, quién será el encargado de hacerlo.
- b) Si el albacea sólo está legitimado para vender los bienes, o debe interpretarse esta facultad de forma amplia, incluyendo cualquier enajenación, v.gr., donación.

- a) EL ARTÍCULO 747 DEL CÓDIGO CIVIL ENCARGA EXPRESAMENTE AL ALBACEA NOMBRADO POR EL TESTADOR LA VENTA DE LOS BIENES Y SU DISTRIBUCIÓN. YA HA QUEDADO CLARO QUE EL ALBACEA NO ES HEREDERO DEL CAUSANTE SINO ÚNICAMENTE EL EJECUTOR DE SU VOLUNTAD. EL PROBLEMA QUE SE PLANTEA ES SI EL TESTADOR NO NOMBRÓ ALBACEA, O SI ÉSTE FALLECE ANTES DE LLEVAR A CABO SU COMETIDO

La mayoría de la doctrina y la jurisprudencia consideraban que en este caso correspondería nombrar a un albacea dativo por el juez, basándose en el artículo 966 LEC 1888, que especificaba que cuando el finado no dejaba parientes que pudieran ejercer las funciones de albacea, el juez nombraba un albacea dativo con el objeto de encargarse del entierro, exequias, y todo lo que le correspondiese con arreglo a las leyes. La jurisprudencia así lo ha confirmado, por ejemplo, en RDGRN de 21 de agosto de 1906, que confirmaba la doctrina del Tribunal Supremo (31 de diciembre de 1888) en este sentido, y consideraba aplicable por analogía el artículo 966 LEC (si bien previsto para la sucesión intestada) a este supuesto. En concreto, esta resolución afirmaba lo siguiente: «El artículo 966 de la LEC vigente, al autorizar el nombramiento de albaceas dativos, se limita al caso de fallecimiento abintestato, por lo cual no es aplicable en su letra al caso en que exista testamento. Esto no obstante, las SSTs de 29 de marzo de 1869, y 7 de enero de 1889, dictadas cuando estaba en vigor el artículo 359 de la LEC 1869, sientan la doctrina de que corresponde al juez de Primera Instancia el nombramiento del albacea dativo, que puede hacerse, al menos por analogía, cuando faltan todos los designados por el testador para el cumplimiento de sus disposiciones, y el heredero carece de persona que especialmente le represente, por ser indispensable designar persona que se ponga al frente de la testamentaria, administre los bienes y cumpla la voluntad del testador». Como afirma MONEDERO (6): «tal doctrina es aplicable aun después de la vigencia de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil por ser el artículo 966 reproducción del artículo 359 de la anterior norma procesal. No procediendo la prevención del juicio de abintestato por existir testamento, no es posible hacer en él el nombramiento de albacea dativo, y sí sólo en caso de jurisdicción voluntaria»; este autor continúa diciendo que hoy, sí «sería posible promover, mediante expediente de jurisdicción voluntaria, el nombramiento de albacea dativo para que asumiese la función de vender y distribuir los bienes», aunque el problema radica en que hoy no existe un precepto análogo al anterior artículo 966 LEC 1888, como

(6) MONEDERO MONTERO DE ESPINOSA, J. I., «Herencia en beneficio del alma», informe de la Abogacía del estado, en *Anales de la Abogacía General del Estado*, núm. 2006, enero de 2008, <http://vlex.com/vid/47000006>.

concluye el mismo autor. La laguna legal existente podría solucionarse, y siempre según MONEDERO, aplicando también por analogía el artículo 749.2 del Código Civil (7), relativo a la herencia a favor de los pobres, en la que la distribución de los bienes se hará por las personas que haya designado el testador, en su defecto albaceas, y si no los hubiere por el Párroco, Alcalde y el Juez Municipal.

- b) ¿TIENE QUE LIMITARSE EL ALBACEA A VENDER LOS BIENES DEL CAUSANTE O PUEDE ENAJENARLOS DE OTRA FORMA?

El artículo 747 habla expresamente de «vender» los bienes, y no hay que olvidar que el sentido de este artículo es facilitar la liquidación de la herencia y aplicar el saldo resultante de la misma a la Iglesia y Administración Civil. Creo, por este motivo, que en principio, esa debe ser la concreta misión del albacea y no otra, pues a falta de disposición expresa del testador —que es precisamente el supuesto del art. 747 del Código Civil— debemos mantener su tenor literal y aplicarlo como se dice. En este sentido, la STS de 31 de marzo de 1959, estimó que los albaceas sólo están legitimados para vender, ya que con esta facultad se excede de las normalmente concedidas a los albaceas por el artículo 902 del Código Civil, cuando no se le han designado otras, que es precisamente lo que ocurre en el supuesto analizado.

Es cierto que parte de la doctrina (8) considera que debe prevalecer la voluntad del testador, también en este aspecto, y que si, por ejemplo, con la donación de los bienes, se consideran satisfechos los beneficiarios de los mismos, y así lo hace constar, nada impide el acto de donación —como adjudicación para pago— por parte del albacea.

IV. EL REFLEJO REGISTRAL DE LA DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA EN FAVOR DEL ALMA: REQUISITOS Y CONDICIONES

El problema que debemos plantearnos ahora es cómo debe recoger el Registro de la Propiedad esta peculiar disposición testamentaria. ¿Se inscribirán los bienes inmuebles que formen parte de la herencia a nombre del alma del testador? ¿Es esto posible? ¿En su caso, como se reflejará en el Registro esta sucesión?

La jurisprudencia registral ha mantenido y confirmado la doctrina del TS de que el alma no es heredera, pero sí se admite la validez de dicha disposición testamentaria; baste, por ejemplo, las RRDGRN de 24 de mayo de 1901, 20 de abril de 1906, 26 de enero de 1910, etc.

(7) Artículo 749 del Código Civil: «Las disposiciones hechas a favor de los pobres en general, sin designación de personas ni de población, se entenderán limitadas a los del domicilio del testador en la época de su muerte, si no constare claramente haber sido otra su voluntad.

La calificación de los pobres y la distribución de los bienes se harán por la persona que haya designado el testador, en su defecto por los albaceas, y, si no los hubiere, por el Párroco, el Alcalde y el Juez municipal, los cuales resolverán, por mayoría de votos, las dudas que ocurran.

Esto mismo se hará cuando el testador haya dispuesto de sus bienes en favor de los pobres de una parroquia o pueblo determinado».

(8) Véase, por todos, GONZÁLEZ PORRAS, J. M., «Comentario al artículo 747 del Código Civil», *ob. cit.*

Pero, si el alma no es persona y no tiene capacidad para suceder, y en consecuencia, como ya hemos dicho, no es heredera, mucho menos es propietaria de los bienes inmuebles que formen parte del caudal relicto, luego creemos que es imposible la inscripción de los bienes a su favor, pues sólo las personas físicas o jurídicas pueden ser titulares registrales, tal y como se desprende del artículo 9.4.^a LH y el 51.9.^a RH.

El problema que se produce, entonces, es a nombre de quién deben inscribirse los bienes si el alma no puede ser titular registral y es quien aparece designada como heredera en el testamento.

Podríamos pensar que los bienes se inscribirán a nombre de los favorecidos por la disposición testamentaria, es decir, los destinatarios del dinero obtenido con la venta de los bienes relictos: la Iglesia y la Administración Civil. Sin embargo, estos no son tampoco herederos del causante, ni propietarios de los bienes (9), como ha repetido reiteradamente la jurisprudencia, por lo que no podríamos inscribir directamente los bienes a su favor, pues faltaría el tracto sucesivo. En este sentido, se pronuncia la STS de 31 de diciembre de 1888, que cita la STS de 31 de octubre de 1998 al afirmar que: «no obstante, no poder ser considerada el alma como heredera se reconoce la validez de esa institución sin que pueda ser considerado como heredero el albacea encargado de la distribución de los bienes ni tampoco el Diocesano ni el Gobernador a los que se refiere el artículo 747 del Código Civil», y continúa esta sentencia: «esta forma de institución no hace adquirir, en concordancia con el artículo 609.2 del Código Civil, el dominio de los bienes por la institución o establecimiento favorecido por el destino impuesto por el testador, o supletoriamente, por el artículo 747, que haya de darse a los bienes... ya que, se reitera, la institución a favor del alma no constituye título hereditario a favor de los beneficiados para la adquisición del dominio de los bienes de que así dispuso el testador». Con igual doctrina encontramos la STS de 3 de febrero de 1928, que rechaza la inscripción de los bienes a favor de la Iglesia por no ser heredera ni legataria.

La solución que ofrece la práctica y la jurisprudencia registral es que los bienes deben inscribirse a nombre de los albaceas, que son los ejecutores de la voluntad testamentaria. Aunque los albaceas no son herederos, y al no poder inscribirse los bienes a favor del alma, el Centro Directivo permite que los bienes puedan inscribirse a su nombre; eso sí, siempre es necesario que en tal inscripción se deje constancia del destino o finalidad de tales bienes: ser vendidos para aplicar su importe a los sufragios, misas y obras pías. Las siguientes RRDGRN confirman esta idea: la de 7 de enero de 1875 afirma que los bienes se pueden inscribir a nombre de los albaceas como si fueren verdaderos herederos, al carecer el instituido —el alma— de personalidad. La RDGRN de 30 de abril de 1878 afirma, de nuevo, que al no poder inscribirse los bienes a favor del alma, deberá hacerse a nombre del executor o cumplidor testamentario, aunque se diga erróneamente, que a estos efectos, «representan al alma». En términos muy parecidos, puede verse la RDGRN de 5 de septiembre de 1863, 24 de mayo de 1901, 20 de abril de 1906 y 20 de enero de 1910.

(9) Véase, en este sentido, VAZQUEZ SEJAS, J. J., «Reglas de interpretación de cláusulas testamentarias. Nuda propiedad en beneficio del alma del testador». Informe de la Abogacía del Estado-Jefe en Pontevedra, en *Anales de la Abogacía General del Estado*, núm. 2004, enero de 2006, en <http://vlex.com/vid/386122>; y MONEDERO MONTERO DE ESPINOSA, J. I., «Herencia en beneficio del alma», *ob. cit.*

Por lo tanto, la inscripción de los bienes se hará a favor de los albaceas, siempre que conste el destino de esos bienes inmuebles. El porqué de esta solución, si el albacea tampoco es el heredero ni propietario de los bienes, como ya hemos dicho, puede encontrarse, como dice GONZÁLEZ PORRAS, en que el albacea es «el único posible titular registral, pero desde luego no es el destinatario final de los bienes (o del valor de los mismos) y a cuyo favor se puede practicar la inscripción temporal. Por eso su situación se asemeja a las inscripciones fiduciarias o adjudicaciones para pago de deudas. Los bienes quedarían inscritos a nombre del albacea para la ejecución de la voluntad testamentaria, en una situación similar a la de un adjudicatario para pago de deudas, conforme a lo previsto en el artículo 2.3.º LH».

Es decir, se trataría de una inscripción de carácter transitorio y destinada a terminar rápidamente, pues el destino de los bienes es venderse y, por lo tanto, lo que corresponde es la inscripción definitiva a nombre de los adquirentes.

Cuestión distinta, y más fácil de resolver, a mi modo de ver, es si los bienes relictos se venden por el albacea antes incluso de practicarse la inscripción correspondiente. En este caso, y como bien argumenta GONZÁLEZ PORRAS, el albacea, con la escritura de venta acompañada del testamento y del certificado de defunción y del registro de últimas voluntades, podrá solicitar la inscripción directamente a nombre de los adquirentes. Y todo ello en virtud de lo establecido en el artículo 20.4.º LH, un supuesto de modalidad de tracto, en el que se dice que: «no será necesaria la previa inscripción o anotación a favor de los mandatarios, representantes, liquidadores, albaceas y demás personas que con carácter temporal actúen como órganos de representación y dispongan de intereses ajenos en la forma permitida por las leyes».

V. CONCLUSIONES

- a) El alma no es heredera, no tiene capacidad para suceder, pues no es persona, ni sujeto de derechos.
- b) Aunque es válida la disposición testamentaria que así lo recoge, y la jurisprudencia lo ha afirmado, dando el siguiente sentido al artículo 747 del Código Civil.
- c) El artículo 747 del Código Civil es una norma integradora de la voluntad del testador, cuando se haga una disposición indeterminada sin asignación concreta de bienes.
- d) Si el alma no es heredera, porque no es persona, no puede ser titular registral en ningún caso, y no podrían inscribirse los bienes relictos nunca a su nombre.
- e) Los bienes que de forma indeterminada se dejan a favor del alma, se inscribirán a nombre de los albaceas, como una inscripción transitoria, y siempre dejando constancia del fin de tales bienes, que no es otro que ser vendidos.
- f) Si los albaceas vendieren los bienes antes de la inscripción, se dejará constancia de esta transmisión, y no será necesaria la previa inscripción de los bienes a favor de los albaceas, según establece el artículo 20.4 LH.
- g) En definitiva, el título de este artículo es erróneo, y no podemos decir que el alma sea titular registral, pues nunca se inscribirá a su nombre.

RESUMEN

**DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA.
INSCRIPCIÓN REGISTRAL
TITULAR REGISTRAL**

Se plantea en este trabajo la posibilidad de que el alma sea instituida como heredera de una persona, en virtud de lo establecido en el artículo 747 del Código Civil. Se analiza la posibilidad y validez de dicha institución a través de la jurisprudencia civil y registral, y los requisitos necesarios que en todo caso debe tener esta peculiar disposición. Además, se trata de analizar la relación entre la institución en favor del alma y el Registro de la Propiedad: si se puede inscribir a favor del alma, o no, y qué condiciones se exigen para dar cumplimiento a esa voluntad del causante en cuanto a su reflejo registral.

ABSTRACT

**TESTAMENTARY DISPOSITION. RE-
GISTRATION
REGISTERED OWNER**

This paper raises the possibility of the soul's being appointed a person's heir under section 747 of the Spanish Civil Code. The paper analyses the possibility and validity of such an appointment, through civil and registration case law, and the necessary requirements that such a peculiar disposition would at all events have to meet. In addition, the paper endeavours to analyse the relationship between a soul as heir and the property registration system: whether property can be registered as belonging to a soul or not, and what conditions are required in order to reflect compliance with such a will in the registration records.

1.4. Sucesiones

**EL LEGADO ALTERNATIVO Y LA FACULTAD DE ELECCIÓN O
CONCENTRACIÓN: LA MEDIACIÓN COMO FÓRMULA RECOMENDADA
JUDICIALMENTE PARA LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
PATRIMONIALES Y FAMILIARES DERIVADAS DE LA SUCESIÓN
MORTIS CAUSA**

por

MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ

Profesora Contratada Doctora

del Departamento de Derecho Civil de la UNED

Secretaria IDADFE

**SUMARIO: I. FUNDAMENTOS Y PARTICULARIDADES DEL LEGADO AL-
TERNATIVO EN EL DERECHO CIVIL COMÚN: 1. EL LEGADO ALTERNATIVO:
NOCIÓN Y RÉGIMEN JURÍDICO SEGÚN EL ARTÍCULO 874 DEL CÓDIGO CIVIL. 2. EL LEGADO
ALTERNATIVO COMO DISPOSICIÓN SINGULAR DE CARÁCTER PATRIMONIAL: LEGADO MERA-
MENTE OBLIGATORIO Y SIN EFECTO DIRECTO. 3. REFERENCIA AL DERECHO FORAL CATA-
LÁN Y NAVARRO.—II. LOS LEGADOS ALTERNATIVOS: DELIMITACIÓN DE
SUS PERFILES EN SEDE JUDICIAL: 1. UN CASO PRÁCTICO CONTROVERTIDO
JUDICIALMENTE: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 20 DE MAYO DE 2010: LA**

ELECCIÓN DEL TITULAR DE UN LEGADO ALTERNATIVO ES UNA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD UNILATERAL —QUE NO ACEPTACIÓN— QUE NO EXIGE FORMALIDAD ALGUNA NI PRECISA ACEPTACIÓN POR EL OBLIGADO A ENTREGARLA. 2. OTRAS CONTROVERSIAS EN MATERIA DE LEGADOS ALTERNATIVOS Y TÍTULOS NOBILIARIOS: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 3 DE OCTUBRE DE 1980: LA CONCENTRACIÓN POR PAGO Y LA CONCENTRACIÓN POR ELECCIÓN. 3. LA CAUTELA SOCINIANA, COMUNIDAD POSTGANANCIAL Y FORMAS ESPECIALES DE ELECCIÓN DEL LEGADO: AUDIENCIAS PROVINCIALES Y DGRN.—III. MEDIACIÓN: DIRECTIVA DE LA UNIÓN EUROPEA E *ITER* LEGISLATIVO DE LA FUTURA LEY ESTATAL DE MEDIACIÓN: 1. NOCIONES PREVIAS: TÍTULO COMPETENCIAL CONSTITUCIONAL Y LEGISLACIÓN AUTONÓMICA. 2. EL ANTEPROYECTO DE LEY DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES Y SU TIPIFICACIÓN COMO ACUERDO CON EFICACIA DE TRANSACCIÓN: ARMONIZACIÓN CON LAS REGULACIONES AUTONÓMICAS Y HOMOLOGACIÓN DE LOS ACUERDOS DE MEDIACIÓN PREVIOS A SU ENTRADA EN VIGOR. 3. JUSTICIA RESTAURATIVA Y DESCONGESTIÓN DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES: LA MEDIACIÓN CIVIL Y FAMILIAR COMO REMEDIO AL ATASCO JUDICIAL. 4. LA MEDIACIÓN COMO RECOMENDACIÓN JUDICIAL Y *OBITER DICTA*.

I. FUNDAMENTOS Y PARTICULARIDADES DEL LEGADO ALTERNATIVO EN EL DERECHO CIVIL COMÚN

1. EL LEGADO ALTERNATIVO: NOCIÓN Y RÉGIMEN JURÍDICO SEGÚN EL ARTÍCULO 874 DEL CÓDIGO CIVIL

Como bien advierten los estudios dedicados a la materia, y pese al acierto de la regulación autónoma a la institución del heredero, las imprecisiones contenidas en la Sección décima «De las mandas y legados» (1) abren multitud de interrogantes en su aplicación práctica (2). Es el caso del legado alternativo, previsto en el artículo 874 del Código Civil que, al concretar que en éstos «se observará lo dispuesto para las obligaciones de la misma especie, salvo las modificaciones que se deriven de la voluntad expresa del testador», no proporciona una definición de este sistema de transmisión *mortis causa* y, escuetamente, elige el sistema de la remisión a otro conjunto de normas.

Empero, del texto transcrito se trasluce el régimen jurídico al que habrá de estarse en los legados alternativos. De una parte, y, con carácter previo, será de aplicación preeminente el primario o resultante de la voluntad del testador; en su defecto, entrará a colación el secundario que, mediante remisión legal a las disposiciones obligatorias, suplirá o colmará la ausencia o total o parcial de previsiones del causante.

Se evidencia así que el legislador quiso conferir absoluto protagonismo (3) a la voluntad del testador, siendo ésta la determinante del régimen jurídico,

(1) Artículos 858 a 891.

(2) Vid., GARCÍA CANTERO, «Ensayo de una clasificación de los legados, en particular en el Código Civil», en *RCDI*, 497, 1973, págs. 781 a 810.

(3) Coincidente, por tanto, con el sentido del artículo 675, al decir que: «toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que parezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará la que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento» deposita en la voluntad del testador total preeminencia. Sobre la indagación de la verdadera voluntad del testador y las reglas interpretativas, vid., entre otras muchas, las SSTs de 1 de febrero de 1988, 9 de octubre de 2003, 19 de diciembre

salvo que resulte de aplicación subsidiaria o complementaria a las disposiciones *mortis causa*, lo legalmente previsto para las obligaciones alternativas (4). Cabe añadir en este punto y en buena lógica con la propia autonomía de la voluntad privada, que esta facultad del causante no alcanza a la desnaturalización de la esencia del legado alternativo, por lo que contravendría la ley que el testador «vulnere ese carácter de alternatividad consustancial a este tipo de institución» (5).

En cuanto al origen y a su propia denominación, advierte CUADRADO que «el calificativo “alternativo”, hoy generalizado y adoptado por el legislador en los artículos 874 y 1.131 a 1.136 del Código Civil, no fue utilizado por los romanos. En el Derecho Romano se empleaban expresiones como *disiuncta verba*, *disiunctim legare*, *disiunctio*, o *stipulari (legare) illud aut illud*. Ello ha provocado que algún autor haya usado el vocablo “disyuntivo”, en lugar de “alternativo”. Si los romanos hubiesen necesitado una locución abstracta, habrían utilizado la expresión *disiunctiva stipulatio* o *disiunctivum legatum*. A pesar de ello, en el Digesto también se utilizaron locuciones como *institutus alternata conditione*, *sub alternatione*, *alternatio locorum*, *sine alternatione*, si bien en

de 2006; sobre la bibliografía en la materia, vid., «Apuntes sobre los elementos reales del fenómeno sucesorio: el supuesto de los títulos nobiliarios como derechos susceptibles de ser transmitidos por testamento y su revocación e interpretación», en *RCDI*, marzo-abril, 718, 2010, págs. 778 a 790.

(4) Así, incluidas en el Libro IV, *De las obligaciones y contratos*. Título I. *De las obligaciones*. Capítulo III. *De las diversas especies de obligaciones*. Sección 3.ª *De las obligaciones alternativas*: Artículo 1.131. El obligado alternativamente a diversas prestaciones debe cumplir por completo una de éstas. El acreedor no puede ser compelido a recibir parte de una y parte de otra. Artículo 1.132: La elección corresponde al deudor, a menos que expresamente se hubiese concedido al acreedor. El deudor no tendrá derecho a elegir las prestaciones imposibles, ilícitas o que no hubieran podido ser objeto de la obligación. Artículo 1.133: La elección no producirá efecto sino desde que fuere notificada. Artículo 1.134: El deudor perderá el derecho de elección cuando de las prestaciones a que alternativamente estuviese obligado, sólo una fuere realizable. Artículo 1.135: El acreedor tendrá derecho a la indemnización de daños y perjuicios cuando por culpa del deudor hubieren desaparecido todas las cosas que alternativamente fueron objeto de la obligación, o se hubiera hecho imposible el cumplimiento de ésta. La indemnización se fijará tomando por base el valor de la última cosa que hubiese desaparecido, o el del servicio que últimamente se hubiera hecho imposible. Artículo 1.136: Cuando la elección hubiere sido expresamente atribuida al acreedor, la obligación cesará de ser alternativa desde el día en que aquélla hubiese sido notificada al deudor. Hasta entonces las responsabilidades del deudor se regirán por las siguientes reglas: 1.ª Si alguna de las cosas se hubiese perdido por caso fortuito, cumplirá entregando la que el acreedor elija entre las restantes, o la que haya quedado, si una sola subsistiera. 2.ª Si la pérdida de alguna de las cosas hubiese sobrevenido por culpa del deudor, el acreedor podrá reclamar cualquiera de las que subsistan, o el precio de la que, por culpa de aquél, hubiera desaparecido. 3.ª Si todas las cosas se hubiesen perdido por culpa del deudor, la elección del acreedor recaerá sobre su precio. Las mismas reglas se aplicarán a las obligaciones de hacer o de no hacer, en el caso de que alguna o todas las prestaciones resultaren imposibles [para su comentario, vid., RAMS ALBESA, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DÍEZ-PICAZO, PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ, SALVADOR CODERCH (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 11 y sigs., así como LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, II, *Derecho de Obligaciones*, Madrid, 2009, 13.ª ed., pág. 69 y sigs., y la bibliografía allí citada].

(5) OSSORIO SERRANO, «Comentario al artículo 874 del Código Civil», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DÍEZ-PICAZO, PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ, SALVADOR CODERCH (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 2134 a 2136.

textos de dudosa autenticidad. Por otra parte, en las fuentes bizantinas podemos hallar la expresión *hypò alternatona*» (6).

Por tanto, y como noción que refunde lo apuntado y describe con exactitud esta institución, a juicio de LASARTE ÁLVAREZ, *estaríamos* «frente a un legado alternativo cuando el causante haya previsto distintas prestaciones a cargo del heredero gravado u obligado, quien, por tanto, sería el legitimado para llevar a cabo la elección entre las diversas prestaciones previstas, conforme a lo establecido por el artículo 1132.1». Enfatiza, a su vez, que la escasa o nula presencia jurisprudencial de esta institución es una prueba de que la «existencia de legados alternativos puros (...) más parece una entelequia que otra cosa» (7).

2. EL LEGADO ALTERNATIVO COMO DISPOSICIÓN SINGULAR DE CARÁCTER PATRIMONIAL: LEGADO MERAMENTE OBLIGATORIO Y SIN EFECTO DIRECTO

La mejor doctrina señala al legado alternativo como desprovisto del efecto directo que ostentan aquellas singulares disposiciones testamentarias cuyo objeto consista en una cosa cierta, donde se produce la adquisición inmediata del legatario. En estos últimos casos, la adquisición se produce desde el preciso y exacto momento del fallecimiento del causante (8). Sin embargo, ni la cuestión es pacífica ni parece que pueda resolverse de forma unívoca en todas las disposiciones testamentarias. En este sentido ALBALADEJO discrepa de aquella calificación obligacional y sus consecuencias ya que, a su juicio, la concentración hace que la adquisición se retrotraiga al momento del fallecimiento del causante (9).

Veremos ahora la sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de mayo de 2010, que parece inclinarse a que el legatario deviene titular del legado *ipso iure* desde el momento de la apertura de la sucesión producida por la muerte del causante, pese a que dicha titularidad es distinta de la elección concreta del objeto que haya de ser cumplido por los herederos o los sujetos pasivos del legado alternativo. Con todo y como se ha apuntado, no resulta posible generalizar, dada la autonomía de la voluntad presente en la elaboración de la cláusula testamentaria pudiéndose concretar el momento efectivo de la aceptación y por tanto del momento concreto de la transmisión de la titularidad del bien o derecho legado.

De otra parte, confluyen distintos momentos y potencialmente diversos objetos, derechos o bienes, cuyos requerimientos legales podrán ser distintos en función de la prestación concreta elegida: por tanto no parece posible

(6) CUADRADO PÉREZ, *El legado alternativo*, Madrid, 2003.

(7) *Principios de Derecho Civil*, VII, *Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2008, 5.ª ed., pág. 147.

(8) Así lo fijaron LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil*, V, *Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 1988 (reimpresión 1992), pág. 314 y sigs., si bien no es cuestión pacífica el momento de la adquisición por parte del legatario; vid., también el artículo 882.1 por cuanto concreta que «el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere [el testador] (...)»; señala por su parte FERNÁNDEZ-DÍEZ, que este precepto es de carácter dispositivo (vid., «Comentarios a la Sección 10.ª del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), Pamplona, 2009, 3.ª ed., pág. 1057). En buena lógica, el efecto de la adquisición automática imputa los riesgos al legatario como propietario que es (vid., entre otros, O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho Civil*. Tomo 5, Barcelona, 1999).

(9) ALBALADEJO GARCÍA, «Comentarios a la Sección 10.ª del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, I, 2, Madrid, 1998, 2.ª ed.

ofrecer una solución universal o de carácter general al régimen de estas cláusulas, sin omitir el funcionamiento y la aplicabilidad de la regla de la transmisión del riesgo en estos supuestos:

- a) El momento de la *adquisición de la titularidad del legado*, que se produce *ipso iure* por la apertura de la sucesión.
- b) La *aceptación, expresa o tácita, o en su caso renuncia del legado*, mediante declaración de voluntad unilateral que se emite de forma expresa o tácita.
- c) El *ejercicio de la facultad de elección* por parte de quien ostente esta facultad (serán los herederos salvo que se diga otra cosa como deudores), de cuál de las prestaciones será la elegida.
- d) La *aceptación del legado concreto por parte del legatario*.
- e) La *entrega material de la cosa por parte del obligado*.

En este sentido, la DGRN ha tenido ocasión de pronunciarse en la materia, en un asunto sobre el cabal sentido imputable a una oscura cláusula testamentaria en que es expresa la voluntad de la testadora de que sus hijos den cumplimiento a la obligación de transmitir la propiedad de un inmueble. En su texto y con la finalidad de ventilar si la disposición es o no un auténtico legado (de cosa determinada propia del testador), o, si antes bien, nos encontramos ante una disposición de carácter modal, dice la Resolución de 19 de mayo de 2005, que las de esta última categoría, obligan pero no suspenden ni la adquisición, ni la inscripción en favor de los herederos, constituyendo atribuciones patrimoniales indirectas, las cuales, no suponen delaciones —ni vocaciones— sucesorias.

Apréciense sus consecuencias, ya que dice la Resolución que el legado alternativo que «se resolvería en una obligación alternativa, con una evidente consecuencia: sólo desde la elección —por el heredero gravado—, el legatario adquiriría derecho a que le fuere entregada la cosa, si bien el favorecido no adquiriría derecho real sobre dicha cosa hasta que la misma le hubiere sido entregada (cfr. art. 1.095 del Código Civil)».

Por aplicación de los artículos sobre las relaciones obligatorias cuyo objeto consista en una cosa o bien alternativo, ya se ha dicho que «la elección de la cosa concreta —salvo disposición contraria del testador— corresponderá al obligado, que deberá notificarla al legatario y será irrevocable, no pudiendo elegir la que fuere imposible o ilícita» (10). Por su parte, para el Derecho navarro y salvas las disposiciones voluntarias, si en el legado alternativo con efecto real se atribuye esta facultad al legatario y la titularidad de la cosa la ostentará por disposición legal desde la muerte del causante, en el legado personal, será el heredero quien pueda ejercitarla (11).

(10) Así lo declara O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho Civil*. Tomo 5 (*Derecho de Sucesiones*), Barcelona, 1999. En cuanto a la titularidad del derecho o facultad de elección, aclara la RDGRN, de 18 de marzo de 2005, el albacea es la persona que se encarga de ejecutar la última voluntad del testador, pero en ningún momento puede ser considerado como representante de legatario y con ello no puede sustituir su manifestación de voluntad.

(11) Vid., ARREGUI GIL, «Comentario a la Ley 248: Legado alternativo. Título IX. De los legados», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO y DÍAZ ALABART (Dir.), Tomo XXXVII, vol. 1.º, Madrid, 1998, nota 4.

De modo que no debe confundirse entre:

- a) La titularidad del legado, que corresponde al legatario *ipso iure* desde la apertura de la sucesión.
- b) Con la aceptación o renuncia del legado por parte del legatario.
- c) Ni con la elección o acto de concentración como acto unilateral que recaerá, salvo que se haya dicho lo contrario en los herederos que son, precisamente, los obligados a la entrega de dicho legado.

Por tanto, esta facultad de concentración o elección es una declaración válida por sí, por el hecho de emitirla de forma expresa o tácita el deudor-heredero o el legatario legitimado para ello. Distinta será la discusión sobre si es recepticio o no, en el entendido de que para que produzca efectos habrá de ser notificada de forma fehaciente al heredero, caso de que el legado y la facultad de elección recaiga en el legatario, y desde dicho preciso instante queda especificada la prestación sea de hacer, no hacer o entregar (12).

Otras cuestiones pendientes de resolución nos hacen remitirnos al instituto de evicción, para concretar el alcance de la obligación de saneamiento en caso de privación del bien o derecho en cuestión. En este sentido, el artículo 860 advierte que será responsable el obligado a la entrega del legado, siempre y cuando la cosa fuere indeterminada y se señalare sólo por género o especie. Con todo como bien señala DURÁN RIVACOBIA, «hasta la especificación permanece firme la máxima *genus nunquam perit* si, una vez el bien deviene concreto, éste se pierde a instancias externas por evicción, resulta evidente que la responsabilidad del obligado permanece incólume y ha de proceder a la defensa del *accipiens*, que cumpla con sus legítimas expectativas, como el *de cuius* había establecido» (13).

3. REFERENCIA AL DERECHO FORAL CATALÁN Y NAVARRO

Por fin y antes de entrar al examen de algunos pronunciamientos y resoluciones, conviene no olvidar que en la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, se contempla el *Legado catalán*, declarándose en su artículo 427-25 sobre el *Legado alternativo*: 1. En el *legado alternativo*, el causante puede atribuir la facultad de elección a un tercero, el cual debe hacer la elección mediante una declaración de voluntad dirigida a la persona gravada con el *legado*. 2. Si el causante no establece nada respecto a la facultad de elección, ésta corresponde a la persona gravada. La facultad de elección es transmisible a los herederos. 3. La elección, una vez hecha, es irrevocable.

Por su parte, la Ley 248 de la Compilación del Derecho Civil de Navarra, dice sobre esta disposición *mortis causa*, que: «en el legado alternativo de efecto real, la elección corresponde al legatario, y en el de efecto personal, al heredero, salvo que fuera otra la voluntad del disponente» (14).

(12) Por lo que se refiere a la necesidad de que conste la aceptación expresa en documento público de la elección efectuada por la legataria y su aceptación de la hipoteca, vid., lo que luego se dirá de la RDGRN de 18 de marzo de 2005.

(13) *Evicción y saneamiento*, Pamplona, 2002, pág. 113.

(14) Vid. ARREGUI GIL, «Comentario a la Ley 248: Legado alternativo. Título IX. De los legados», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO y DÍAZ ALABART (Dir.), Tomo XXXVII, vol. 1.º, Madrid, 1998; EGUSQUIZA BALMASEDA, «Comentario a la Ley 248», en *Comentarios al Fuero Nuevo*, RUBIO TORRANO (Dir.), Pamplona, 2002.

II. LOS LEGADOS ALTERNATIVOS: DELIMITACIÓN DE SUS PERFILES EN SEDE JUDICIAL

1. UN CASO PRÁCTICO CONTROVERTIDO JUDICIALMENTE: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 20 DE MAYO DE 2010: LA ELECCIÓN DEL TITULAR DE UN LEGADO ALTERNATIVO ES UNA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD UNILATERAL —QUE NO ACEPTACIÓN— QUE NO EXIGE FORMALIDAD ALGUNA NI PRECISA ACEPTACIÓN POR EL OBLIGADO A ENTREGARLA

Corresponde ahora comprobar cuál es la dicción de una disposición singular testamentaria de esta naturaleza y la controversia judicial llevada ante el Tribunal Supremo, donde se resuelve algún aspecto controvertido no tanto en su calificación, como en la ejecución testamentaria.

Para comprobar la fórmula empleada habitualmente en los testamentos para contemplar un legado alternativo, vamos a transcribir el supuesto ventilado por la sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de mayo de 2010, siendo Ponente O'CALLAGHAN MUÑOZ, en la que no se discute la calificación técnica de la disposición singular contemplada por el padre de los demandantes, sino la división judicial de la herencia.

Primero: el tenor literal de la cláusula:

En su testamento otorgado con fecha 27 de enero de 1989, ordena su última voluntad en dos cláusulas: «1.^a Lega a su citada esposa, el usufructo universal de su herencia, o el pleno dominio de toda la parte de la misma de libre disposición, más su cuota legitimaria a su elección. 2.^a Instituye herederos a sus citados hijos»...

Partes del proceso:

Demandante: la viuda del causante y uno de los hijos.

Demandado: otro de los hijos del causante.

Proceso y objeto:

Se trata de un proceso de división judicial de herencia, en que se declara el inventario y se hace por el contador el cuaderno particional, habiéndose opuesto a éste el demandado, recurriendo en apelación y presentando ahora el recurso de casación por infracción de normas que se desestima con imposición de costas.

Características del legado testamentario:

De lo visto se sigue que dicha cláusula testamentaria:

1. Es un legado.
2. Es un legado alternativo ya que el causante ha previsto dos prestaciones a cargo de los herederos.
3. El sujeto pasivo, o deudor o deudores, son los herederos universales.
4. Los deudores cumplirán su obligación, ejecutando una de entre las dos prestaciones adeudadas.
5. Es sujeto activo o acreedor de este legado alternativo la legataria.
6. En el ejercicio de su autonomía, el causante establece y rectifica el régimen ordinario de las obligaciones alternativas, por lo que a la facultad de elección se refiere.

7. La facultad de elección o concentración se imputa por voluntad del testador a su esposa y legataria, descartando que sus hijos y herederos como deudores, concentren o elijan cuál de las dos obligaciones son debidas.

Cuestiones sobre la facultad de elección y el legado del caso de autos:

1. Requisitos y naturaleza de la facultad de elección: se trata de una declaración de voluntad unilateral.
2. No se exige formalidad alguna.
3. No precisa aceptación por el obligado a su entrega.
4. Se puede formular de forma expresa, o de forma tácita mediante hechos concluyentes.
5. El legatario deviene titular del legado *ipso iure* desde el momento de la apertura de la sucesión producida por la muerte del causante.
6. El legatario puede renunciar a su legado.
7. Es distinta la aceptación del legado, con la elección del legado alternativo.

En su virtud y como el hijo del causante que fue demandado en primera instancia y que apeló e instó la casación alegando que su madre como legataria había aceptado por hechos concluyentes el legado de la opción del usufructo, resuelve el Tribunal Supremo desestimando sus pretensiones, toda vez que, en ningún momento se ha acreditado hecho alguno que permita estimar la aceptación tácita del legado que pretendía.

2. OTRAS CONTROVERSIAS EN MATERIA DE LEGADOS ALTERNATIVOS Y TÍTULOS NOBILIARIOS: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 3 DE OCTUBRE DE 1980: LA CONCENTRACIÓN POR PAGO Y LA CONCENTRACIÓN POR ELECCIÓN

Otro supuesto ventilado por el Tribunal Supremo en su sentencia *de 3 de octubre de 1980*, transcribe la problemática cláusula testamentaria que dispone: «Es deseo del testador que ordena a su hijo don Clemente que lo cumpla, ya que ha de sucederle en los títulos, ceda a su elección a su hermano Jesús Carlos, los correspondientes a una de las tres casas de x, y, z, con todos los títulos anejos. Ruega a su hijo don Clemente no hacer cesión de los títulos a sus hermanos hasta que éstos hayan contraído matrimonio, y sólo en el caso de que la elección de esposa haya sido de su agrado».

En los Considerandos de la sentencia se dice que «el mentado causante no estableció una delegación en la distribución de los títulos, correspondientes a las tres casas aludidas; sino que, por el contrario, realizó precisa distribución de ellos entre sus dos hijos aludidos, con asignación forzosamente de uno a dicho don José Enrique por elección que al respecto efectuará el primogénito don Clemente, para que quedase en definitiva cumplimentada en su real efectividad la exigencia de reserva a su favor del título que considerase principal».

Y, finalmente, por lo que a la materia interesa, concreta la calificación y régimen jurídico de aplicación a dicha cláusulas: «en consideración a que la obligación creada por el tantas veces mentado causante don Jesús Carlos a cargo de su hijo primogénito don Clemente y a favor de su también hijo don Jesús Carlos, para que aquél entregase a éste el que eligiese de entre los varios títulos relacionados poseídos por dicho causante, genera en definitiva por

modo analógico, la naturaleza y efectos de las obligaciones alternativas con específica proyección al *legado alternativo* que contempla el artículo 874, en relación con el 1.131 a 1.136 del Código Civil, en cuanto don Clemente quedó constreñido a la prestación de una determinada prestación de entre las varias previstas como posibles, que se extinguen por la ejecución de la una o de la otra, por el particular fenómeno jurídico de la concentración, productor de que lo que inicialmente viene establecido como obligado, aunque de modo indeterminado, se concrete de modo definitivo, por derivación de la concepción dominante de que toda obligación alternativa constituye no una suma de obligaciones determinada por la pluralidad de sus posibles objetos, sino una obligación única en la que se dote una sola prestación, que aun cuando inicialmente pueda aparecer indeterminada dentro de los límites trazados en su creación, queda precisada al tiempo de darle cumplimiento (concentración por el pago) o con autoridad, al tiempo de ser elegida la prestación (concentración por la elección)».

3. LA CAUTELA SOCINIANA, COMUNIDAD POSTGANANCIAL Y FORMAS ESPECIALES DE ELECCIÓN DEL LEGADO: AUDIENCIAS PROVINCIALES Y DGRN

Más común es la inclusión de un legado alternativo, pero en la forma de la discutida cautela sociniana, cuya naturaleza jurídica aún está pendiente de resolución y que no nos es posible plantear en este trabajo, por razones obvias. Con todo, se trae causa a esta sede de dos Resoluciones de las Audiencias, toda vez que es objeto de controversia si la opción que se ha de ejercitar es o no un legado alternativo.

Así, en la sentencia de la *Audiencia Provincial de Asturias, de 30 de enero de 2004*, sobre un testamento otorgado por el esposo de la actora, el testador lega a su esposa el usufructo universal, vitalicio y sin fianza de toda su herencia, con la advertencia de que «si alguno de los legitimarios no lo respetara, manda quede reducida su participación a la legítima corta o estricta; y en el caso de que todos lo incumplieran, lega el usufructo de mejora además del pleno dominio del tercio de libre disposición: “TS de 10-7-2003, en la que el Alto Tribunal declara no tomar en cuenta que nos hallamos ante un testamento notarial y de cierta complejidad y en el que el testador otorga a su cónyuge el usufructo universal sobre todos los bienes de la herencia, pero establece asimismo que en caso de que no fuese aceptada dicha fórmula por cualquiera de sus hijos y herederos, se trueca en la plena propiedad del tercio de libre disposición. Ello implica la denominada cautela sociniana o gualdense, consistente en la opción concedida por el testador al legitimario para elegir entre dos alternativas, o tolerar el usufructo universal del cónyuge viudo, o atribuirle el pleno dominio de todo el tercio de la herencia denominado de libre disposición, a más de los derechos que la ley concede al cónyuge supérstite como legitimario. La sentencia de esta Sala, de 3 de diciembre de 2001, ha señalado la validez de tal cláusula y asimismo que el legitimario afectado tiene derecho a realizar la opción del artículo 820.3 (si la manda consiste en un usufructo o renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador) y añade, igualmente, dicha resolución, que en testamentos notariales abiertos, en los que se dan consejos y advertencias

sobre la legalidad por un profesional tan cualificado como el Notario autorizante, es razonable pensar que el legislador no ha querido imponer un gravamen sobre la legítima como el usufructo manifiestamente ilegal, sino dejar a la voluntad del legitimario gravado, cumplir la disposición a cambio de una mayor participación en la herencia, o bien recibir su legítima con arreglo a la ley sin esa participación, lo que equivale a no cumplirla”.

Por tanto, en dicha sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 30 de enero de 2004, se declara que “no impugnando la resolución del juzgador *a quo* en cuanto estima que en el testamento se estableció la cautela socini, que nos encontramos ante un *legado alternativo*, o que la opción corresponde ejercitarla a los legitimarios gravados, y que éstos no la han ejercitado”.

La *sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de 27 de septiembre de 2005*, transcribe una interesante disposición *mortis causa*, en un asunto en que se ventila la nulidad del cuaderno particional: «El fallecido otorgó testamente abierto ante el Notario de San Sebastián D. A. el día 9 de julio de 1999, en la cláusula primera consta la siguiente disposición: “Primero: Lega: (...) A doña Inmaculada, el usufructo vitalicio de la mitad indivisa del tercio de libre disposición de la herencia del otorgante. Ordena que, si doña Inmaculada lo quiere así, ese usufructo recaiga sobre una participación (que equivalga a la expresada mitad indivisa del tercio de libre disposición) de la casa número ... de la de San Sebastián que le pertenece al testador”. «La Sala parte de la existencia de un cuaderno particional protocolizado notarialmente en cuyo epígrafe sobre adjudicaciones de la legataria doña Inmaculada, consta el siguiente texto: «(...) Y actuando de consuno esta legataria y los dos hijos herederos acuerdan compensar dicho legado por una pensión vitalicia».

Pese al tenor de dichas adjudicaciones del cuaderno, la Sala aprecia: «que no ha existido consentimiento de la actora para mutar el legado usufructuario de parte alícuota en una pensión vitalicia de la forma en la que aparece expresamente redactado en el apartado B) adjudicaciones segundas del Cuaderno Particional: La actitud de la señora Inmaculada a lo largo de la fase preprocesal fue concluyente y uniforme, exigiendo el cumplimiento de la voluntad testamentaria y optando por el usufructo de la mitad indivisa del tercio de libre disposición respecto del inmueble. Ello queda plasmado en el complejo documental».

Adicionalmente advierte que: «en relación a la cuestión referida a la entrega de legado se hace cita de la STS de la Sala de lo Civil, de 21 de abril de 2003, en que se declara: «(...) Como señaló la añeja sentencia de esta Sala de 3 de junio de 1947, el legatario tiene derecho a la cosa legada desde el fallecimiento del testador, pero le falta la posesión para lo que es precisa la entrega. La sentencia de 25 de mayo de 1992, ha recogido que de acuerdo con el artículo 882 del Código Civil (...) cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere la propiedad desde que aquél muere, si bien debe pedir la entrega al heredero o albacea, cuando éste se halle autorizado para darla (art. 885 del CC) lo que implica que en el caso de ser varios legatarios de un mismo bien se constituye sobre él una comunidad ordinaria sometida a las reglas de los artículos 392 y siguientes. Asimismo, ya recogió la sentencia de 19 de mayo de 1947, que la entrega constituye un requisito complementario para la efectividad del legado, al mismo tiempo que una circunstancia *sine qua non* para el legatario que quiera disfrutar por sí mismo de la cosa legada, con independencia de la adquisición dominical que tendrá lugar en los términos prevenidos en el artículo 882. En la misma

línea, la de 29 de mayo de 1963, que aunque el legatario adquiere la propiedad de la cosa legada desde la muerte del testador, ello no le faculta, por sí, para ocupar la cosa, sino que ha de pedir su entrega y posesión al heredero o albacea, lo que constituye un requisito complementario para la efectividad del legado (...)».

Por su parte, la *sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 11 de febrero de 2009*, reitera que única y exclusivamente de los hechos concluyentes se puede deducir que haya habido ejercicio del derecho de opción sobre el legado alternativo, por lo que el cumplimiento de las obligaciones fiscales sobre la comunidad postmatrimonial que se produjo ante la falta de liquidación de la sociedad conyugal, en ningún caso implica el ejercicio de la facultad de opción que le correspondía.

Así, declara: «fallecido el primigenio causante don Ignacio, ni la legataria ni los herederos por pasividad, desidia o mera conveniencia, pues los segundos reconocen abiertamente su convencimiento de que cuando falleciera la primera serían sus únicos herederos, prescindieron voluntariamente de proceder a la necesaria liquidación de la sociedad conyugal y ulterior partición de la herencia, creándose así una sociedad postmatrimonial administrada *de facto* por la de cónyuges superviviente, con el beneplácito y asesoramiento de los herederos, en cuanto que ya era poseedora de los bienes, dado su carácter ganancial, lo que propició la percepción por su parte de las rentas, titularidad del metálico bancario y cumplimiento de declaraciones fiscales, que en absoluto suponen aceptación táctica de haber hereditario alguno, ni, mucho menos, elección de uno de los legados alternativos, a lo que cabe añadir en igual sentido y a mayor abundamiento, las manifestaciones vertidas por la contadora partidora en el cuaderno particional a propósito de su desatendido requerimiento a las partes para que le suministraran información complementaria, de donde se colige que no se realizó disposición ni opción alguna, lo que queda corroborado por el hecho de existir al fallecimiento de la viuda el dinero metálico inventariado, en cantidad superior a la dejada por el causante, según se desprende del anterior pleito ordinario al que ya se hizo referencia».

En cuanto a las Resoluciones de la DGRN, destacaremos la de *18 de marzo de 2005*, ya que ventila algunas cuestiones sobre la facultad de elección y el envoltorio jurídico que ha de exigirse. En el caso se requiere que el ejercicio de opción conste en escritura pública, fundamentalmente por su viabilidad, toda vez que se trataba de garantizar con hipoteca el cumplimiento de uno de los legados posibles; a mayor abundamiento, el único legitimado para ejercer el derecho de opción es precisamente, el legatario o persona en quien delegue.

En definitiva, la forma en este caso deviene esencial no tanto por la que deba exigirse al régimen de la aceptación en sí, sino porque la aceptación del legatario que en este supuesto resulta ser acreedor hipotecario va indisolublemente unida al requisito legal de la hipoteca en sí. De modo que se advierte que dicha aceptación ha de constar, bien en la propia escritura particional o en otra distinta, pero en documento público.

Dice por tanto la Resolución: «se plantea si es inscribible una escritura de operaciones particionales en la que concurren albacea y herederos, en la que éstos constituyen hipoteca unilateral sobre bienes que le han sido adjudicados, en garantía de un legado de renta vitalicia por el que opta la legataria —según manifiesta el albacea—, sin que conste la intervención expresa de ésta para realizar la opción entre los dos legados alternativos ni para aceptar la hipoteca unilateral como acreedora. Tanto el Registrador como el recurrente coinciden

en la naturaleza del legatario como sucesor a título particular, y la clase de legado ante el que nos encontramos, legado alternativo cuya elección corresponde a la legataria; sin embargo difieren en la forma de acreditar dicha elección por la legataria. PRIMERO: El albacea es la persona que se encarga de ejecutar la última voluntad del testador, pero en ningún momento puede ser considerado como representante de legatario y con ello no puede sustituir su manifestación de voluntad. El hecho de que sea el albacea el designado por el testador para proceder a la entrega del legado, no obsta para que la legataria, por sí o por medio de representante, deba ejercitar la facultad que el testador le da en el propio testamento. SEGUNDO: El ejercicio de la *opción entre los legados alternativos deberá constar en escritura pública, máxime cuando lo que se pretende es garantizar el cumplimiento de este legado de renta vitalicia con hipoteca unilateral a favor de legatario*, y por tanto el acceso al Registro de la Propiedad de dicha elección de la que nace la obligación que se garantiza, elemento objetivo, esencial en la hipoteca (arts. 3 y 145 LH). El Registrador, al calificar este documento, ha obrado en uso de sus facultades, estando legitimado por la Ley para exigir la acreditación de la opción, pues el Registrador califica tanto la capacidad de los otorgantes, como la validez de los actos dispositivos (art. 18 de la Ley Hipotecaria). TERCERO: El principio de titulación auténtica exige escritura pública como elemento formal de la hipoteca, para que pueda lograrse su inscripción constitutiva en el Registro de la Propiedad. Y esta exigencia se cumple con la escritura presentada, ya que no se trata de una mera acta de protocolización de operaciones particionales, sino que se trata de una verdadera escritura de aprobación y ratificación de las operaciones contenidas en el cuaderno particional. No obstante, *falta la constancia dentro de esa escritura o en otra posterior de la elección efectuada por la legataria y su aceptación de su consideración de acreedor hipotecario* (piénsese en lo sencillo de la subsanación del defecto advertido, pues basta la presentación de la escritura de aceptación de la hipoteca por parte del legatario de la hipoteca unilateral para que ello implique reconocimiento de la elección).

En resumidas cuentas, lo que se evidencia de las resoluciones de las que se trae razón, no es tanto la dificultad de intelección de ciertas cláusulas en las que entra en juego la voluntad del causante o la determinación del régimen jurídico para estas singulares disposiciones *mortis causa*, como que su tenor literal ha entrado en colisión con los intereses patrimoniales de las partes implicadas.

III. MEDIACIÓN: DIRECTIVA DE LA UNIÓN EUROPEA E *ITER* LEGISLATIVO DE LA FUTURA LEY ESTATAL DE MEDIACIÓN

1. NOCIONES PREVIAS: TÍTULO COMPETENCIAL CONSTITUCIONAL Y LEGISLACIÓN AUTÓNOMICA

Conviene ahora ocuparse de la riqueza doctrinal que se desprende de la Sala primera del Tribunal Supremo, donde no se oculta la posibilidad de resolver los conflictos, acudiendo a otras fórmulas tan efectivas como la judicial pero más rápidas y menos traumáticas y solemnes. Ahora lo veremos, si bien para concretar la exacta trascendencia de esta recomendación *obiter dicta* o consideración hecha marginalmente —dispuesta a la vista de su reiteración a alcanzar la consideración de doctrina consolidada—, es aconsejable manejar

lo que, en fechas próximas, será el «acuerdo» (15) de mediación que, además de las modificaciones procesales correspondientes, alterará los perfiles del contrato de transacción.

Por tanto, sirva como noción y descripción de la finalidad de este instituto, la siguiente: «la mediación supone la superación del binomio que se refleja en el proceso judicial entre las partes, actora-demanda, ganadora-perdedora o culpable-inocente; al dirigirse, de forma pacífica y no competitiva, a través de un proceso voluntario, a obtener un resultado de máxima satisfacción para cada una de las partes inicialmente enfrentadas por el conflicto» (16).

Si como se ha señalado tanto la mejor doctrina (17), la Ley de Enjuiciamiento Civil fue una oportunidad perdida para impulsar la mediación, el siguiente hito, en lo que será la futura Ley estatal en la materia, lo formuló la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (18).

En la Disposición Final tercera de la mencionada Ley 15/2005, se estableció que: «El Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas». Y con ello no ha de entenderse que en el ámbito dicho sistema alternativo de resolución de conflictos sea estrictamente la familiar (19), sino que buena parte de las controversias llamadas a ser solventadas por un proceso distinto del judicial, como es la mediación, tenga este origen (20).

(15) De momento sólo acuerdo, que no contrato, pese a su equiparación a los efectos del contrato de transacción.

(16) VILLAGRASA ALCAIDE, «El papel de la mediación familiar en la solución de los conflictos», en *La protección de las personas mayores*, LASARTE ÁLVAREZ (Dir.), Madrid, 2007, pág. 133. Su naturaleza jurídica ha sido defendida como contrato atípico, donde intervienen dos elementos subjetivos: «de un lado, aquellos que están sufriendo la crisis o conflicto en cuestión, y de otro, el agente mediador» (PÉREZ GIMÉNEZ, «La mediación familiar: perspectiva contractual», en *Aranzadi Civil*, 22, 2006).

(17) Vid. ORTUÑO MUÑOZ, «Prólogo», «Mediación familiar (Conflicto: técnicas, métodos y recursos)», SORIA, VILLAGRASA y ARMADANS, Barcelona, 2008, pág. 12 y sigs.; TORRES ESCÁMEZ, «La mediación como medio de solución de conflictos jurídicos. La necesidad de su urgente regulación», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 448, 2000, págs. 1 a 4.

(18) Recientemente vid., de la IX Legislatura (2008-Actualidad) la Proposición de Ley de Grupos Parlamentarios del Congreso. Proposición de Ley de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil en materia de mediación familiar (122/000241). Presentado el 9-7-2010, calificado el 19-7-2010.

(19) PEDRAZ PENALVA daba buena cuenta de las controversias que puede resolver la mediación en el sistema norteamericano del Minitral, sea daños, construcción, separación y divorcio, disputas familiares, seguros... (vid., «El proceso y sus alternativas», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Arbitraje, Mediación, Conciliación*, Madrid, 1995, pág. 49).

(20) Como destaca GARCÍA VILLALUENGA, la Recomendación 98 (1) «hace suya la conveniencia de extender la mediación familiar a todas las posibles relaciones familiares, para que se beneficien de este sistema, lo que atiende, sin duda, a un concepto global y extenso de familia, fiel reflejo en la realidad social europea. Asimismo, se pretende favorecer en el texto la oportunidad de que las partes puedan solicitar la mediación en cualquier fase del proceso, permitiendo incluso interrumpirlo para instaurarla, adquiriendo así la voluntariedad un carácter notable en aquél», vid., Ap. II, a y b, y Ap. V. a y b de la Recomendación (98) 1 de Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la mediación familiar, reunión 616 de los Delegados de Ministros, celebrada el 21 de enero de 1998 («La mediación familiar: una aproximación normativa», en *Portu-*

En particular y en el ámbito de competencias exclusivas del Estado, en materia de legislación mercantil, procesal y civil, la Ley de Mediación articulará un marco mínimo para su ejercicio, sin perjuicio de las disposiciones existentes o que puedan existir en las Comunidades Autónomas (21).

Téngase en cuenta que al día de hoy y en el ejercicio de las competencias en materia de protección social, existen un buen número de normativas que regulan la mediación y de las que se pueden señalar las siguientes: En Cataluña, la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de Mediación Familiar de Cataluña (vigente hasta el 19 de agosto de 2009); ha sido sustituida por la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho Privado (22). La mediación familiar se reguló en Galicia por medio de la Ley 4/2001, de 31 de mayo, como una actividad de interés público promovida por la Xunta de Galicia en razón de la indudable utilidad pública que representa la adecuada organización y prestación de este servicio para las familias y las unidades de convivencia estable; en Valencia será de aplicación la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la Mediación Familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana (23).

En cuanto a Canarias, la Ley 3/2005, de 23 de junio, para la modificación de la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la Mediación Familiar. En Castilla-La Mancha, la Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar; en Castilla-León: Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar.

Por su parte, la Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de Mediación Familiar de la Illes Balears, se acoge hoy a la Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, atribuye en los artículos 30.15 y 30.16 la competencia exclusiva a la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, por una parte, en materia de acción y bienestar social, y, por otra, en materia de protección social de la familia y conciliación de la vida familiar y laboral (24).

La Ley 1/2007, de 21 de febrero, de mediación familiar de la Comunidad de Madrid; en el Principado asturiano, la Ley 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar; en el País Vasco, la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar para la Comunidad Autónoma del País Vasco. En cuanto a la Comunidad Autónoma andaluza, ha de tenerse en cuenta la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

laria, VII, 1-2, 2007, págs. 3 a 15); vid., también, GARCÍA PRESAS, «El procedimiento de la mediación familiar», en *AC*, 8, 2009, pág. 2 y sigs.

(21) Esta evidencia ha hecho que se incluya como nuevo epígrafe en los estudios más actualizados que abordan la pluralidad de formas y modelos de familia, así LASARTE ÁLVAREZ, *Principios*, tomo 6, Madrid, 2009, 8.ª ed., pág. 13 y XXXI.

(22) Para su comentario, vid., últ., YSAS SOLANES, «La mediación en el ámbito privado. Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho Privado», en *AC*, 13, quincena del 1 al 15 de julio de 2010, pág. 1486 y sigs. REYES BARRADA, «El proceso de mediación familiar, según la Ley catalana 1/2001, de 15 de marzo», en *Perspectivas del Derecho de Familia en el siglo XXI*, LASARTE ÁLVAREZ (Dir.), 2004.

(23) Vid., ESTRUCH ESTRUCH, «La Ley de Mediación Familiar de la Comunidad Valenciana (Resumen)», en *Parte V: Familia y Sucesiones*.

(24) Vid., sobre su proceso y fundamentos, MUNAR BERNAT, *Notas sobre la proyectada regulación de la mediación familiar en las Islas Baleares*. *Perspectivas del Derecho de Familia en el siglo XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia*, LASARTE ÁLVAREZ (Dir.), 2004.

En el caso navarro se regula por Orden Foral 147/2007, de 23 de julio, de la Consejería de Bienestar Social, Deporte y Juventud, por la que se clasifica el Servicio de Mediación Familiar, fundándose en la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, que en su artículo 44, que atribuye a Navarra la competencia exclusiva en materia de Asistencia Social, así como, de forma específica, en materia de política infantil y juvenil, de la tercera edad, asociaciones benéfico-asistenciales e instituciones y establecimientos públicos de protección y tutela de menores y de reinserción social, en este último caso conforme a la legislación general del Estado.

2. EL ANTEPROYECTO DE LEY DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES Y SU TIFICACIÓN COMO ACUERDO CON EFICACIA DE TRANSACCIÓN: ARMONIZACIÓN CON LAS REGULACIONES AUTONÓMICAS Y HOMOLOGACIÓN DE LOS ACUERDOS DE MEDIACIÓN PREVIOS A SU ENTRADA EN VIGOR

A la vista de esta pluralidad normativa y sin necesidad de que sean derogadas o armonizadas, el anteproyecto advierte que cuando se pretenda otorgar fuerza jurídica vinculante y aplicable a todo el territorio del Estado, la mediación habrá de pasar por las exigencias de esta futura Ley.

No se puede ocultar, por otra parte, que se plantearán dificultades de armonización, caso de que la legislación foral contemple regulación propia del contrato de transacción, al que se asimila el futuro acuerdo legal de mediación civil o mercantil.

Nada impide, por tanto, la convivencia de otros procesos de mediación, desprovistos, eso sí, de esta fuerza ejecutiva atribuida legalmente. De modo que la armonización y el ajuste habrá de referirse a los requisitos establecidos en la futura Ley Estatal de Mediación. En cuanto a los acuerdos existentes que pretendan alcanzar esta fuerza ejecutiva, habrá de desarrollarse un sistema de homologación para que, caso de que cumplan los requisitos de legalidad previstos por la norma, puedan disfrutar de estos beneficios procesales.

Y mediación será a estos efectos, la «negociación estructurada de acuerdo con los principios de esta Ley, en que dos o más partes en conflicto intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo para su resolución con la intervención de un mediador». Sin duda en el *iter* legislativo que se adivina próximo, este primer artículo sobre el concepto legal de mediación habrá de ser aquilatado para atender ciertas reivindicaciones de los operadores que intervienen en este procedimiento informal y privado de solución de diferencias.

No corresponde ahora fijar la naturaleza jurídica de este contrato (25), pero lo cierto es que el Anteproyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, que se maneja al día de hoy, engarza —como su tenor literal declara— de manera instrumental con el Derecho Civil, Mercantil y el Derecho Procesal, «con el propósito de ofrecer una regulación mínima y común aplicable a todo el territorio del Estado, y siempre que al resultado de la mediación se le quiera otorgar fuerza jurídica vinculante».

(25) Su naturaleza jurídica ha sido defendida como contrato atípico, en que se da la intervención de dos elementos subjetivos: «de un lado aquellos que están sufriendo la crisis o conflicto en cuestión, y de otro, el agente mediador» (PÉREZ GIMÉNEZ, «La mediación familiar: perspectiva contractual», en *Aranzadi Civil*, 22, 2006). En cuanto al texto del anteproyecto, pese a sus aciertos, se hace acreedor de algunas críticas, por

De este modo y dada «la proximidad del acuerdo de mediación con el contrato de transacción del Código Civil lleva a introducir en esta norma los ajustes que se han considerado necesarios», añadiéndose en la Disposición Final primera del Anteproyecto un nuevo párrafo al artículo 1.809 del citado cuerpo legal, por lo que el segundo párrafo de este precepto declarará que «el acuerdo de mediación civil y mercantil tendrá efectos de transacción cuando se realice como procedimiento alternativo para la solución de un conflicto entre particulares, se lleve a cabo con intervención de un tercero que reúna los requisitos legales y profesionales para su intervención, de acuerdo con su ley reguladora».

Por otra parte, y como fundamenta el Anteproyecto, la Ley transpone la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Sin embargo, también advierte, que su regulación va más allá del contenido de esta norma de la Unión Europea. La Directiva 2008/52/CE se limita a establecer unas normas mínimas para fomentar la mediación en los litigios transfronterizos en asuntos civiles y mercantiles. En cambio, la regulación de la Ley conforma un régimen general aplicable a toda mediación que tenga lugar en España, y pretenda tener un régimen jurídico vinculante, si bien circunscrita al ámbito de los asuntos civiles y mercantiles. Empero es evidente que el principal impulsor de esta fórmula es el nuevo Derecho de la Unión (26).

3. JUSTICIA RESTAURATIVA Y DESCONGESTIÓN DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES: LA MEDIACIÓN CIVIL Y FAMILIAR COMO REMEDIO AL ATASCO JUDICIAL

Llamado a ser objeto de análisis el *proyectado sistema de mediación en los conflictos familiares*, ya ha sido emitido Informe del Ministro de Justicia sobre tres anteproyectos de ley: el de Mediación, el de reforma de la Ley de Arbitraje y de Regulación del Arbitraje institucional en la Administración General de Estado, y el de la Ley Orgánica, complementaria y que modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial para adaptar las competencias de los juzgados y tribunales en estas materias. Todas estas iniciativas, incluidas en el Plan de Modernización de la Justicia 2009-2010 y en la Estrategia de Economía Sostenible, representan un importante impulso normativo la resolución de conflictos en el ámbito extrajudicial, lo que permitirá a los ciudadanos solucionar sus diferencias y conflictos sin necesidad de acudir a un juicio (27).

Por su parte, la que sea *futura Ley de Mediación* ha de incorporar al ordenamiento español la Directiva comunitaria de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación transfronteriza en asuntos civiles y mercantiles. *Adicionalmente al aprobarse también con la Ley de Mediación el Estatuto de la persona mediadora y al haberse planteado cuestiones interesantes sobre responsabilidad civil*, se les obligará a contratar una póliza que cubra los riesgos de su actividad, así como a estar inscrito en un registro público y de información gratuita para los ciudadanos. Por tanto serán regulados los dere-

ejemplo, sobre su obligatoriedad (vid., PÉREZ CONESA, «Mediación en asuntos civiles y mercantiles», en *Aranzadi Civil*, 4/2010).

(26) Vid., sobre el alcance de esta afirmación, DÍAZ-AMBRONA (Dir.), *Derecho Civil de la Unión Europea (adaptado al Tratado de Lisboa)*, Madrid, 2010, 4.ª ed.

(27) Así lo ha declarado el señor Ministro de Justicia, según consta en el Diario de Sesiones del Congreso. Pleno y Diputación de la IX Legislatura, 143, 2010, págs. 23 y 24.

chos y deberes de las personas mediadoras y el de los servicios e instituciones de mediación, que igualmente deberán inscribirse en el registro. Según dicho Informe, la Ley potencia, además, la mediación a través de medios electrónicos, en la medida en que se insta a su uso y se establece como preferente (28).

4. LA MEDIACIÓN COMO RECOMENDACIÓN JUDICIAL Y *OBITER DICTA*

Por fin, se enlaza el Derecho de Sucesiones con la mediación, ya que, como señala la sentencia de 20 de mayo de 2010, donde el ponente se remite a resoluciones que firmó precedentemente: «Sin embargo, no es baldío recordar aquí lo que ya las sentencias de esta sala de 2 de julio de 2007, 3 de julio de 2007, 5 de marzo de 2010, sobre la mediación. Este caso, propio de una sucesión *mortis causa*, no sólo refleja un problema de atribuciones patrimoniales, sino un enfrentamiento familiar, que se vislumbra claramente en los escritos obrantes en autos, que podría haberse evitado yendo a la solución alternativa de la mediación, si las partes hubieran querido o la ley lo hubiera previsto, que no la hay, pero aparece cada vez más una corriente favorable a la misma, que ha tenido reflejo legal en la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles; en la Ley 15/2009, de 22 de julio, de la Comunidad Autónoma de Cataluña, de mediación en el ámbito del Derecho Privado, y en el Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, elevado al Consejo de Ministros por el de Justicia el 19 de febrero de 2010. En todo caso, puede la mediación, como modalidad alternativa de solución de conflictos, llegar a soluciones menos traumáticas que el dilatado tiempo que se invierte en el proceso y el acuerdo a que se llega siempre será menos duro que la resolución judicial que se apoya exclusivamente en la razonada aplicación de la norma jurídica».

No cabe duda de que esta modalidad de resolución de conflictos cubre lagunas y resuelve la brecha que abre el proceso judicial, si bien quizá haya que apuntar que la brecha no está tanto en la justicia y en sus males, como en la dificultad de resolver las diferencias de las partes vinculadas familiarmente si, de forma adicional, convergen intereses patrimoniales al litigio.

(28) Representantes de los colegios profesionales del mundo del Derecho, del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria y de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cantabria han acogido de forma muy positiva el Anteproyecto de Ley de Mediación, elaborado por la Consejería de Justicia, cuyo contenido les ha sido avanzado por su titular (*Diario La Ley*, núm. 7445, Sección «Hoy es Noticia», de 15 de julio de 2010, Año XXXI, Editorial LA LEY). Por su parte, Margarita Uría (CGPJ) afirma que la mediación contribuye a la justicia restaurativa y desatasca los juzgados (*Diario La Ley*, núm. 7450, Sección «Hoy es Noticia», de 21 de julio de 2010, Año XXXI, Editorial LA LEY). Por su parte, la obligatoriedad del seguro de responsabilidad civil parece que inquieta a otros sectores implicados.

IV. BIBLIOGRAFÍA

Además de la citada a pie de página:

- ALBALADEJO GARCÍA, «Comentarios a la Sección 10.^a del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO y DÍAZ ALABART (Dir.), Madrid, 1998, 2.^a ed.
- ARREGUI GIL, «Comentario a la Ley 248: Legado alternativo. Título IX. De los legados», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO y DÍAZ ALABART (Dir.), Tomo XXXVII, vol. 1.^o, Madrid, 1998.
- CUADRADO PÉREZ, *El legado alternativo*, Madrid, 2003.
- DÍAZ-AMBRONA (Dir.), *Derecho Civil de la Unión Europea (adaptado al Tratado de Lisboa)*, Madrid, 2010, 4.^a ed.
- GARCÍA CANTERO, «Ensayo de una clasificación de los legados, en particular en el Código Civil», en *RCDI*, 497, 1973, págs. 781 a 810.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, «Comentarios a la Sección 10.^a del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), Pamplona, 2009, 3.^a ed., págs. 1030 a 1067.
- LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil*, V, *Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 1988 (reimpresión 1992).
- LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, I, *Parte General y Derecho de la Persona*, Madrid, 2009, 15.^a ed.
- *Principios de Derecho Civil*, II, *Derecho de Obligaciones*, Madrid, 2009, 13.^a ed.
- *Principios de Derecho Civil*, VII, *Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2008, 5.^a ed.
- MORENO QUESADA, «El cumplimiento del legado de cosa ajena», en *ADC*, 1961, pág. 615 y sigs.
- MOREU BALLONGA, *El legado genérico en el Código Civil*, Madrid, 1991, 1.^a ed.
- MOZO BRAVO, «El legado de inmueble específico y determinado», en *Homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo*, t. I, Madrid, 1988, pág. 443 y sigs.
- O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho Civil. Tomo 5 (Derecho de Sucesiones)*, Barcelona, 1999.
- OSSORIO SERRANO, «Comentario al artículo 874 del Código Civil», PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DÍEZ-PICAZO, PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ, SALVADOR CODERCH (Dir.), *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 2134 a 2136.
- ORTUÑO MUÑOZ, «Prólogo», *Mediación familiar (Conflicto: técnicas, métodos y recursos)*, SORIA, VILLAGRASA y ARMADANS, Barcelona, 2008.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «Comentarios a la Sección: Capítulo IV. De la nacionalidad y vecindad civil de la Ley del Registro Civil, artículo 65», en *Comentarios al Código Civil*, Tomo IV, 3, *Artículos 40 al final de la Ley del Registro Civil*, Madrid, Edersa, 2005.
- PÉREZ ÁLVAREZ, «Comentario crítico de "El legado genérico en el Código Civil, de José Luis MOREU BALLONGA, Madrid, 1991"», en *RCDI*, 612, 1992, pág. 2252 y sigs.
- ROCA SASTRE, *Derecho de Sucesiones*, I, Barcelona, 1995, 2.^a ed.
- SORIA, VILLAGRASA y ARMADANS, *Mediación familiar (Conflicto: técnicas, métodos y recursos)*, Barcelona, 2008.
- TORRES ESCÁMEZ, «La mediación como medio de solución de conflictos jurídicos. La necesidad de su urgente regulación», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 448, 2000.

VILLAGRASA ALCAIDE, «El papel de la mediación familiar en la solución de los conflictos», en *La protección de las personas mayores*, LASARTE ÁLVAREZ (Dir.), Madrid, 2007, págs. 130 a 143.

VIVAS TESÓN, «La interpretación de la voluntad del testador a la luz del contexto histórico existente al momento de otorgar testamento. Comentario a la sentencia del TSJ de Cataluña, de 22 de enero de 2004 (RJ 2004/1027)», en *Revista de Derecho Patrimonial*, 13, 2004, págs. 335 a 346.

RESUMEN

LEGADO ALTERNATIVO. FACULTAD DE ELECCIÓN MEDIACIÓN TESTAMENTARIA

Estas líneas tienen por objeto la revisión de uno de los tipos de legado previstos por el Código Civil español. En particular, nos centraremos en las características propias del legado alternativo del artículo 874, que declara que, en éstos: «se observará lo dispuesto para las obligaciones de la misma especie, salvo las modificaciones que se deriven de la voluntad expresa del testador». De modo que la propia configuración legal reserva al testador un amplio margen de libertad, al imputarle la posibilidad de determinar sobre quién recae la facultad de elección presupuesta, eso sí, la necesaria concurrencia y pluralidad de prestaciones consustanciales a la figura. En cuanto a las reglas y criterios aplicables al objeto de este legado, son las contenidas en los artículos 1.131 a 1.136 sobre las obligaciones alternativas. En buena lógica, y en principio el heredero quedará constreñido al cumplimiento de una obligación única de entre las pluralmente previstas por el causante. De entre las cuestiones más discutidas sobre los perfiles de la institución, destacaremos el contenido de la doctrina sentada por la DGRN, así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo y los pronunciamientos de las Audiencias, en materia de forma de pago, constancia registral de la elección efectuada y su aceptación; sin olvidar que la doble vertiente, patrimonial y fami-

ABSTRACT

ALTERNATIVE BEQUEST. POWER OF CHOICE TESTAMENTARY MEDIATION

These lines review one of the types of bequests provided for by the Spanish Civil Code. Particular focus is aimed at the characteristics of the alternative bequest as discussed in section 874 of the Civil Code, which declares that, in alternative bequests, «the provisions for obligations of the same species will be observed, save modifications stemming from the testator's express wishes». So, the concept's very legal configuration reserves ample freedom for the testator, by allocating to him the possibility of determining who shall have the power to choose, assuming, of course, that the necessary concurrence and plurality of benefits that are consubstantial with the concept exist. The rules and criteria applicable to the object of the bequest are contained in sections 1,131 to 1,136 on alternative obligations. In fairness, logically the heir is supposed to be constrained to comply with a single obligation from amongst several obligations provided for by the decedent. From amongst the issues most often discussed on the profiles of the institution, the authors stress the contents of the doctrine established by the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs, Supreme Court case law and provincial appellate courts' pronouncements on the subjects of form of payment and registration of the choice made and its acceptance. Nor

liar de las controversias derivadas de la sucesión mortis causa, puede ser ventilada por una de las técnicas no judicial de resolución de conflictos, como es la mediación. En su virtud, daremos cuenta del estado del iter legislativo de la futura Ley estatal en la materia y de los aspectos más relevantes de la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

do the authors overlook the fact that the two facets (the asset-related facet and the family-related facet) of the controversies stemming from mortis causa succession can be dealt with using one of the non-judicial techniques of conflict resolution, such as mediation. The authors report on the status of the legislative process of the future national law on the matter and on the more-relevant aspects of Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May on certain aspects of mediation in civil and commercial matters.

5. Obligaciones y Contratos

LA COMPRAVENTA DE FINCA RÚSTICA CONSTANDO UN ARRENDAMIENTO HISTÓRICO INSCRITO EN LA FINCA DE PROCEDENCIA: ANÁLISIS DE LA RDGRN DE 5 DE ABRIL DE 2010

por

ROSANA PÉREZ GURREA
Abogado

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ANÁLISIS DE LA DGRN DE 5 DE ABRIL DE 2010.—III. EFECTOS REGISTRALES.

I. INTRODUCCIÓN

Ya desde el Derecho romanista, el arrendamiento procede tanto en su esencia como en su regulación de la *locatio conductio* romana y en concreto del contrato de colonato que constituye su variedad rústica. Sin embargo, como señala DE LOS MOZOS (1): «a lo largo del derecho intermedio viene directamente influido, en su pureza técnico-jurídica, como relación jurídica obligatoria, no sólo por el precario postclásico, sino también por otras formas de uso y disfrute de la tierra, procedentes de la tradición vulgar y del confusionismo feudal que le atribuyen rasgos diferentes».

La regulación que hace el Código Civil de esta materia, así como su insuficiencia para resolver los problemas planteados en la práctica, dieron lugar a la aparición de una legislación especial en la materia. Se inicia así una legis-

(1) Véase DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J. L., *Comentario de la Ley de Arrendamientos Rústicos*, ed. Dykinson, 2005, pág. 22.

lación intervencionista que culminaría con la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1935, según la cual, el propietario tenía libertad para arrendar o no, pero si lo hacía, el contrato se regía por normas imperativas, idea reiteradamente declarada por la jurisprudencia en sentencias de 29 de octubre de 1945 y 5 de abril de 1949, entre otras. Esta concepción social e institucional del arrendamiento rústico se distancia bastante de los principios reguladores de esta figura jurídica en el Código Civil. Posteriormente se dictó un Reglamento para la aplicación de la legislación sobre arrendamientos rústicos aprobado por Decreto de 29 de abril de 1959, que en realidad más que una norma de carácter reglamentario era un texto refundido, ya que no se limitó a desarrollar la ley, sino que sistematizó las disposiciones legislativas existentes hasta ese momento en la materia.

La reforma de esta legislación tiene lugar por Ley de 31 de diciembre de 1980, la cual se caracterizaba por su tendencia social manifestada en la protección del arrendatario, concediéndole derechos tan importantes como el de tanteo y retracto, contempla el derecho de adquisición forzosa, el carácter restrictivo de la renunciabilidad de derechos, establece para el arrendatario el requisito de profesionalidad, regula la intervención administrativa en defensa de los pequeños agricultores y la creación de Juntas Arbitrales de Arrendamientos Rústicos.

La necesidad de su reforma vino motivada por su excesiva rigidez y la deficiencia estructural de la agricultura española, que aconsejaban un cambio liberalizador en la legislación especial arrendaticia.

El primer paso en esta línea liberalizadora viene representado por la Ley 19/95, de 4 de julio, de modernización de explotaciones agrarias, la cual establece una duración mínima de los arrendamientos de cinco años frente a los veintiuno de la anterior regulación, y suprime las prórrogas forzosas, abriéndose una etapa en la legislación arrendaticia rústica, conducente a una mayor movilidad de la tierra y a la modernización de nuestras explotaciones agrarias. Como señala DE LOS MOZOS (2), esta ley «representa una nueva desamortización de los arrendamientos rústicos».

El establecimiento de una adecuada regulación de los arrendamientos rústicos, se convierte, no ya en un instrumento de política económica y social, sino también en un mandato constitucional dirigido a los poderes públicos *ex* artículo 130 de la CE.

Fruto de todo ello es la LAR 49/2003, de 26 de noviembre, que tiene como finalidad lograr una flexibilización del régimen de arrendamientos rústicos, siguiendo la línea iniciada por ley de 4 de julio de 1995. En su artículo 1 otorga primacía a la autonomía de la voluntad de las partes en todo aquello que no sea contrario al muy limitado contenido imperativo de la ley. La mencionada ley trata de lograr un aumento de eficiencia de las explotaciones que compense posibles pérdidas de renta a agricultores y ganaderos, sigue así las directrices implantadas por la Política Agraria Común de la UE (PAC), que para ello exige explotaciones de dimensiones superiores a las anteriores y una correlativa dinamización del mercado de tierra.

Esta Ley ha sido modificada por Ley 26/2005, de 30 de noviembre, ya que se entendía que la Ley de 2003 necesitaba una modificación sustancial con el fin de incidir en el ámbito agrario y en un armónico desarrollo rural, que tenga en cuenta todos los aspectos económicos, sociales y humanos que se dan

(2) DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, *op. cit.*, pág. 21.

en las relaciones arrendaticias, de manera que se facilite un equilibrio entre las partes, en el marco de los derechos y obligaciones que la propia ley reconoce. El objetivo principal que pretende esta reforma como señala su exposición de motivos es «servir de instrumento de movilización de tierras y recursos agrarios para posibilitar el aumento de las explotaciones agrarias viables y hacerlo en el marco de una agricultura fuertemente tecnificada y para unos activos agrarios que sean profesionales de la agricultura».

II. ANÁLISIS DE LA RDGRN, DE 5 DE ABRIL DE 2010

Se trata de un supuesto de venta de finca rústica, en la que el vendedor manifiesta que no se halla arrendada. Sin embargo, en el Registro de la Propiedad consta inscrito un arrendamiento anterior a 1935, no cancelado en la finca de origen. El Registrador de la Propiedad deniega la inscripción por defecto insubsanable en base a que en la escritura objeto de calificación la parte transmitente declara bajo pena de falsedad, que la finca no está arrendada, ni cedida en aparcería y que no se ha hecho uso en los seis años anteriores a esta fecha del derecho reconocido en el artículo 26.1 de la LAR de 1980, pero en el RP consta inscrito un arrendamiento en la finca de origen. El Registrador de la Propiedad exige que se aclare la situación denegando la inscripción, aunque parece dar a entender que es posible la inscripción cancelando previamente el arrendamiento. El Registrador sustituto confirma la calificación remitiéndose a los mismos argumentos de la nota del registrador sustituido.

El Notario interpone recurso con arreglo a las siguientes consideraciones:

1. Alega la falta de motivación sustantiva de ambas notas, ya que no ofrecen ninguna causa o anclaje legal, jurisprudencial o doctrinal que sustente que para que pueda inscribirse la compraventa debe cancelarse con carácter previo el arrendamiento que figura inscrito en la finca registral de procedencia. La calificación del Registrador sustituto no ofrece ni tan siquiera una mínima variación de la calificación realizada por el Registrador sustituido, simplemente la confirma.
2. El arrendamiento inscrito no es una prohibición de disponer. La legislación de arrendamientos rústicos en ningún caso impone al propietario de la finca una prohibición de enajenación, por tanto es necesario preguntarse qué es lo que lleva a la conclusión de que un arrendamiento inscrito en una finca de procedencia, anterior a 9 de septiembre de 1935, opere a modo de prohibición de disponer perpetua, es decir, que impide que se inscriba todo acto dispositivo, salvo que la inscripción del arrendamiento se cancele. A partir de la Ley de 15 de marzo de 1935 se regula específicamente el principio de subrogación en la posición del arrendador; luego recogido en las sucesivas normas dictadas al respecto, entre las que destacamos el artículo 22 de la Ley 49/2003, modificado por Ley 26/2005, que señala: «El adquirente de la finca, aun cuando estuviese amparado por el artículo 34 de la LH, quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones del arrendador, y deberá respetar el plazo que reste de la duración mínima del contrato prevista en el artículo 12 o la de la prórroga tácita que esté en curso si se trata del tercero hipotecario, mientras que en los demás casos deberá respetar la duración total pactada». Como vemos, en ningún

caso se impide la transmisión, sino que se facilita el acceso a la propiedad del arrendatario, y condiciona la transmisión a terceros al cumplimiento de las notificaciones que han de realizarse con dicha finalidad.

3. El arrendamiento inscrito no es un derecho real, ya que la inscripción no tiene la virtualidad de cambiar la naturaleza de los derechos, como señala PAU PEDRÓN, partiendo de la base de que la Ley Hipotecaria no puede transformar la naturaleza de los derechos, sino sólo regular los requisitos y efectos de su acceso al Registro, entiende que la afirmación de la Exposición de Motivos de 1861, de haber creado «un verdadero derecho real», ha de entenderse dentro del contexto y finalidad de la misma, como voluntad de dar al arrendamiento el mismo tratamiento hipotecario que a los demás derechos reales, convirtiéndolo en un derecho hipotecariamente real, cuya inscripción produce más efectos que el que tradicionalmente se le ha señalado de oponibilidad. Estos efectos son: el de legitimación en su triple aspecto sustantivo, procesal y operativo, el de fe pública registral y el de prioridad que actúa en sus dos aspectos: como preferencia excluyente y como superioridad de rango.

Como señala la sentencia del TS, de 15 de marzo de 1968, «el arrendamiento inscrito no produce ningún efecto hipotecario, salvo el genérico derivado de cualquier clase de publicidad oficial, de que él será conocido por todos».

4. El principio de seguridad jurídica. En la nota simple informativa del Registro de la Propiedad recibida por telefax y que consta incorporada a la escritura calificada no se indica la fecha del arrendamiento ni las circunstancias esenciales del mismo, si bien de la misma se deduce claramente que el arrendamiento inscrito es de fecha anterior a 9 de septiembre de 1935, así como que la finca arrendada no es exactamente la finca vendida sino otra de donde procede. Tanto en la escritura calificada como en el título previo, se manifiesta expresamente por las partes que la finca objeto de la misma está libre de arrendamientos. Esta misma manifestación ha podido comprobarse por el Registrador calificador en todos los títulos anteriores. De manera que si, durante el transcurrir de los años desde 1935, se han venido produciendo sucesivas inscripciones de segregación y venta, no sólo de la finca concreta objeto de la escritura, sino de todas las demás que de aquella matriz inicial han derivado, y hasta la fecha no ha existido traba alguna en reflejarse registralmente tales actos, no es comprensible que sin ley alguna que lo disponga, se modifique de forma absoluta el criterio, y se impida la inscripción de las sucesivas transmisiones.
5. Ley aplicable. Dada la fecha de la nota puede concluirse que tal arrendamiento se debió regir, además de por los términos del contrato por el que se constituyó, por la legislación anterior al Reglamento de 1959, por el Código Civil o, en su caso, por la Ley de 15 de marzo de 1935. En ninguna de estas leyes se contempla la necesidad de extinguir el arrendamiento para que tenga lugar la venta de la finca.

La DGRN, en Resolución de 22 de marzo de 1999, señala que: «será necesario para la inscripción de una venta judicial, que se justifique haber hecho las notificaciones oportunas para su ejercicio o, en otro caso, la manifestación

sobre la libertad de arrendamientos de la finca adjudicada. Manifestación que en la Ley está contemplada como una declaración expresa y específica del disponente que no puede inferirse indirectamente de otros datos o manifestaciones del documento, cuya constancia en el título inscribible es un requisito formal de éste para su inscripción, de tal manera que su omisión es calificada por la Ley como defecto subsanable y con la que se intenta garantizar fundamentalmente los derechos de adquisición preferente que los terceros arrendatarios tienen en relación a dicha transmisión». Observamos que nada de esto, ni siquiera tangencial o indirectamente, aparece en la calificación recurrida.

Por todo ello, si bien la escritura calificada recoge como afección o carga, el arrendamiento de la finca de procedencia que figura en la nota simple del Registro de la Propiedad, seguidamente contiene la declaración expresa de los otorgantes de que la finca objeto de la venta no está arrendada.

En mi opinión, debe entenderse que el arrendamiento que en su día afectaba a la finca de procedencia ya no está subsistente, por lo cual en sintonía con el principio de publicidad registral y sus efectos, la pervivencia de la nota del año 1935 en que se hacía referencia a aquel arrendamiento no puede implicar otra cosa que una mera advertencia a todo tercer adquirente o hipotecario de la oponibilidad del derecho del arrendatario, con el fin de excepcionar el principio del derecho común castellano —venta quinta renta—, pero sin ningún efecto impeditivo o prohibitivo de enajenación.

La DGRN estima el recurso y revoca la nota de calificación del Registrador señalando que la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1935 no cierra el Registro a las compraventas de fincas arrendadas, la Ley vigente sólo lo cierra provisionalmente en tanto no se acrediten las notificaciones para el ejercicio del derecho de adquisición preferente por el arrendatario y además el arrendamiento, objeto del presente caso, no está vigente, aunque no se haya cancelado registralmente, por aplicación de lo dispuesto en la Ley 1/1992 de Arrendamientos Rústicos Históricos.

III. EFECTOS REGISTRALES

Ya indicaba CORRAL DUEÑAS (3) que «la relación arrendaticia por su enorme contenido social, por la importancia que tiene en nuestra economía y porque forma parte indudable del tráfico jurídico, exige una total publicidad. Y en este campo, se ha acudido a la eficacia que puede prestar el Registro de la Propiedad, tanto como garantía de que serán cumplidas las normas legales, como de protección a la seguridad inmobiliaria».

En el recurso que es objeto de nuestro análisis se ha de determinar si es o no conforme a Derecho la calificación registral por la que se deniega la inscripción de una escritura de compraventa de finca rústica otorgada el 18 de junio de 2009, en la que el vendedor manifiesta que no está arrendada, ni cedida en aparcería y que no se ha hecho uso en los seis años anteriores a la fecha de otorgamiento de la escritura del derecho a que se refiere el artículo 26.1 de la LAR, de 31 de diciembre de 1980. El Registrador deniega la inscripción porque de los antecedentes obrantes en el Registro aparece un arrendamiento inscrito sobre la finca de procedencia, considerando necesaria para

(3) Vid. CORRAL DUEÑAS, FRANCISCO, «El agrarismo en la publicidad registral», en *RCDI*, núm. 657, pág. 883.

posibilitar la inscripción una aclaración sobre tal extremo y la cancelación previa del arrendamiento. Sin embargo, en la finca calificada se manifiesta expresamente por las partes que la finca objeto de la misma está libre de arrendamientos. La cuestión estriba en dilucidar si la contradicción entre esta manifestación y la constancia registral del arrendamiento debe ser o no aclarada como requisito previo para la inscripción en el Registro de la escritura de compraventa calificada y en su caso, procede previamente a la cancelación del arrendamiento.

La Ley de 15 de marzo de 1935, de Arrendamientos Rústicos, desarrollada por el Decreto de 27 de abril de 1935, vino a regular un Libro especial que debería llevarse en todo Registro de la Propiedad, en el que se inscribirían los arrendamientos de todas clases y aparcerías de fincas rústicas radicantes en todo o en parte en el territorio de su respectiva demarcación. Los asientos se practicaban en el mismo por el sistema del encasillado, debiendo expresarse el plazo de duración del arrendamiento y las prórrogas. Practicada la inscripción en el Libro especial, si la finca estaba inscrita a nombre del arrendador, se practicaría la oportuna nota de referencia al margen de la inscripción de su derecho, a efectos de coordinación. Por otra parte, permitía, a instancia del arrendatario, hacer constar en el reseñado Libro la prórroga de los arrendamientos, siempre y cuando la solicitud se presentase antes de la finalización del periodo que se ha de prorrogar; también se regulaba la cancelación a instancia del arrendador por el solo transcurso del tiempo fijado y en su caso el de las prórrogas que se hubiesen utilizado, si no constare en el Registro la voluntad del arrendatario de continuar en el disfrute de la finca antes del transcurso del plazo inicial o el de la última prórroga.

También hay que tener en cuenta que la inscripción del arrendamiento en este Libro especial aparecía subordinada a ciertos requisitos de coordinación con el contenido del RP. En concreto, si la finca objeto de arrendamiento no estuviese inscrita en el Registro o lo estuviese a nombre del arrendador, se practicaría la inscripción en el Libro especial de arrendamientos, extendiéndose en el segundo caso nota marginal en la inscripción de dominio a efectos de coordinación. Si por el contrario, la finca estuviera inscrita en el Registro a nombre de persona distinta del arrendador, el arrendamiento no podía inscribirse en el Libro especial sin el consentimiento del titular registral o alternatively sin que se presentase documento fehaciente que acreditase que el arrendador había adquirido el inmueble y que éste estaba catastrado o amillado a su nombre.

Los efectos que producía la inscripción en el Libro especial eran los siguientes:

1. Por un lado, la inscripción del arrendamiento produciría todos los efectos a favor del arrendatario previstos en la Ley, pero no perjudicaba al titular registral que no hubiera consentido expresamente la inscripción, salvo el derecho del arrendatario de buena fe de continuar en la posesión de la finca arrendada durante el año agrícola.
2. Por otro lado, inscrito un arrendamiento en el Libro especial no podría, mientras estuviese vigente, inscribirse ningún otro arrendamiento contradictorio con el inscrito sobre la misma finca o porción de finca arrendada.

Los arrendamientos rústicos históricos se encontraban regulados en la Ley 1/1992, de 10 de febrero, considerando como tales:

- a) Los anteriores al Código Civil cuyo arrendatario traiga causa de quien lo fuera a su publicación.
- b) Los concertados antes de la Ley de 15 de marzo de 1935 cuando el arrendatario sea cultivador personal.
- c) Los anteriores a 1 de agosto de 1942, cuya renta hubiera sido regulada por una cantidad de trigo no superior a cuarenta quintales métricos y en los que la finca venga siendo cultivada personalmente por el arrendatario.

El artículo 2 de la Ley 1/1992 dispuso que los arrendamientos rústicos históricos que se hallasen vigentes a la entrada en vigor de la misma, quedarían prorrogados hasta el 31 de diciembre de 1997, plazo en el cual podría ejercitar el arrendatario el derecho de acceso a la propiedad de las fincas arrendadas, prórroga que complementaba el artículo 3 respecto del arrendatario cultivador personal que tuviera cincuenta y cinco años cumplidos a la entrada en vigor de la Ley. Esta ampliación de prórroga como máximo podría extenderse hasta que tales personas cumplieren los sesenta y cinco años, es decir, diez años más desde la entrada en vigor de la Ley, prórroga complementaria que también estaba vencida el 18 de junio de 2009, fecha del otorgamiento de la escritura calificada.

La DGRN, en la Resolución de 5 de abril de 2010, llega a las siguientes conclusiones:

1. Que no es la nota de referencia o coordinación extendida al margen de la inscripción del dominio del arrendador en el RP, sino la inscripción en el Libro especial regulado por la Ley de 15 de marzo de 1935, la que publicaba las vicisitudes y contenido del contrato de arrendamiento, y esta inscripción no ha sido acreditada en la calificación registral.
2. Que la eficacia de las inscripciones en los Libros especiales de arrendamientos regulados por la Ley de 27 de marzo de 1935 no alcanzaba a condicionar la inscripción de las transmisiones dominicales sobre la finca arrendada al requisito de su notificación al arrendatario para garantizar un derecho de adquisición preferente.
3. Que en ningún caso, ni en los arrendamientos rústicos históricos ni en los del régimen general, el arrendamiento inscrito produce el cierre definitivo del Registro respecto de los actos dispositivos relativos a la finca sino, en su caso, el cierre provisional hasta que se acredite el cumplimiento de las notificaciones para el posible ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, siempre que exista un arrendamiento vigente *ex* artículo 22 de la LAR 49/2003 modificado por Ley 26/2005.
4. Que, como se ha indicado, el arrendamiento originario, objeto de la nota marginal extendida en el Registro el 9 de septiembre de 1935, no puede entenderse que estuviera vigente a la fecha de autorización de la escritura calificada.
5. El hecho de que el arrendamiento no se haya cancelado no resulta contradictorio con su extinción por el transcurso del plazo y sus prórrogas.

En base a todo este razonamiento, que comparto en su totalidad, la DGRN señala la falta de fundamentación legal suficiente para sostener la denegación acordada por el Registrador en su calificación, por tanto estima el recurso y revoca la nota de calificación.

RESUMEN

COMPRAVENTA DE FINCA
RÚSTICA
ARRENDAMIENTO HISTÓRICO
INSCRITO

En este trabajo hemos analizado si es o no conforme a Derecho la calificación registral por la que se deniega la inscripción de una escritura de compraventa de una finca rústica otorgada el 18 de junio de 2009, en la que el vendedor manifiesta que no está arrendada y que no se ha hecho uso en los seis años anteriores a la fecha de otorgamiento de la escritura del derecho a que se refiere el artículo 26.1 de la LAR de 1980. El Registrador deniega la inscripción porque consta un arrendamiento inscrito en la finca de procedencia, entendiendo necesario para que pueda practicarse la inscripción una aclaración sobre tal extremo y la cancelación previa del arrendamiento.

La DGRN revoca la nota, señalando que la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1935 no produce cierre registral a las compraventas de fincas arrendadas, que la Ley vigente sólo lo cierra provisionalmente en tanto no se acrediten las notificaciones para el ejercicio del derecho de adquisición preferente por el arrendatario y además el arrendamiento objeto del presente análisis no está vigente, aunque no se haya cancelado registralmente, por aplicación de lo dispuesto en la Ley 1/1992 de Arrendamientos Rústicos Históricos.

ABSTRACT

RURAL PROPERTY SALE
HISTORICAL REGISTERED
LEASE

This paper analyses whether or not a registrar's scrutiny of legality leading to refusal to register a deed is lawful or not. The deed in question was made on 18 June 2009 in the sale of a rural property. In it the seller stated that the property was not leased and that, in the six years prior to the date of the deed, no use had been made of the right at issue in section 26.1 of the Spanish Urban Lease Act of 1980. The registrar refused to register the sale because the registry contained a record of a lease on the parent property; the registrar felt that clarification of this point and cancellation of the lease were needed before the sale could be registered.

The Directorate-General of Registries and Notarial Affairs revoked the registrar's findings, indicating that the 1935 Rural Lease Act did not cause the registry closure of sales of leased properties, that the current Act calls for such sales to be closed only provisionally until proof is shown that the tenant received notice to exercise his right of first refusal, and in addition that the particular lease at issue was no longer in force (although it was not cancelled in the registry) by application of Act 1/1992 on historical rural leases.

1.6. Responsabilidad Civil

CONSIDERACIONES EN TORNO A LA PUBLICIDAD CONFUSIONISTA A LA LUZ DE LA LEY 29/2009, DE 30 DE DICIEMBRE, POR LA QUE SE MODIFICA EL RÉGIMEN LEGAL DE LA COMPETENCIA DESLEAL Y DE LA PUBLICIDAD PARA LA MEJORA DE LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

por

LOURDES TEJEDOR MUÑOZ

*Profesora Titular de Derecho Civil UNED
Subdirectora del Departamento de Derecho Civil
Tesorera de IDADFE*

SUMARIO: I. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PUBLICIDAD CONFUSIONISTA ANTES DE LA LEY 29/2009, DE 30 DE MAYO.—II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PUBLICIDAD CONFUSIONISTA EN LA LEGISLACIÓN ACTUAL.—III. SUPUESTOS JURISPRUDENCIALES.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PUBLICIDAD CONFUSIONISTA ANTES DE LA LEY 29/2009, DE 30 DE MAYO

En el presente comentario pretendemos analizar la actual regulación de la publicidad confusionista, a la que la Ley de Competencia Desleal dedica varios artículos y lo haremos partiendo de la base de que este tipo de publicidad ya estaba contemplada en nuestro ordenamiento, por lo que nos parece oportuno e interesante comenzar, recordando, qué se entendía por publicidad confusionista y cómo estaba regulada la cuestión antes de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios. Posteriormente analizaremos cuál es el régimen vigente para, finalmente, analizar si la nueva regulación ha supuesto una mejora en la protección de los consumidores y usuarios, tal y como preconiza el título de la Ley.

Respecto a la primera cuestión, hay que señalar que se entendía por publicidad confusionista, la publicidad en la que se pretendía crear confusión entre la empresa anunciada, su actividad, prestaciones, nombres, marcas o signos distintivos, la denominación de origen o indicación geográfica y la de un competidor.

Respecto a la segunda cuestión, la publicidad confusionista venía contemplada, tanto en la Ley General de Publicidad como en la Ley de Competencia Desleal, según que la publicidad ilícita se produjera o no en el ámbito competencial, lo que significaba que sí existía una doble regulación de algunos supuestos de publicidad. La doctrina había puesto de manifiesto que en algunos extremos se producía una dualidad normativa que ocasionaba grandes disfunciones y hacia compleja la tarea interpretativa.

Debe observarse que, por una parte, en el apartado *b)* del artículo 6 de la Ley General de Publicidad, establecía que era publicidad desleal «la que induce a confusión con las empresas, actividades, productos, nombres, marcas u

otros signos distintivos de los competidores, así como la que haga uso injustificado de la denominación, siglas, marcas o distintivos de otras empresas o instituciones, o de las denominaciones de origen o indicaciones geográficas de otros productos competidores y, en general, la que sea contraria a las exigencias de la buena fe y a las normas de corrección y buenos usos mercantiles». Este tipo de publicidad era uno de los supuestos que agrupaba la Ley bajo la denominación de publicidad desleal.

Y, por otra parte, en la Ley de Competencia Desleal, artículo 6.1, se refería a los actos de confusión, también como comportamientos desleales, así se establecía que: «Se consideraba desleal todo comportamiento que resulte idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos. El riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto de la procedencia de la prestación es suficiente para fundamentar la deslealtad de una práctica». Por tanto, en todo caso, en ambos textos, la publicidad confusionista podía encuadrarse como un comportamiento desleal.

Además, consideramos que podía incluirse en este tipo de publicidad los supuestos en los que se imite (1), por medio del mensaje publicitario, productos, nombres, marcas, signos distintivos de un competidor.

II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PUBLICIDAD CONFUSIONISTA EN LA LEGISLACIÓN ACTUAL

Centrándonos ya en la legislación vigente (2), como hemos adelantado, la última adaptación de la legislación española a la normativa de la Unión Europea, en materia de competencia desleal y publicidad para mejorar la protección de los consumidores y usuarios, se ha llevado a cabo por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre (3).

Son muchas e importantes las novedades que introduce (y excede del ámbito de este trabajo si quiera una rápida mención de todas ellas), por lo que limitándonos a las que se han producido en la Ley de Competencia Desleal, y más concretamente en la publicidad confusionista, brevemente, y en cuanto aquí nos interesa, debemos poner de relieve desde ahora, que pese a que la Ley señala que su ámbito de aplicación tiene como propósito la protección de la

(1) Vid., artículo 11 de la Ley de Competencia Desleal. Actos de imitación: «1. La imitación de prestaciones e iniciativas empresariales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por un derecho de exclusiva reconocido por la Ley. 2. No obstante, la imitación de prestaciones de un tercero se reputará desleal cuando resulte idónea para generar la asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno. La inevitabilidad de los indicados riesgos de asociación o de aprovechamiento de la reputación ajena excluye la deslealtad de la práctica. 3. Asimismo, tendrá la consideración de desleal la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales de un competidor cuando dicha estrategia se halle directamente encaminada a impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado y exceda de lo que, según las circunstancias, pueda reputarse una respuesta natural del mercado. Redacción de 1 de febrero de 1991.

(2) TATO PLAZA, A.: «Líneas generales de la reforma del Derecho español contra la competencia desleal. Parte I y I», en la *Revista Autocontrol*, núm. 149, febrero, págs. 7 a 14, y núm. 150, marzo, págs. 9 a 14, 2010.

(3) Traspone la Directiva 2005/29/CE, sobre prácticas desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores, y la Directiva 2006/114/CE, sobre publicidad engañosa y comparativa, que refunde las modificaciones de la Directiva 84/450/CE.

competencia en intereses de todos los que participan, en el mercado, tal y como establecen el nuevo artículo 1 de la Ley de Competencia Desleal al señalar que: «Esta ley tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita en los términos de la Ley General de Publicidad», y el nuevo artículo 3.1 al disponer que: «La ley será de aplicación a los empresarios, profesionales (4) y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado», sus normas no siempre se van a aplicar uniformemente, así que, pese a esta afirmación que hace la Ley, y de lo que *a priori* parece, no establece un régimen unitario para proteger a todos los que participan en el mercado. Vamos a ver qué establece aparentemente diferentes criterios de deslealtad en función de los intereses lesionados se produzcan entre los empresarios o competidores o entre los empresarios y los consumidores. El legislador al intentar adecuar nuestro ordenamiento jurídico a las normas comunitarias ha introducido confusión en algunos extremos.

Antes de continuar, nos parece conveniente precisar dos conceptos básicos que se utilizan constantemente en el texto legal, y a los que curiosamente no se les presta suficiente atención, pese a ser pilares fundamentales en torno a los que gira la Ley, primero qué se entiende por prácticas comerciales y, segundo, qué se entiende por publicidad.

En lo que se refiere a las prácticas comerciales, el concepto no está en el propio texto legal de la Ley de Competencia Desleal, sino que hay que acudir a la Ley de Consumidores y Usuarios (5), así, el término de «práctica comercial»: Abarca todo acto, omisión, conducta, manifestación o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización que lleve a cabo un comerciante y directamente relacionada con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores, con independencia de que sea realizada antes, durante o después de una operación comercial. A la vista de esta definición, es fácil comprender que se trata de un término más amplio que el de publicidad, del que sin duda ésta forma parte.

Son desleales las prácticas que antes, durante o después de una transacción comercial, limitan la elección de los consumidores, y se consideran inaceptables con respecto al consumidor, de acuerdo con unos criterios específicos que se señalan en la propia normativa.

En cuanto al concepto de publicidad, hay que buscarlo, asimismo, fuera de la de Competencia Desleal, concretamente, en el artículo 2 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, que entiende por tal: «Toda forma de comunicación (6) realizada por una persona física o jurídica, pública o

(4) La modificación se limita a introducir, en el ámbito subjetivo de aplicación de la ley, la mención expresa a «los profesionales», si bien antes de la modificación por la Ley 39/20009, ya podían entenderse incluidos, dada la fórmula abierta, del precepto, al señalar que: «la Ley será de aplicación a los empresarios (a los profesionales se añade la redacción actual) y a cualesquiera otras personas físicas y jurídicas que participen en el mercado».

(5) Artículo 19 LGDCU.

(6) TEJEDOR MUÑOZ, L., Hemos advertido, en otro lugar, que debe «observarse que la Ley emplea para definirla una fórmula amplia, “toda forma de comunicación”, lo que debe considerarse un acierto, si se tiene en cuenta que las nuevas técnicas de comunicación permiten desarrollar cada vez más el fenómeno publicitario, apareciendo constantemente nuevos medios y soportes en los que apoyar la publicidad». «La publicidad engañosa, comparativa y prácticas comerciales desleales», en *Derecho Civil de la Unión Europea*, pág. 282; AA.VV., 4.^a ed., 2010, Madrid.

privada, en el ejercicio de una actividad comercial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones» (art. 2). Si bien, en este caso, la Ley de Competencia Desleal, en su nueva y única Disposición Adicional (7) utiliza la técnica de la remisión, al señalar que a los efectos de esta Ley se entiende por publicidad la así definida en la LGP.

Tras este breve paréntesis, a continuación procede detenerse en una de las novedades más significativas que introduce la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, que no es otra que se dedica un capítulo completo a regular los actos de competencia desleal que, afectando también a los competidores, se considera que sólo son susceptibles de perjudicar a sus destinatarios, cuando estos son consumidores y usuarios. En consecuencia, la Ley de Competencia Desleal se va a articular en torno a dos grandes categorías, los actos de competencia desleal contemplados en el capítulo II de la Ley y las prácticas comerciales con los consumidores y usuarios, que se agrupan en el capítulo III. Lo que va a hacer que en ocasiones la Ley obligue a diferenciar a quién va dirigida la práctica, para saber qué norma aplicar, ya que determinadas conductas, dependiendo de quién sean sus destinatarios, se van a calificar o no como prácticas comerciales desleales (8).

A continuación, de manera somera, cabe señalar que el capítulo II abre la regulación de los actos de competencia desleal, introduciendo un nuevo concepto de cláusula general prohibitiva de las prácticas comerciales desleales (9). En este sentido, debe resaltarse que una práctica es desleal si se dan los dos requisitos siguientes conjuntamente:

1. Comportamiento contrario a las exigencias de la buena fe (10).
2. Y que sea susceptible de distorsionar, o poder distorsionar (11) de manera sustancial el comportamiento económico del «consumidor

(7) Añadida por la Ley 29/2009.

(8) TATO PLAZA, A., Afirma que: «...la Directiva provoca una ruptura de la unidad estructural del Derecho contra la competencia desleal... Esta fragmentación del Derecho contra la competencia desleal ha merecido severos y justificados reproches. En primer término, rompe la unidad sistemática que hasta ahora había venido caracterizando al Derecho contra la competencia desleal. En segundo lugar, porque implica el sometimiento de determinadas prácticas a un doble régimen jurídico». «La Directiva Comunitaria sobre prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores», en la *Revista Autocontrol*, núm. 125, diciembre de 2007, pág. 21.

(9) Resulta de interés el análisis de la misma que hace GÓMEZ SEGADÉ, J. A., «La nueva cláusula general en la LCD», en la *Revista Autocontrol*, núm. 125, diciembre de 2007, págs. 14 a 18.

(10) El párrafo segundo del artículo 4.1 establece que: «En las relaciones con consumidores y usuarios se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe: el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores».

(11) El párrafo segundo del artículo 4.1 señala que: «1. A los efectos de esta ley, se entiende por *comportamiento económico del consumidor* o usuario toda decisión por la que éste opta por actuar o por abstenerse de hacerlo en relación con:

- a) La selección de una oferta u oferente.
- b) La contratación de un bien o servicio, así como, en su caso, de qué manera y en qué condiciones contratarlo.

medio (12)» al que afecta o se dirige, o del «miembro medio del grupo», si se dirige a un grupo concreto de consumidores artículo 4.

Además, de la nueva cláusula general, la Ley tipifica también en el capítulo II, otros tipos de prácticas comerciales desleales, como los actos u omisiones engañosas y las prácticas comerciales agresivas. Pues bien, en la regulación de los actos desleales, vamos a ver cómo hay un régimen jurídico unitario, así ocurre en la cláusula general de represión de las prácticas comerciales desleales, con los actos u omisiones de engañosas y con las prácticas agresivas, que se regulan con independencia de que sus destinatarios sean consumidores o competidores. Se trata de unos mismos conceptos que se aplican independientemente de que estemos ante actos de competencia desleal o de prácticas desleales con los consumidores. Pero, bajo el título de actos de competencia desleal, quedan incluidos otros ilícitos desleales como los actos de confusión, que se van a someter a una doble regulación, en este sentido puede señalarse que la Ley de Competencia Desleal, por un lado, en el artículo 6, considera desleal: «...todo comportamiento que resulte idóneo para crear confusión con las actividades, las prestaciones o el establecimiento ajenos. El riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto a la procedencia de la prestación es suficiente para fundamentar la deslealtad de una práctica».

Y, por otro lado, contempla los actos de imitación, en el artículo 11, que preceptúa que: «1. La imitación de prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por un derecho de exclusiva reconocido por la Ley. 2. No obstante, la imitación de prestaciones de un tercero se reputará desleal cuando resulte idónea para generar la asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno. La inevitabilidad de los indicados riesgos de asociación o de aprovechamiento de la reputación ajena excluye la deslealtad de la práctica. 3. Asimismo, tendrá la consideración de desleal la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales de un competidor cuando dicha estrategia se halle directamente encaminada a impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado y exceda de lo que, según las circunstancias, pueda reputarse una respuesta natural del mercado».

Debe advertirse que el nuevo artículo 6 mantiene intacta su redacción anterior pese a que la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, señala que se modifican los artículos 6 (no llega a tener una nueva redacción) y 11 (no deja de ser llamativo que se modifica exclusivamente para añadir «profesionales», es decir, mantiene la misma redacción pero ahora en vez de referirse antes ex-

c) El pago del precio, total o parcial, o cualquier otra forma de pago.

d) La conservación del bien o servicio.

e) El ejercicio de los derechos contractuales en relación con los bienes y servicios.

Igualmente, a los efectos de esta ley, se entiende por distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio, utilizar una práctica comercial para mermar de manera apreciable su capacidad de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa, haciendo así que tome una decisión sobre su comportamiento económico que de otro modo no hubiera tomado.

2. Para la valoración de las conductas cuyos destinatarios sean consumidores, se tendrá en cuenta al consumidor medio».

(12) Una especial referencia al concepto del consumidor puede verse en TEJEDOR MUÑOZ, L., *op. cit.*, págs. 299 y 300.

clusivamente a «los empresarios», introduce el termino «profesionales»). La razón de esta regulación debemos buscarla en que el Proyecto de Ley 121-000026/2009, de 27 de mayo, suprimía el segundo párrafo del artículo 6, relativo al riesgo de asociación, y se pensó que en coherencia, debía hacerse lo mismo en el artículo 11 donde se eliminan por ello los riesgos de asociación, si bien debe observarse que en la tramitación de la Ley se consideró (enmienda 61), que el riesgo de asociación es distinto al riesgo de confusión, por lo que debía mantenerse. Dándose la siguiente justificación: Que *«si se reforzaba la protección de los consumidores, tal y como manda la Directiva, pero se debilitaba la protección de los titulares de las marcas, es decir, de los fabricantes, se producía un desequilibrio y una descompensación inadecuada para una Ley que regula el mercado. En conclusión, se afirmó que si desaparecía la regulación del riesgo de asociación de los artículos 6 y 11, una empresa titular de marcas y más aún si son notorias o renombradas, no podrán defenderse ante la copia desleal de un competidor, cuando no se haya probado la confusión, o aun siendo ésta probada, si además, se ha producido «asociación» con la marca anterior más conocida, tampoco podría defenderse en este aspecto. Añadir que para que el nuevo artículo 20 tenga sentido, el riesgo de asociación debe existir previamente en los artículos 6 y 11»* o, como señala la enmienda 63: *«...respecto de los actos de imitación, para que se pueda crear una asociación en el consumidor, tal y como establece el artículo 20, es preciso que dicha asociación se haya producido por una práctica desleal entre los operadores del mercado»*.

En consecuencia, se entendió por el legislador durante la tramitación parlamentaria, que no debía suprimirse de ninguno de los dos artículos el riesgo de asociación, por confusión o imitación, entre competidores, al considerarse que los competidores se debían poder defender ante la copia, imitación o la confusión desleal de otros competidores, y de este modo la regulación de estos artículos se hacía coherente con el contenido del nuevo artículo 20, sobre prácticas engañosas por confusión en los consumidores, en el que sí se incluía el riesgo de asociación. Pero parece que se le olvidó al legislador que ya quedaban tutelados o protegidos los consumidores, frente a la publicidad confusionista y el riesgo de asociación y de imitación, por los artículos 6 y 11, donde se hacía referencia expresa a los consumidores cuando se aludía al riesgo de asociación.

Bajo nuestro punto de vista, la técnica legislativa no es acertada. Se podían haber unificado los criterios (tal y como se ha hecho con los actos y omisiones engañosas y las prácticas agresivas que utilizan y aplican el mismo concepto independientemente de los destinatarios, mediante la remisión que a ellos se hace a través del art. 19 de la Ley de Contención Desleal, igualmente debería haberse hecho con los actos de confusión) y considerar desleales los actos de asociación, confusión e imitación, y prácticas comerciales desleales en relación con los consumidores, máxime cuando en ambos artículos, al aludirse al riesgo de asociación se hace referencia expresa a los consumidores cuando no puedan distinguir claramente que se encuentran ante productos y anunciantes diferentes o ante un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajenos, sin embargo el legislador ha optado por regular los actos de confusión de forma reiterativa, en el capítulo III, cuando se trate de actos de competencia desleal que afectando a los competidores, se consideran que sólo son susceptibles de perjudicar a sus destinatarios cuando éstos son los consumidores o usuarios. En nuestra opinión, esta regulación hace que sea innecesario que el riesgo de asociación se vuelva a regular en el artículo 20.

Obsérvese, además, que hasta ahora no hay una mayor protección, en cuanto a la publicidad confusionsista, es más, no ha habido ningún cambio en la redacción de los citados preceptos, salvo la referida alusión a los profesionales.

Finalmente debe destacarse, también por su interés, que la publicidad confusionista se halla íntimamente ligada con el Derecho de Marcas (13) (Ley de Marcas 17/2001, de 7 de diciembre de 2001), las marcas y los signos distintivos son una categoría jurídica (14) que configura uno de los grandes campos

(13) Por su interés, debemos destacar la reciente sentencia de 18 de marzo de 2010, del Tribunal Supremo (recurso de casación 2478/2005) sobre la semejanza entre marcas y entre los servicios identificados con ellas y el riesgo de confusión en los consumidores sobre la procedencia empresarial de aquéllos. Recoge los criterios que permiten abordar el riesgo de confusión por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en busca de una interpretación uniforme de la Directiva 89/104/CEE, de 21 de septiembre de 1988, y señala que: «Debe entenderse que el riesgo de confusión consiste en que el público pueda creer que los productos o servicios identificados con los signos que se confrontan proceden de la misma empresa o, en su caso, de empresas vinculadas, dado que el riesgo de asociación no es una alternativa a aquél, sino que sirve para precisar su alcance —sentencia de dicho Tribunal de 22 de junio de 1999 (*TJCE* 1999/138), C-342/97, *Lloyd Schuhfabrik Meyer & Co. GmbH c. Klijsen Andel BV*, 17—. Por otro lado, el riesgo de confusión debe ser investigado a la vista de todos los factores del supuesto concreto que sean pertinentes —sentencias de 11 de noviembre de 1997 (*TJCE* 1997/232), C-251/95, *Sabel BV c. Puma AG, Rudolf Dassler Sport*, 22; de 22 de junio de 1999 (*TJCE* 1999/138), C-342/97, 18; de 22 de junio de 2000 (*TJCE* 2000/140), C-425/98, *Marca Mode CV c. Adidas AG y otra*, 40; de 10 de abril de 2008 (*TJCE* 2008/74), C-102/07, *Adidas AG y otra c. Marca Mode CV y otras*, 29—, tomando en consideración la impresión de conjunto producida por las marcas en el consumidor medio, que las percibe como un todo, sin detenerse a examinar sus diferentes detalles —sentencia de 11 de noviembre de 1997, C-251/95, 23—. Ello, sin embargo, no significa que, tratándose de marcas compuestas o de marcas mixtas, no pueda existir un elemento dominante en el que recaiga la mayor fuerza identificadora —sentencia de 11 de noviembre de 1997, C-251/95, 23—. Además, el riesgo de confusión, que es menor cuando la marca anterior no goza de especial notoriedad y contiene pocos elementos imaginarios, resulta tanto más elevado cuanto mayor sea la fuerza distintiva de aquélla —sentencias de 11 de noviembre de 1997, C-251/95, 23 y 25, y de 22 de junio de 1999, C-342/97, 20—. Por último, para averiguar la similitud entre los productos o servicios identificados con los signos confrontados se han de tener en cuenta todos los factores influyentes, como la naturaleza de los mismos, su destino y utilización... —sentencia de 29 de septiembre de 1998 (*TJCE* 1998/220), 39/97, *Canon Kabushiki Kaisha c. Metro-Goldwyn-Mayer Inc*, 23—. Doctrina que ya había sido recogida por la también reciente sentencia de 4 de marzo de 2010 (*RJ* 2010/1454), que analiza el caso de elaboración y venta de un huevo de chocolate que en el centro permite esconder un pequeño juguete y que incorpora a su envoltorio la palabra sorpresa. Considera que no hay riesgo de confusión entre la marca española e italiana.

(14) No obstante, la sentencia de 15 de diciembre de 2009, del Tribunal Supremo (*RJ* 2009/153), advierte que la Ley de Competencia Desleal, como viene reiterando esta Sala, no duplica la protección jurídica que otorga la normativa de propiedad industrial, y en concreto la que dispensa el sistema de marcas para tales signos distintivos, de modo que tiene carácter complementario [sentencias 13 (*RJ* 2006/4607) y 21 de junio (*RJ* 2006/4543) y 4 de septiembre de 2006 (*RJ* 2006/8547) y 17 de julio de 2007 (*RJ* 2007/5140)], pero no puede suplantarla y menos sustituirla [sentencia de 1 de abril de 2004 (*RJ* 2004/1964)] funcionando ante la inexistencia de unos derechos de exclusión («en lugar de») o bien más allá de los lindes objetivos y del contenido del correspondiente derecho de exclusión [sentencia de 20 de mayo de 2008 (*RJ* 2008/3158)].

Son muy numerosos los conflictos de marcas en el Derecho español, a modo de ejemplo, podemos citar la sentencia de 11 de julio de 2005, del Tribunal Supremo (*RJ*

de la propiedad industrial. Se podía haber aprovechado para regular este tema en la Ley de Marcas (15).

2005/109), en la que se consideró que no existía confusión y asociación entre las marcas en conflicto. En el recurso se planteó si existía un supuesto de publicidad confusionista entre las marcas Frigo (prioritaria) y Frigotel (aspirante), y si eran compatibles entre sí, al integrarse un elemento denominativo de la marca prioritaria en la formación de la marca aspirante, lo que podría producir un riesgo de asociación entre los consumidores sobre la procedencia empresarial común de los productos ofrecidos. Se desestimó el recurso, ya que como advierte la sentencia de 27 de noviembre de 2003 (*RJ* 2004/32): «el criterio prevalente que permite valorar la licitud de las marcas enfrentadas se expresa en el axioma de que no toda semejanza entre marcas es suficiente para declarar su incompatibilidad, sino sólo aquélla que suponga un riesgo de confusión en el mercado sobre los servicios de ambas, desde un examen de conjunto de todos los elementos integrantes de cada denominación confrontada sin descomponer su unidad fonética y gráfica... Debe recordarse la doctrina de esta Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo, advertida en la sentencia de 12 de abril de 2002 [*RC* 553/1996 (*RJ* 2002/3225)], sobre los criterios jurídicos que presiden la valoración de la similitud o coincidencias entre marcas y los límites impuestos a esta Sala para modificar o alterar los hechos declarados probados por el Juzgador de instancia, por la naturaleza extraordinaria del recurso de casación. b) Que el análisis del riesgo de confusión ha de hacerse desde una perspectiva racional y lógica en la que se atienda, desde luego, al nivel medio de conocimientos culturales del público en general, razón por la que no cabe elevar a la categoría de decisivo el que pudiera resultar del examen rigurosamente gramatical y semántico de cada una de las sílabas o letras que compongan la denominación elegida. c) Que la existencia de semejanzas, coincidencias o similitudes, gráficas o fonéticas, así como la presencia del riesgo de confusión para el consumidor entre los diferentes distintivos constituyen otras tantas cuestiones de hecho que, en cada caso, deberán los tribunales de instancia apreciar a los efectos de aplicar el citado artículo 12 de la citada ley de marcas. La resolución administrativa no infringe el artículo 12.1.a) de la Ley de Marcas por no disociar el juicio de riesgo de confusión del juicio del riesgo de asociación. El riesgo de asociación, a que se refiere el artículo 12.1.a) de la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas, conforme es doctrina de esta Sala, no constituye un concepto jurídico autónomo desligado del examen valorativo de la identidad o semejanza fonética, gráfica o conceptual entre las marcas confrontadas, sino que se integra en el juicio de confundibilidad de las marcas, como variante o modalidad del riesgo de confusión indirecto, que impide que el consumidor pueda confundir el origen de las marcas atribuyéndolas a una misma empresa o a empresas vinculadas entre sí, al no poder caracterizarse de forma independiente en sentido no relativo al origen de la procedencia empresarial de la marca, que constituiría una reducción injustificada de la libre competencia».

(15) Tal y como indican LEMA DEvesa, C. y FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., refiriéndose a la confusión a la que alude la Directiva: «la amplitud de los casos recogidos en la Directiva late en la utilización de la expresión “otras marcas distintivas”. En este sentido y pese a la defectuosa traducción al castellano, como pone de relieve MASSAGUER, queda clara la intención del legislador europeo de proteger —asimismo— del riesgo de confusión los signos distintivos no registrados como, por ejemplo, marcas y nombres comerciales, creaciones publicitarias, etc. Sin embargo, el lugar más adecuado tal vez hubiese sido una Directiva de marcas», opinión que compartimos. «Prácticas publicitarias engañosas», en la *Revista Autocontrol*, núm. 120, junio de 2007, pág. 14. Por su parte, TATO PLAZA, A., precisa que: «La Ley no define lo que ha de entenderse por riesgo de confusión, por lo que parece necesario acudir al Derecho de Marcas y definir el riesgo de confusión como el riesgo de que el público de los consumidores concluya que dos productos proceden de un mismo origen empresarial (riesgo de confusión en sentido estricto), o al menos de empresas vinculadas jurídica o económicamente entre sí (riesgo de asociación). Así definido, al apreciar la existencia de un riesgo de confusión debe prestarse atención singular a dos factores diversos: la proximidad competitiva entre los correspondientes productos o

Veamos ahora cómo están reguladas las prácticas comerciales con los consumidores y usuarios, como hemos adelantado, en el nuevo capítulo III, en concreto, el artículo 19, lleva por rubrica: «Prácticas comerciales desleales con los consumidores», versa sobre cuáles deberán encuadrarse bajo esta denominación, en este sentido establece que: «Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 19 y 20 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, únicamente tendrán la consideración de prácticas comerciales desleales con los consumidores y usuarios, las previstas en este capítulo y en los artículos 4, 5, 7 y 8 de esta ley. 2. Las prácticas comerciales reguladas en los artículos 21 a 31, ambos inclusive son, en todo caso, y en cualquier circunstancia, prácticas comerciales desleales con los consumidores». Como ya hemos dejado apuntado, obsérvese que regula los actos de competencia desleal que, afectando también a los competidores, se consideran sólo susceptibles de perjudicar a sus destinatarios cuando éstos son consumidores y usuarios, es decir, su tipificación se hace, depender de los destinatarios.

Pues bien, el artículo 20, bajo el título de prácticas engañosas por confusión para los consumidores, reproduce el apartado 2.a) del artículo 6, de la Directiva 2005/29/CE, de prácticas comerciales de las empresas en sus relaciones con los consumidores (16), que considera engañosa: «toda práctica comercial que, en su contexto fáctico, y teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado, y que suponga cualquier operación de comercialización de un producto, incluida la publicidad comparativa, que cree confusión con cualquier producto, marcas registradas, nombres comerciales u otras marcas distintivas de un competidor».

Pero insistimos que los consumidores se encontraban ya protegidos frente al riesgo de asociación, en el Derecho español en la normativa anterior (arts. 6 de la LCD y 6 LGP). Y que hubiera bastado con el oportuno ajuste para entenderlas incluidas bajo el ámbito del capítulo III.

Por otro lado, debe indicarse que aunque la Directiva no incluye expresamente el riesgo de asociación, el apartado 2.a) del artículo 6, en opinión de algunos autores, no debe llevar a excluirlo de su ámbito de aplicación, en este sentido, LEMA DEVESA y FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO (17) afirman que: «Conviene recordar que la figura del riesgo de asociación se incluyó en su momento para evitar una interpretación excesivamente estricta del riesgo de confusión, y en él se incluirían los supuestos de riesgo de confusión en sentido estricto y el riesgo de confusión en sentido amplio, manejados en la jurisprudencia de algunos ordenamientos europeos. Por tanto, el riesgo de asociación debe ser entendido como la posibilidad de que el público crea que los productos procedan de una misma empresa por tratarse del resultado de una ramificación en la producción o de que, aun procediendo de empresas distintas, existen círculos económicos, orgánicos o de otra índole entre ellas. De hecho, el Fundamento de la sentencia de 29 de septiembre de 1988, caso Canon. El TJCE sostuvo que «el riesgo de confusión comprende el riesgo de que el público

servicios, y la similitud entre éstos, su presentación comercial, sus signos distintivos, o su publicidad», en «Líneas generales...», pág. 12.

(16) Que centra su protección exclusivamente en la protección del interés de los consumidores, dejando fuera el interés de los competidores.

(17) LEMA DEVESA, C. y FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., *op. cit.*, pág. 14.

pueda creer que los correspondientes productos o servicios preceden de la misma empresa o, en su caso, de empresas vinculadas económicamente».

En concreto, el artículo 20, bajo el título de *Prácticas engañosas por confusión para los consumidores*, establece que:

«En las relaciones con consumidores y usuarios, se reputan desleales aquellas prácticas comerciales, incluida la publicidad comparativa que, en su contexto fáctico y teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, creen confusión, incluido el riesgo de asociación, con cualesquiera bienes o servicios, marcas registradas, nombres comerciales u otras marcas distintivas de un competidor, siempre que sean susceptibles de afectar al comportamiento económico de los consumidores y usuarios. La confusión y el riesgo de asociación deben afectar al comportamiento económico del consumidor».

Realmente, lo que hace es duplicar la regulación de forma innecesaria, por lo que entendemos que es criticable; hubiera sido preferible considerar también prácticas comerciales desleales, en relación con los consumidores, las contempladas en los artículos 6 y 11 (publicidad confusionista e imitación) en el artículo 19. Por otro lado, añade cierta confusión, en la regulación, ya que al seguir a la Directiva 2005/29/CE, mezcla o enturbia los actos de engaño con los actos de confusión, cuando no son necesariamente lo mismo.

Por último, el artículo 25 reproduce una de las prácticas comerciales que la Directiva considera desleal en todo caso y en cualquier circunstancia, por estar incluida en la lista negra de prácticas comerciales prohibidas, en concreto en el Anexo I, número 13. En consecuencia, el artículo 25, sobre *Prácticas engañosas por confusión*, establece que: «Se reputa desleal por engaño promocionar un bien o servicio similar al comercializado por un determinado empresario o profesional para inducir de manera deliberada al consumidor o usuario a creer que el bien o servicio procede de este empresario o profesional, no siendo cierto». Entendemos que, en este caso, tanto la Directiva como la Ley de Competencia Desleal incluyen el riesgo de asociación.

Creemos que la nueva regulación sobre las prácticas engañosas por confusión, no protege más al consumidor, puede observarse que el artículo 25 exige que de manera deliberada el empresario induzca al consumidor al riesgo de confusión. Nos preguntamos para que tener que demostrar que el empresario induce deliberadamente al consumidor o usuario a creer que el bien o servicio procede de este empresario o profesional, no siendo cierto, cuando sin necesidad de hacerlo puede acudir a la regulación del artículo 20 y alegar que la publicidad es confusionista. Como señalaran LEMA DEVESA y FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO (18), en relación con el Anexo I de la Directiva: «la confección del listado provoca, *prima facie*, una impresión no muy favorable... Si bien, el objetivo inicial era, en el caso de las prácticas mencionadas en la lista, que no fuese necesario comprobar la concurrencia de los requisitos en que se funda el engaño, lo cierto es que la formulación de las prácticas mencionadas en el Anexo impide la efectividad del juicio de deslealtad automático. La utilización de expresiones, tales como «sin revelar la existencia de motivos razonables»... nos conducen preferentemente al ámbito del juicio de valor y no tanto al de los axiomas irrefutables».

(18) *Ibidem*, op. cit., págs. 14 y 15.

III. SUPUESTOS JURISPRUDENCIALES

Destacamos por su importancia la sentencia de 15 de diciembre de 2008 del Tribunal Supremo (*RJ* 2009/153), ya que recoge una nutrida doctrina dictada sobre el tema. En el caso objeto del recurso se plantea si la edición de un coleccionable de recetas naturales —remedios y consejos de otras generaciones por una Revista con el título «La Botica de Pronto»—, provocaba riesgo de asociación y aun de imitación, por haber realizado antes otro coleccionable también en virtud de un contrato, ya terminado, con la entidad que tenía un programa de televisión sobre el mismo tema, amparados por la marca «La Botica de la Abuela».

En cuanto al riesgo de asociación, a efectos de poder apreciar el ilícito competencial del artículo 6 LCD se rechaza, ya que tal y como afirma el Auto de la propia Sala de 14 de abril de 2000, en el riesgo de confusión queda comprendido el de asociación para, a continuación, referirse a la tutela del consumidor ante el riesgo de error sobre el origen empresarial, si bien en este supuesto quedó demostrado que no existió tal riesgo.

En cuanto a la posible infracción del artículo 11 de la Ley de Competencia Desleal, el motivo se desestima, al señalar: «a) Que la apreciación de la deslealtad sancionada en la norma debe ser objeto de interpretación restrictiva [sentencias de 13 de mayo de 2002 (*RJ* 2002/5594) y 30 de mayo de 2007 (*RJ* 2007/3607)] porque si bien las creaciones empresariales deben ser protegidas por el interés de sus creadores o titulares, de los consumidores y el interés en general, sin embargo nuestro ordenamiento jurídico establece como principio general el de libre imitabilidad (art. 11.1 LCD), que se halla integrado en el de libre competencia [sentencia de 17 de julio de 2007 (*RJ* 2007/5140)]; b) Para la apreciación del ilícito competencial del artículo 11.2 LCD, aparte de los requisitos generales de actuación en el mercado y finalidad concurrencial exigibles para todo acto desleal, se requiere que confluayan tres requisitos positivos, y la ausencia de dos circunstancias de índole negativa; c) El primer requisito positivo es la existencia de una «imitación», la cual consiste en la copia de un elemento o aspecto esencial, no accidental o accesorio, incidiendo sobre lo que se denomina «singularidad competitiva» o «peculiaridad concurrencial», que puede identificarse por un componente o por varios elementos (sentencia de 17 de julio de 2007); d) El segundo requisito hace referencia al objeto de protección, que suscita la diferencia de la figura típica del artículo 6 LCD. La doctrina de esta Sala viene entendiendo que el artículo 6 LCD se refiere a los signos, a las creaciones formales, a la presentación de los productos, mientras que el artículo 11 LCD lo hace a las creaciones materiales (técnicas, artísticas, estéticas y ornamentales), los productos, características propias de estos.

En tal sentido, sentencias de 9 de junio de 2003; 11 de mayo de 2004 (*RJ* 2004/2731), 7 de julio (*RJ* 2006/5383) y 22 de noviembre de 2006 (*RJ* 2007/37); 30 de mayo (*RJ* 2007/3607), 12 de junio (*RJ* 2007/3721), 10 y 17 de julio de 2007 (*RJ* 2007/5140); 5 de febrero de 2008 (*JUR* 2008/194770); aunque por la doctrina se ha apuntado la posibilidad de que en algún supuesto excepcional se solapen los preceptos; e) El tercer requisito de índole positiva consiste en la exigencia de «idoneidad para generar la asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación». El riesgo de asociación debe entenderse (sentencia de 17 de julio de 2007) en un sentido amplio, comprensivo no sólo del riesgo de confusión indirecta en sus dos posibilidades de confusión de

procedencia empresarial o de existencia de relaciones económicas u orgánicas entre los empresarios, sino también de la confusión inmediata o directa que incide sobre la confundibilidad de productos, que no se identifican como distintos. Dice la reciente sentencia de 12 de junio de 2007 (*RJ* 2007/3721) que «es suficiente que se cree el riesgo y la probabilidad fundada del error en el consumidor acerca de que los productos proceden del empresario genuino (regla *a minori ad maius*), y, para apreciar el riesgo se habrá de tomar en cuenta, en el aspecto subjetivo, el tipo de consumidor medio, el que normalmente no se detiene en una minuciosa comparación o comprobación, o no se para en los pequeños detalles, y en el aspecto objetivo, la impresión visual del conjunto que revele la identidad o semejanza, en cuyo aspecto debe prevalecer el juicio de la instancia, siempre que la base fáctica no resulte desvirtuada mediante la apreciación de error en la valoración probatoria y el juicio jurídico, sobre la aplicación del concepto jurídico indeterminado a los hechos fijados, resulte “razonable y coherente”. Y señala la sentencia de 30 de marzo de 2007 que el conflicto debe resolverse desde la perspectiva del consumidor medio y con una visión de conjunto sintética [sentencias de 17 de octubre de 2000, 21 de junio (*RJ* 2006/4543) y 22 de noviembre de 2006 (*RJ* 2007/37)], lo que armoniza con la normativa de la Directiva 2005/29/CE, sobre prácticas comerciales desleales que, en su artículo 5.2.b) toma como referencia el consumidor medio al que afecta o al que se dirige la práctica, o al miembro medio del grupo, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo de consumidores [sentencia de 17 de julio de 2007 (*RJ* 2007/5140)]; f) El primer requisito de índole negativa —de exclusión del ilícito— es que la prestación o iniciativa empresarial ajena no esté amparada por un derecho de exclusiva reconocido por la Ley, y el segundo requisito negativo que no concurre la circunstancia de inevitabilidad del riesgo de asociación a que se refiere el párrafo segundo del artículo 11.2 LCD (*RCL* 1991/71)».

Por otro lado, considera que existe riesgo de confusión entre los consumidores respecto del origen empresarial o asociado de unos huevos de chocolate, al existir una presentación exterior con elementos gráficos y denominativos que pueden inducir a error sobre su procedencia empresarial, la sentencia de 4 de marzo de 2010 (*RJ* 2010/1454), cuando afirma que: «La Ley 3/1991, de competencia desleal, no tiene por misión proteger al titular del signo, aunque esté registrado, ni pretende exclusivamente resolver conflictos entre los competidores, como señala en su preámbulo, sino ser un instrumento de ordenación de conductas en el mercado. Por ello, los destinatarios de su protección son todos los que participan en él y el mercado mismo —art. 1. Dos— han sido los tipos de deslealtad concurrencial afirmados en la segunda instancia, dando por buenos los argumentos empleados por el órgano judicial de la primera: los descritos en los artículos 6 y 11, apartado 2, de aquélla. El artículo 6 de la Ley 3/1991, al mencionar como objeto de la confusión del consumidor «*la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos*», se refiere a los medios de identificación o presentación de las prestaciones o establecimientos de un agente económico en el mercado. Mientras que el artículo 11 lo hace a la imitación de las iniciativas empresariales y de las prestaciones ajenas, entendidas éstas en el sentido de creaciones materiales [sentencias de 11 de mayo de 2004 (*RJ* 2004/2731) y 7 de julio de 2006 (*RJ* 2006/5383)]. Ello sentado, no tuvo en cuenta el Tribunal de apelación la distinción entre los productos elaborados por las sociedades litigantes —simples objetos de chocolate con una capa de crema de leche, con forma de huevo de gallina, hueco para contener

un juguete, y la presentación de los mismos, con la que se ofertan a los consumidores envueltos en un papel de cierta clase o dentro de una caja de determinado tamaño, uno y otra con letras y dibujos de colores—. De haber efectuado esa distinción, debería haber partido de la regla general contenida en el artículo 11, apartado 1, según la que la imitación de las prestaciones e iniciativas empresariales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por un derecho de exclusiva, inexistente en el caso —en las sentencias italianas se menciona una patente caducada—. Así como de que la imitación de un huevo de gallina de chocolate ofrece pocas alternativas de diferenciación. Lo que no es intrascendente —a la vista de lo que dispone el párrafo segundo del apartado 2 del mismo artículo—. En resumen, atribuir la fuerza identificadora del origen empresarial del producto litigioso a su forma, a la capa interna de crema de leche que contiene o a la existencia de un juguete en el interior y no a la presentación exterior del huevo de chocolate y afirmar que son aquellos, no ésta, los factores que impiden el correcto funcionamiento del mercado por inducir a error a los consumidores sobre las respectivas procedencias empresariales, es algo que no resulta de los hechos considerados probados en la sentencia de segunda instancia ni en la de la primera, a la que aquella expresamente se remite No debió, por lo tanto, haber declarado el Tribunal de apelación, cometido el tipo de deslealtad que describe el artículo 11, apartado 2, de la Ley 3/1991. Por el contrario, la aplicación del artículo 6 de dicha Ley se apoya en un correcto entendimiento del objeto de la confusión —la presentación de los dos productos, tanto la individual como la referida a los grupos de seis y de la causa del mismo— la incorporación de elementos gráficos y denominativos aptos para hacer creer al consumidor, árbitro en la lucha en el mercado, erróneamente, que los repetidos huevos de chocolate tienen un origen empresarial idéntico o asociado».

Y el Auto de 9 de diciembre de 2008 del Tribunal Supremo (*RJ* 2009/2143), cuyo eje central gira en torno a si podía surgir confusión entre los personajes de dos conocidos anuncios publicitarios, el caso del capitán Pescanova y el capitán Frudesa (19). El Tribunal Supremo considera que no se da riesgo

(19) El Jurado de Autocontrol, en la Resolución de 14 de octubre de 1996, se pronunció y consideró que la similitud del producto anunciado, el carácter parecido del personaje portavoz y la semejanza cierta entre el Capitán y el Capitán Pescanova, tiende al confusiónismo por duplicidad conceptual. Posteriormente en recurso de alzada de 4 de noviembre de 1996, el jurado mantuvo el fallo y ratificó todos los extremos de la resolución, en la que afirma: «la idea de que un capitán de barco anuncie y recomiende el consumo de merluza, no puede, como tal, apropiársela nadie; pero el que el mensaje se polarice alrededor de su figura, que el lenguaje incida en expresiones coincidentes de dos capitanes, que el auditorio sean niños, que haya gestos casi idénticos en uno y otro capitán, en el ambiente de madre, mar, y barco, etc., supone, ciertamente, una imitación del esquema general del mensaje». Dicha resolución contaba con el voto disidente de dos de los miembros del Jurado, quienes afirman que: «la resolución recurrida... atribuye un monopolio sobre el empleo de una idea: la utilización de la figura de un capitán de pesca en una campaña de publicidad. A nuestro modo de ver, este concepto general no puede ser atribuido en exclusiva a una empresa... existen diferencias entre la expresión concreta del capitán de pesca que utilizaba publicidad Frudesa y el capitán de pesca que utiliza la publicidad Pescanova. En efecto, mientras que el capitán Frudesa es capitán, con aspecto de viejo lobo de mar (barba, uniforme de yate, aspecto tradicional) y el capitán Pescanova un hombre joven, moderno, ataviado con un chubasquero amarillo. En definitiva, la forma concreta de expresión de uno y otro capitán es distinta. Por otro lado, el esquema general del spot de Frudesa presenta

de confusión y afirma que: «basta examinar el escrito de interposición del recurso para comprobar cómo la sentencia impugnada no se opone a la jurisprudencia que se dice contradicha, pues el Tribunal de Apelación, una vez valorada la prueba practicada ha considerado que existen notables diferencias entre los spots publicitarios controvertidos, cuales son, esencialmente en cuanto al personaje, que el capitán Frudesa lo representa un marinero con gorra, uniforme y barba cana, mientras que al capitán Pescanova es un hombre joven ataviado con chubasquero o impermeable amarillo, y en cuanto a la historia narrada o su entorno, que mientras Frudesa la sitúa en unas compras en paraje polar, con presencia de un oso y donde aparece un capitán que dirige a los niños a descubrir un tesoro consistente en las varitas de merluza, en el anuncio de Pescanova, el capitán irrumpe en una cena doméstica y traslada a los niños a un barco pesquero faenando en la mar, considerando por todo ello que las diferencias identifican y distinguen los orígenes del producto común ofrecido (pescado congelado), y disipan suficientemente la posible y ulterior asociación y confusión al respecto por los consumidores adquirentes, quienes, en cambio, podrán advertir perfectamente en el mercado que diferentes empresas elaboran y venden pescado congelado y más concretamente varitas de merluza rebozadas y preparadas para su fritura, eligiendo el de una u otra (Frudesa o Pescanova) según sus particulares apetencias y la calidad que confieran al producto en función del prestigio que atribuyen a sus diferentes».

IV. CONCLUSIÓN

A la vista de lo expuesto, creemos que en algunos extremos, con la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, el legislador, al intentar adecuar nuestro ordenamiento jurídico a las normas comunitarias, ha introducido algunas incoherencias. Así establece aparentemente diferentes criterios de deslealtad en función de los intereses lesionados. Precisamente, una de las novedades más significativas que introduce la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, no es otra que dedicar un capítulo completo a regular los actos de competencia desleal que, afectando también a los competidores, se considera que sólo son susceptibles de perjudicar a sus destinatarios, cuando estos son consumidores y usuarios. En consecuencia, la Ley de Competencia Desleal se va a articular en torno a dos grandes categorías, los actos de competencia desleal contemplados en el capítulo II de la Ley y las prácticas comerciales con los consumidores y usuarios, que se agrupan en el capítulo III. Lo que va hacer que en ocasiones la Ley obligue a diferenciar a quién va dirigida la práctica, para saber qué norma aplicar, y que determinadas conductas, dependiendo de quién sean sus destinatarios, se van a calificar o no como prácticas comerciales desleales, así ocurre con los actos de confusión, que se van a someter a una doble regulación

diferencias singulares con respecto al de Pescanova. El primero se inicia con la escena habitual de compra de un ama de casa, acompañada de un grupo de niños a un paisaje polar, donde un oso es el protagonista. El capitán ayuda con su poder mágico a descubrir un tesoro que se encuentra en una goleta irreal: las barritas de merluza.

Por el contrario, el esquema del anuncio de Pescanova se inicia con una escena habitual del consumo del producto: la cena y la aparición del capitán, que introduce al niño en una historia real de pesca, que se desarrolla en el mar, a bordo de un auténtico barco de pesca y que permite mostrar los beneficios de las varitas de merluza anunciadas. En fin, entendemos que tampoco existe imitación de los textos de los spots publicitarios».

de forma innecesaria. En este punto, la nueva regulación no ha supuesto una mejora en la protección de los consumidores y usuarios, tal y como preconiza el título de la Ley.

V. BIBLIOGRAFÍA

- GÓMEZ SEGADÉ, J. A.: «La nueva cláusula general en la LCD», en la *Revista Autocontrol*, núm. 125, diciembre de 2007, págs. 14 a 18.
- LEMA DEVESA, C. y FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P.: «Prácticas publicitarias engañosas», en la *Revista Autocontrol*, núm. 120, junio de 2007, págs. 12 a 18.
- TATO PLAZA, A.: «Líneas generales de la reforma del Derecho español contra la competencia desleal, Partes I y II», en la *Revista Autocontrol*, núm. 149, febrero, págs. 7 a 14, y núm. 150, marzo, págs. 9 a 14, 2010.
- «La Directiva Comunitaria sobre prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores», en la *Revista Autocontrol*, núm. 125, diciembre de 2007, págs. 21 a 30.
- TEJEDOR MUÑOZ, L.: «La publicidad engañosa, comparativa y prácticas comerciales desleales», en *Derecho Civil de la Unión Europea*, pág. 282, AA.VV., 4.ª ed., 2010, Madrid.

RESUMEN

PUBLICIDAD CONFUSIONISTA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

La publicidad confusionista es una práctica comercial que se utiliza por los competidores para crear en los consumidores confusión o riesgo de asociación con los bienes o servicios, marcas registradas, nombres comerciales u otras marcas distintivas de un competidor, siempre que sea susceptible de afectar al comportamiento de los consumidores y usuarios, llevándoles a realizar una compra que sin ella no hubieran realizado. Es decir, afectando a su comportamiento económico. Es una publicidad no permitida, pero que se da frecuentemente en la práctica. Existen diferentes cauces para luchar contra ella, uno de ellos es la responsabilidad extracontractual. En el presente comentario analizamos cuándo estamos ante un supuesto de práctica confusionista, y cuáles son los mecanismos que tiene el consumidor para combatirla cuando ha sido víctima de la misma.

ABSTRACT

CONFUSING ADVERTISING CONSUMER AND USER PROTECTION

Confusing advertising is a commercial practice that is used by competitors to sow in consumers a sense of confusion or risk of association with the goods or services, registered trademarks, trade names or other distinctive marks of a competitor. The practice is liable to affect consumers' and users' behaviour, leading them to make a purchase that they would not have made otherwise. In other words, it affects their economic behaviour. It is a type of advertising that is not allowed and yet frequently appears in practice. There are different channels for fighting it; one is extra-contractual liability. This commentary looks at how to identify confusing practices and what mechanisms a consumer has for fighting such practices when he has fallen victim to them.

2. MERCANTIL

LA FALTA DE INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN EN LAS OBLIGACIONES MERCANTILES EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 8 DE OCTUBRE DE 2009

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico Correspondiente de la Real Academia
de Jurisprudencia y Legislación
Doctor en Derecho y Abogado*

SUMARIO: I. LA VIGENCIA DEL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 944 DEL CÓDIGO DE COMERCIO. ¿TIENE SENTIDO LA DUALIDAD NORMATIVA? LA REFORMA DEL DERECHO DE PRESCRIPCIÓN EN LAS OBLIGACIONES MERCANTILES.—II. LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN EN LAS OBLIGACIONES CIVILES EN PROCESOS JUDICIALES QUE FINALIZAN SIN SENTENCIA. EL CÓMPUTO DEL NUEVO PLAZO PRESCRIPTIVO.—III. UNA APROXIMACIÓN SOBRE LA SUSPENSIÓN E INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN EN CLAVE COMPARATISTA.

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de octubre de 2009 (RJ 2009/5506), según su Fundamento Jurídico primero, introduce el debate del siguiente modo: «...la cuestión jurídica que plantea el único motivo del presente recurso de casación, fundado en infracción de los artículos 1.973 del Código Civil (LEG 1889/27), 944 del Código de Comercio (LEG 1885/21) y 14 de la Constitución (RCL 1978/2836), consiste exclusivamente en si el párrafo segundo de dicho artículo 944 es o no aplicable en sus propios términos para declarar prescrita una acción de reclamación de cantidad en juicio ordinario contra la cofiadora solidaria de una sociedad anónima obligada en virtud de póliza de crédito expresamente mercantil intervenida por Corredor de Comercio colegiado, prescripción que se habría producido porque la sentencia de apelación del juicio ejecutivo precedente seguido contra dicha sociedad anónima y sus fiadores, juicio que, en principio, habría interrumpido la prescripción a modo de interpelación judicial, acabó declarando la caducidad de la instancia por inactividad procesal del acreedor demandante durante diez años y siete meses.

La prescripción fue apreciada tanto en primera como en segunda instancia, y del contenido de las respectivas sentencias se desprende que el núcleo del debate está en si la consolidada jurisprudencia de esta Sala acerca de la prevalencia del artículo 1.973 del Código Civil sobre el artículo 944 del Código de Comercio para considerar también la reclamación extrajudicial como un medio de interrupción de las acciones procedentes de los contratos mercantiles, pese a no aparecer contemplada tal reclamación en el párrafo primero de dicho artículo 944, supone asimismo una prevalencia aún más general del régimen del Código Civil en materia de prescripción extintiva y, en consecuencia, para interrumpir la prescrip-

ción de las acciones procedentes de contratos mercantiles bastaría con la interpelación o reclamación judicial al margen de la suerte que corriera la demanda».

Siendo el razonamiento jurídico sobre la vigencia del artículo 944 del Código de Comercio y la falta de prevalencia del artículo 1.973 del Código Civil sobre aquél, el siguiente:

«Aunque algunas sentencias de esta Sala contengan pasajes que, aislados de su contexto, permitan imaginar que la prevalencia del artículo 1.973 del Código Civil sobre el artículo 944 del Código de Comercio es absoluta, en el sentido de considerar totalmente derogado este último por el primero, basta con leerlas por entero para comprobar que tal prevalencia se afirma única y exclusivamente para justificar la eficacia de la reclamación extrajudicial como medio de interrumpir la prescripción extintiva de las acciones también en el ámbito mercantil, pues de esto es de lo que tratan [por ejemplo, SSTs de 4-12-95 (RJ 1995/9157) en recurso 1638/92, de 4-4-03 en recurso 2619/97 y 8-3-06 en recurso 2414/00], como se desprende del sentido que a la jurisprudencia de esta Sala atribuye la sentencia de 6 de octubre de 2006 (rec. 4813/99).

Por el contrario, la vigencia y plena aplicabilidad del párrafo segundo del artículo 944 del Código de Comercio resulta no sólo de sentencias anteriores y contemporáneas de las que iniciaron aquella línea jurisprudencial, limitada como se viene insistiendo al problema de la reclamación extrajudicial, sino también de alguna otra muy posterior. Así, la sentencia de 28 de diciembre de 1989 (RJ 1989/8875) no pone en duda la vigencia de dicho precepto, aunque considera que en el caso no llegó a darse una verdadera desestimación de la demanda precedente porque lo declarado por la sentencia del juicio ejecutivo fue la nulidad de éste. La sentencia de 9 de noviembre de 1993 (RJ 1993/8975) (recurso 3227/90) da por vigente el párrafo segundo del artículo 944 del Código de Comercio y lo aplica por haberse dictado sentencia desestimatoria en un juicio ejecutivo que había precedido al declarativo. La sentencia de 12 de diciembre de 1995 (RJ 1995/9602) (recurso 1778/92) trata muy especialmente del desistimiento de la demanda, asimismo contemplado en el párrafo segundo del artículo 944 del Código de Comercio como excluyente de la interrupción, y considera tan vigente este precepto que ni siquiera se plantea la aplicabilidad del artículo 1.973 del Código Civil. La sentencia de 14 de julio de 2005 (recurso 1038/99), centrada en un caso de interrupción de la prescripción por reclamación extrajudicial, considera sin embargo vigente el párrafo segundo del artículo 944 del Código de Comercio en cuanto excluye la interrupción si se desestima la demanda, exclusión que esta sentencia califica de «tajante». Finalmente, la sentencia de 9 de marzo de 2006 (recurso 2427/99) se refiere a los artículos 1.973 del Código Civil y 944 del Código de Comercio, en pie de igualdad, para razonar que ambos exigen identidad de las acciones ejercitadas en el proceso interruptivo de la prescripción y en el posterior.

No hay, en realidad, ninguna razón de peso para considerar derogado el párrafo segundo, como tampoco el tercero del artículo 944 del Código de Comercio. Sea por la mayor agilidad del tráfico mercantil, sea por razones históricas, lo cierto es que el Código de Comercio de 1885 tiene un régimen con sus propias peculiaridades en relación con el Código Civil de 1889; que la remisión del artículo 943 del Código de Comercio a las disposiciones del Derecho Común debe entenderse sólo al plazo de ejercicio de las acciones; y que el artículo 4.3 del Código Civil dispone su aplicación a las materias regidas por otras leyes sólo como supletoria. Además, el argumento del artículo 14 de la Constitución (RCL 1978/2836) invocado por la parte recurrente conduciría a dar por suprimidas

todas las peculiaridades de los contratos mercantiles que tuvieran sus correlativos regulados en el Código Civil; en cambio el artículo 9 de la Constitución, en cuanto garantiza la seguridad jurídica, fundamento, a su vez, de la prescripción extintiva, sí es un argumento de peso para atenerse escrupulosamente a lo que dispongan las normas más específicas sobre cada materia».

Podemos adelantar desde estos momentos que la decisión de esta sentencia del Tribunal Supremo nos parece correcta de conformidad con la redacción actual del artículo 944.2 del Código de Comercio, es decir, la sustantividad e independencia de la falta de interrupción de las obligaciones mercantiles tiene un carácter autónomo respecto de lo previsto al efecto para las obligaciones civiles en el artículo 1.973 del Código Civil.

Evidentemente la diferencia de tratamiento de la problemática entre las dos normas citadas, supone una de las especialidades que sobre la materia aún se regula en nuestro Código de Comercio, en relación con lo dispuesto en el Código Civil. De esta forma existe, en materia de interrupción de la prescripción, una regulación positiva diferente entre los dos citados cuerpos normativos. Una primera, en la ausencia de una previsión específica para las obligaciones mercantiles de posibilidad de interrupción de la prescripción a través de la reclamación extrajudicial, aunque esta última haya sido objeto de superación mediante la interpretación que los tribunales han venido haciendo de los artículos 944 del Código de Comercio y 1.973 del Código Civil en el sentido de permitir dicho fenómeno interruptivo también en el ámbito de las obligaciones mercantiles, y una segunda, que reside en la falta de interrupción de la prescripción de las obligaciones mercantiles en casos en que el actor desistiere de la demanda, caducara en la instancia o fuere desestimada la demanda.

En el ámbito doctrinal, podemos destacar la opinión de Díez-PICAZO sobre ambas cuestiones.

En relación con la primera y tras las sentencias del Tribunal Supremo, de 4 de diciembre de 1995 y de 31 de diciembre de 1998, Díez-PICAZO (1) concluye

(1) Luis Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, *La prescripción extintiva en el Código Civil y en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Editorial Thomson-Civitas, 2003, pág. 36.

Según Díez-PICAZO (vid., *op. cit.*, págs. 34 y 35), las razones para entenderlo así, son las siguientes:

«1.º La reclamación extrajudicial fue introducida en el Código como un medio de extender las posibilidades del acreditamiento del *animus conservandi* frente a una formalización excesiva que permitiera considerar abandonadas las acciones, cuando constaba por otras vías una voluntad contraria a tal *derelectio* de los derechos.

Criterio, debemos apostillar nosotros, que no es enteramente exacto, pues la interrupción por reclamación extrajudicial existía cuando menos desde el Derecho de Partidas, de donde los autores del Código la tomaron. Por otra parte, no puede pensarse en la interrupción de la prescripción, como en su momento veremos, como un simple acreditamiento o constancia de una voluntad contraria al abandono de los derechos.

2.º Cronológicamente —dice el TS—, la posterior fecha de promulgación y publicación del Código Civil, respecto del Código de Comercio, abona la integración que se propone al considerar incorporado tal medio interruptivo de la prescripción en el artículo 944 del Código de Comercio. Argumento perfectamente claro que el Código Civil no derogó el Código de Comercio y, por otra, que la solución de integración o de incorporación, fuera del mencionado, no tiene ningún otro fundamento.

3.º El principio conforme al cual —continúa diciendo el TS— debe entenderse que la ley general no deroga a la ley especial no es aplicable a este supuesto, ya que no hay ninguna razón que justifique la pretendida especialidad frente al Derecho común de las

admitiendo —con críticas a la argumentación sostenida por el Tribunal Supremo— la comunicación extrajudicial como medio de interrupción de la prescripción de las obligaciones mercantiles, al decir que (2):

«En el fondo, resulta muy difícil entender que el artículo 944 del Código de Comercio, al no introducir como causa de interrupción de la prescripción la reclamación extrajudicial, obedeciera a especiales criterios determinantes de exigencias de este tipo de legislación. Probablemente, la única razón del precepto fueron sus propios precedentes históricos y el hecho que no estuviera promulgado el Código Civil. Por otra parte, no puede perderse de vista que, en la actualidad, algunos códigos denominados a veces más modernos y progresivos, han adoptado un criterio parecido al español, como ocurre en el Código Civil italiano, donde se admiten como causas de interrupción de la prescripción todas aquellas que pueden servir para poner en mora al deudor y ello

obligaciones y contratos mercantiles, sino más bien argumentos en contra derivados del criterio antiformalista que para los contratos de comercio reconoce el artículo 50; de la importancia del principio de la buena fe en la ejecución y cumplimiento de estos contratos, que recoge el artículo 57 y del principio de favor al deudor que en cuanto a las dudas que se originase señala el artículo 59, todos del Código de Comercio.

Razones que tampoco resultan absolutamente convincentes, pues el criterio antiformalista está referido a los contratos y no a otras instituciones de Derecho Privado; la buena fe se refiere a la ejecución y cumplimiento de los contratos y el principio de “favor al deudor” más estaría determinando una prescripción que impidiéndola por la vía de una interrupción más fácil, que a quien favorece es cabalmente al acreedor.

4.º Las discriminaciones en la aplicación de las normas que resulten fundadas, como sucedería en este caso, si, pese a lo dicho, se mantuvieran dos raseros en orden a la interrupción de la prescripción, lo que supondría infracción del principio de igualdad ante la Ley, reconocido en el artículo 14 de la Constitución.

Argumento que depende como es lógico de que se encuentre un fundamento a la desigualdad y que, además, como todos los debates que se plantean en punto a la igualdad ante la ley, en el supuesto de que en ella se pudieran encontrar alguna discriminación, tanto admitiría la solución de “civilizar” el Código de Comercio, como la de “comercializar” el Código Civil.

5.º Hay que seguir —piensa el TS— las pautas marcadas por el legislador mercantil en la Ley 19/1985, de 16 de julio (cambiaria y del cheque), que, tras establecer los plazos de prescripción de las acciones cambiarias (art. 89), aclara que “serán causas de interrupción de la prescripción las establecidas en el artículo 1.973 del Código Civil”. Por esta razón —dice el TS— hay que encontrar en esta decisión del legislador una “decidida apuesta a favor de la estimación unitaria” de la prescripción y la extrapolación del mismo criterio a todo el ámbito mercantil, por las razones expuestas, resulta imprescindible, dada la incidencia de la regulación de la letra de cambio en todo el ámbito comercial, como instrumento en muchas ocasiones del pago del precio de los servicios prestados por consecuencia de los contratos mercantiles, situación que contribuye a afianzar la tesis unitaria de la interrupción.

El argumento tampoco es decisivo. Resulta simplemente metafórico hablar de un legislador civil y de un legislador mercantil, como si fueran legisladores distintos, cuando el legislador debe ser siempre uno y el mismo. Que en materia de prescripción cambiaria las causas de interrupción resulten remitidas al artículo 1.973 puede parecer en efecto un criterio favorecedor de la llamada estimación unitaria. No así la idea del carácter generalmente mercantil de la letra de cambio como instrumento de ejecución de contratos mercantiles, pues la letra de cambio, ella sí, dispone de un régimen unitario cualesquiera que sean los intervinientes y sirva de medio de ejecución de contratos civiles, mercantiles o de cualquier otro tipo».

(2) Vid., *op. cit.*, págs. 34 y 35.

tanto con aplicación a los contratos civiles como mercantiles, de suerte que, aunque con argumentaciones que no son enteramente sólidas, la tesis jurisprudencial puede ser acogida».

En relación con la segunda, esto es, la falta de interrupción de la prescripción en los supuestos del artículo 944.2 del Código de Comercio, Díez-Picazo (3) se pronuncia al respecto del siguiente modo:

«Los especialistas de la materia no han dedicado al tema de la prescripción en el Derecho Mercantil estudios especiales, limitándose en los tratados y manuales a señalar las diferencias existentes con el Código Civil entre las que se encuentra el citado artículo 944. Podría pensarse que la diferencia de tratamiento jurídico entre uno y otro Código se encuentra justificada y que la justificación es el conocido tópico de la exigencia de mayor celeridad en la terminación de los asuntos mercantiles frente al tempo más lento de los civiles. Este tipo de consideraciones podría haber llevado a una ampliación de los efectos de la prescripción y, por otra, a un carácter más estricto de los actos de interrupción. Sin embargo, el argumento me parece escasamente convincente. No existe, en esta materia —o por lo menos no se ve claro que exista— una exigencia de mayor celeridad y es más que dudoso que ésta fuera la razón que inclinara al legislador mercantil a apartarse de los criterios mantenidos por el Derecho Común. Más creíble parece un argumento de orden histórico. La anterioridad de la codificación mercantil en nuestro Derecho respecto a la civil pudo inducir a los autores del Código de Comercio de 1885 a mantener el criterio dominante en la tradición de la codificación francesa y en el momento precodificador plasmado en 1851. Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que la diferencia existe y que no hay argumento sólido que permita concluir que el Código de Comercio quedó en este punto derogado por el Código Civil. El Código de Comercio se remite al Derecho Común sólo para las prescripciones (que pueden ser también mercantiles por su naturaleza) no reguladas por él».

En nuestra opinión, existen dos claras diferencias en materia de prescripción mercantil y civil. En relación con una, el Tribunal Supremo ha decidido (como hemos tenido ocasión de exponer) sin una argumentación plenamente convincente, la equiparación de ambas prescripciones, en cuanto a la validez del efecto interruptivo de la reclamación extrajudicial, mediante una interpretación superadora de dichas diferencias. En este caso, cuando el Código de Comercio «silencia» aplica la «voz» del Código Civil. Sin embargo, en el otro supuesto, en relación con la falta de interrupción de la prescripción mercantil, cuando el Código de Comercio «habla» no hace caso al «silencio» del Código Civil.

Si bien, ambas soluciones pueden ser defendidas y —creemos que de *lege data* ha de ser así—, no es menos cierto que lo que dejan entrever es una clara descoordinación en el seno del Derecho de Prescripción, en función de la mercantilidad o no de la materia, lo que hace que haya de recaer de nuevo en el intérprete si en función de dicha mercantilidad se aplica un sistema prescriptivo u otro, sin que pueda defenderse de *lege ferenda* dicha disgregación normativa.

Lo anterior, no hace más que —por mucho que se haya debatido ya sobre el tema— si en la actualidad existe una justificación para la dualidad civil y

(3) Vid., *op. cit.*, pág. 173.

mercantil en el moderno Derecho de Obligaciones (4), máxime si esta problemática es atendida desde el proceso de armonización europeo existente en el ámbito del Derecho Privado.

Dentro de esta perspectiva, destacan las conclusiones de MARTÍNEZ SANZ (5) al respecto: «El debate en torno a la dualidad de regulaciones en materia de contratos se encuentra superado en otros ordenamientos, así como en los últimos desarrollos en materia de contratación a nivel europeo (baste pensar en los Principios de Derecho Contractual Europeo o en el DFCR), que, sencillamente, no hacen cuestión de ello.

Estos desarrollos comienzan a hacer sentir su influencia también en los trabajos legislativos o prelegislativos llevados a cabo en el ámbito interno, adoptando algunas normas que se inspiran directamente en los referidos textos europeos.

También es posible advertir bastantes ejemplos de “unificación tópica”, es decir, convergencia entre contratos civiles y mercantiles. Sin embargo, y desde lo que podría considerarse el “programa de política legislativa”, los ejemplos prelegislativos más recientes no caminan en la dirección de la unificación civil-mercantil en materia de obligaciones y contratos, a pesar de existir razones poderosas que, desde un punto de vista dogmático, aconsejarían proceder a dicha unificación. El ejemplo más claro de ello es la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código de Comercio de la parte general sobre contratos mercantiles, que ahonda en la referida distinción.

La solución dual plantea importantes problemas no adecuadamente resueltos, comenzando por la propia fijación de un criterio razonable de mercantilidad. Al propio tiempo, la solución dual dificulta más la adecuada inclusión en el sistema de los contratos celebrados con consumidores, verdadero motor de la actuación legislativa en materia de contratación de los últimos veinte años».

En nuestra opinión, la falta de una determinación clara y eficaz del criterio de mercantilidad existente en la actualidad, incide claramente en la necesidad de una unificación civil-mercantil tras una depuración de nuestro Derecho de Obligaciones, máxime cuando dicha distinción o dualidad ni se presenta en los textos armonizadores del Derecho Privado europeo. Es más, ¿qué sentido tiene la regulación dual que existe en la actualidad? ¿No sería más acorde contar con una reforma normativa que incrementara la seguridad jurídica al respecto? Quizá sean aspiraciones no sólo dogmáticas, sino también pragmáticas las que deberían llevar a tal reforma, entre la que se debería incluir el tema que nos ocupa, a saber, el Derecho de Prescripción. Aunque somos conscientes que existen razones de política legislativa que pudieran

(4) Vid., al respecto, con numerosa bibliografía sobre la materia, María Ángeles MARTÍN RODRÍGUEZ, *La unificación civil y mercantil en la contratación privada*. Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006.

A título de ejemplo, pueden citarse los siguientes trabajos de la doctrina mercantilista: M. BROSETA, *La empresa, la unificación del Derecho de Obligaciones y el Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 1964; E. BELTRÁN SÁNCHEZ, «La unificación del Derecho Privado», en *Derecho de los Negocios*, 1995; Vicent CHULIÀ, «La unificación del Derecho de las Obligaciones», en *Revista de Derecho Patrimonial*, 1999.

(5) Fernando MARTÍNEZ SANZ, «¿Derecho contractual europeo y dualidad Código Civil-Código de Comercio?», en *Derecho Contractual Europeo*, Editorial Bosch, 2009, pág. 524.

hacer abogar por el mantenimiento de dicha separación como, por ejemplo, el diferente ámbito competencial de las Comunidades Autónomas en materia de legislación civil y legislación mercantil (*ex art. 149.1.6 de la Constitución Española*), no es menos cierto que la propia realidad jurídico-legislativa se ha ido encargando de limar tales diferencias, como ocurre, por ejemplo, con la posible aplicación de la reclamación extrajudicial como supuesto de interrupción de las obligaciones mercantiles.

En relación con los trabajos prelegislativos existentes al respecto, somos conscientes de la existencia de los mismos en el seno de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación, aunque desconocemos el alcance y contenido de los mismos al encontrarse en fase de elaboración.

Sin embargo, sí que conocemos (por haberse hecho público) el resultado que en el tema que nos ocupa —el Derecho de Prescripción— se ha producido con los trabajos de la Sección Mercantil de la Comisión General de Codificación (6).

A este respecto, puede adelantarse como conclusión de dichos trabajos de la Sección Mercantil de la Comisión General de Codificación, que son continuadores de la línea que defiende la autonomía de las disciplinas civil y mercantil en materia de contratación. Su «exposición de motivos» defiende dicha reforma del Código de Comercio de la siguiente manera:

«(...) Las normas que se establecen sobre los contratos mercantiles en general se inspiran en los trabajos realizados a nivel internacional con el fin de unificar las normas que han de ser aplicadas al tráfico mercantil. Entre tales trabajos hay que destacar la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa de Mercaderías, de 11 de abril de 1980, que es ya Derecho vigente en nuestro país y, por otra parte, los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), así como los trabajos de la Comisión Lando sobre el Derecho europeo de los contratos».

En materia de prescripción, la reforma se justifica según la referida «exposición de motivos», en lo siguiente:

«(...) En materia de prescripción se unifican los plazos reduciéndolos, de manera que el plazo general es de tres años, y regulando supuestos especiales como son los de prescripción para prestaciones periódicas, para prestaciones accesorias y frente a deudores solidarios. Además de reducir el plazo general de prescripción de las obligaciones mercantiles, se limita la posibilidad de interrupción del plazo por requerimiento extrajudicial a una única interrupción, evitando por tanto que se pueda mantener un crédito con duración ilimitada mediante requerimientos sucesivos.

Se regulan además por primera vez con carácter general dentro de nuestra legislación mercantil tanto la suspensión de la prescripción como la caducidad, que son instituciones de importancia práctica grande y cuya regulación ha de contribuir a dar mayor seguridad al tráfico mercantil».

Varios son los comentarios que pudieran hacerse al articulado del Código de Comercio en materia de prescripción proyectado con dicha reforma, aun-

(6) Vid. *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2006, pág. 203 y sigs. «Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código de Comercio en la Parte General sobre Contratos Mercantiles y sobre Prescripción y Caducidad».

que no es éste el propósito que nos ha movido en este trabajo. Sin embargo, al hilo de la sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de octubre de 2009, y la declaración de la vigencia del actual artículo 944.2 del Código de Comercio, con las consecuencias expuestas, sí que llama la atención en relación con la meritada reforma propuesta, la ausencia de regulación en la misma de los casos de falta de interrupción de la prescripción mercantil por desistimiento, caducidad en la instancia y desestimación de la demanda del acreedor, tal y como se recogen en el vigente artículo 944.2 del Código de Comercio, máxime cuando después de tantas vueltas sobre el asunto no se hace referencia en su «exposición de motivos» a las causas expresas de dicha supresión.

Ello nos lleva a reflexionar sobre lo siguiente: ¿Qué ocurriría de aprobarse la reforma de la prescripción mercantil eliminando las actuales causas de falta de interrupción del artículo 944.2 del Código de Comercio mientras no se ultime la reforma del prescripción civil en la que también trabaja en la actualidad la Comisión General de Codificación?, pues que volveríamos a plantear el problema de la existencia o no de dicha falta de interrupción desde la aplicación del vigente artículo 1.973 del Código Civil, con el consabido problema sobre si es aplicable analógicamente o no las causas de falta de interrupción que para la prescripción adquisitiva establece el artículo 1.946 del Código Civil. Asunto este debatido en la doctrina, aunque resuelto en numerosas ocasiones por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo.

En este caso, si como creemos que debe ser la respuesta, es decir, contraria a la falta de interrupción, por ejemplo, ante un desistimiento o una caducidad en la instancia, mediante la aplicación del artículo 1.973 del Código Civil que, como sabemos, silencia al respecto, otro problema interpretativo con la actual regulación de la prescripción civil habría de tenerse presente, es decir, ¿desde cuándo comenzaría a contar el nuevo plazo de prescripción, desde la interposición de la demanda o bien desde la resolución judicial que tuviere por caducada la instancia o producido el desistimiento? Problema este que no tiene una solución positiva en nuestra actual regulación civil común de la prescripción extintiva.

En suma, existe multitud de problemas prácticos que han tenido ocasión de ser abordados por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en materia de interrupción de la prescripción extintiva (adicionalmente a los expuestos, y como por ejemplo, los derivados del acto de conciliación, de la existencia de un proceso penal previo, de la producción de daños continuados, de los supuestos de solidaridad, etc.), que bien merecen un adecuado tratamiento de los mismos de *lege ferenda*.

II. LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN EN LAS OBLIGACIONES CIVILES EN PROCESOS JUDICIALES QUE FINALIZAN SIN SENTENCIA. EL CÓMPUTO DEL NUEVO PLAZO PRESCRIPTIVO

Desde antaño surgió la discusión en nuestra doctrina acerca de si los supuestos de falta de interrupción que regula el artículo 1.946 del Código Civil para la prescripción adquisitiva resultaban también aplicables a la prescripción extintiva, pese al silencio que obra al respecto en el vigente artículo 1.973 del Código Civil.

Como hemos apuntado, este problema no sólo seguiría debatiéndose en el ámbito civil, pese a las numerosas respuestas contrarias que ofrece la juris-

prudencia de nuestro Tribunal Supremo, sino también el ámbito mercantil, de producirse la eliminación de los supuestos que establece el artículo 944.2 del Código de Comercio.

DÍEZ-PICAZO (7) recoge las tesis tradicionales que niegan el efecto interruptivo en los casos de demanda desistida o caducidad en la instancia, haciéndose eco de las opiniones de GARCÍA GOYENA, ALAS, DE BUEN y RAMOS, así como de la doctrina francesa según PLANIOL, RIPERT y MAZEAUD, incluso de la doctrina procesalista como PRIETO CASTRO y GÓMEZ ORBANEJA, para citar, por otro lado, a la doctrina civilista encabezada en su tiempo por MANRESA y seguida por PANTALEÓN, así como por GUTIÉRREZ SOLAR, que se manifiestan favorables a la existencia del efecto interruptivo. Tras dicho recorrido doctrinal, DÍEZ-PICAZO (8) expone su opinión al respecto del siguiente modo:

«Para dar respuesta al interrogante planteado, no debe perderse de vista la extraordinaria importancia que en nuestro Derecho tiene el hecho de haber admitido, para interrumpir la prescripción, la simple reclamación extrajudicial, novedad esta que, como veremos, no había sido conocida por el Proyecto de 1851 y que fue introducida en el Proyecto de 1888, a partir, probablemente, de la práctica vigente que arrancaba de la interpretación que se había dado al Derecho de Partidas. La admisión de la reclamación extrajudicial como medio interruptivo tiene que ayudar a una interpretación finalista de todas las causas de interrupción que la ley establece. Así, si la prescripción se interrumpe por una simple reclamación extrajudicial, ¿por qué no va a interrumpirla una demanda judicial, aunque haya sido posteriormente desistida? (...) Por ello, si la demanda, aunque después sea desistida, exterioriza o pone de manifiesto la voluntad del titular, no hay razón especial para mantener la protección del interés de la otra parte en que la prescripción continúe y el efecto de interrupción debe considerarse producido».

Sin embargo, ALBALADEJO (9) expone al respecto lo siguiente:

«Mi criterio sobre el tema es el siguiente, presupuesto que el caso es de encontrarse ante una reclamación que no llega a ser estimada:

- 1.º) Si es porque se deniega el derecho reclamado, que el demandado tenía en prescripción, no importa que se mantenga o borre la interrupción que el ejercicio de la acción produjo, porque ya no es precisa la interrupción, puesto que se nos niega el derecho cuya prescripción era objeto de interrupción.
- 2.º) Que el procedimiento iniciado por el ejercicio de la acción no llegue a su fin o concluya de algún modo por el que no se resuelva sobre el derecho reclamado (así, por ejemplo, caducidad de la instancia, desistimiento de la demanda o desestimación de ésta sin entrar en el fondo, etc.).

Entonces creo que como la interrupción la produce la sola reclamación que encierra la demanda, aquélla la hay, y no se borra, porque reclamación la hubo, y continúa habiéndola, aunque la demanda decaiga o el asunto quede sin resolver. A lo que sólo cabe la excepción de que la conducta del interruptor

(7) Vid., *op. cit.*, págs. 168 y 169.

(8) Vid., *op. cit.*, págs. 171 y 172.

(9) Manuel ALBALADEJO GARCÍA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Editorial Edersa, 2005. Tomo XXV, vol. 2.º (2005).

encierre un desistimiento (lo que creo lo hay en la caducidad de la instancia y en el desistimiento del actor) de la interrupción, que sería como una renuncia a ésta, lo que siempre es posible *ex* artículo 6.2. Entonces la interrupción se tendría por borrada. En otro caso, no».

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la polémica apareció ya en épocas lejanas. De este modo, la sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de enero de 1901 (CJ, T. 91, núm. 5) vino a establecer que:

«El artículo 1.946 se refiere exclusivamente a las prescripciones del dominio y demás derechos reales, no a la de las acciones, respecto de la que establece, por modo general y absoluto, el artículo 1.973, que la prescripción se interrumpe por el ejercicio de la acción ante los Tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor, siendo consecuencia lógica de tales preceptos que por la declaración de caducidad de la instancia se considere completamente ineficaz la interrupción producida por la citación judicial en lo relativo a la prescripción del dominio y demás derechos reales; pero cuando se trata de la extinción de las acciones, la declaración de caducidad no surte el mismo efecto, porque ni la letra ni el espíritu del artículo 1.973 permiten que tenga el alcance de que, en virtud de ella, pueda llegarse a perder la acción; por lo cual debe armonizarse esta disposición con la que contiene el artículo 419 de la LECiv, al establecer que la caducidad de la instancia no extingue la acción, que si no hubiere prescrito con arreglo a derecho, podrá volver a ejercitarse en el juicio correspondiente».

Similarmente se pronuncia también la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de enero de 1928 (CL, núm. 101, pág. 622) cuando dispone lo siguiente:

«No obstante, la caducidad de la instancia conforme a doctrina sustentada por este Tribunal Supremo, en sentencia de 4 de enero de 1901, fundado en que no existe en el capítulo 3.º del título 18, libro 4.º, del mismo Cuerpo legal precepto alguno que ordene prescindir de la interrupción iniciada por demanda, cuando se declara caducada, ni ser de aplicación a las acciones el artículo 1.946, comprendido en el capítulo 2.º, que trata de la prescripción del dominio y demás derechos reales, desprendiéndose en su virtud de cuanto queda expuesto con referencia a la acción ejercitada en este juicio que no se ha infringido el artículo 1.963 en relación con el 1.939 alegados en el repetido motivo quinto del recurso».

Resume, a mi juicio, el debate al respecto, la reciente sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de mayo de 2010 (JUR 2010/21348), al razonar del siguiente tenor:

«El artículo 1.973 del Código Civil, aplicable en materia de prescripción de acciones personales, otorga el efecto de interrumpir el plazo de prescripción a la interposición de una reclamación judicial, como acto de naturaleza conservativa que tiene como finalidad la defensa del propio derecho (SSTS de 11 de febrero de 1966, 11 de marzo de 2004 y 30 de septiembre de 2009, RC 2209/2004).

En interpretación de esta norma, la jurisprudencia de este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la interrupción de la prescripción en casos en los que, después de presentada la demanda, se desiste del procedimiento entablado.

Como indica la STS de 30 de septiembre de 2009 (RC 2209/2004), la doctrina civilista ha estado dividida desde la publicación del Código Civil acerca del efecto interruptor de una demanda que después se retira. La tesis de la negación de tal efecto fue la tradicional, porque se consideraba que abandonar el pleito o dejarlo

caducar podía significar dos cosas: o que se reconocía que no se tenía derecho, o que se había producido una negligencia en la reclamación. La doctrina más moderna considera, sin embargo, que se ha producido la interrupción, al haberse ya ejercitado la acción. Esta Sala ha venido manteniendo una tesis mixta entre las dos descritas, de acuerdo con la cual, si la demanda había sido ya comunicada a la parte demandada, de modo que ésta conocía la reclamación, se habría producido el efecto de la interrupción.

El fundamento de este criterio está en que, para que opere la interrupción de la prescripción, es preciso que la voluntad se exteriorice a través de un medio hábil y de forma adecuada, que debe trascender del propio titular del derecho, de forma que se identifique claramente el derecho que se pretende conservar, la persona frente a la que se pretende hacerlo valer y que dicha voluntad conservativa del concreto derecho llegue a conocimiento del deudor, ya que es doctrina reiterada que la eficacia del acto que provoca la interrupción exige no sólo la actuación del acreedor, sino que llegue a conocimiento del deudor su realización (SSTS de 13 de octubre de 1994, RC 2177/1991, 27 de septiembre de 2005, RC 433/1999, 12 de noviembre de 2007, RC 2059/2000).

Operan a favor de esta doctrina jurisprudencial la procedencia de interpretar la prescripción con criterios restrictivos (SSTS de 20 de octubre de 1988, 30 de septiembre de 1993, 16 de enero de 2003, 2 de noviembre de 2005, RC 605/1999) y el hecho de que, en materia de prescripción de acciones, el Código Civil no contiene una norma semejante al artículo 1946.2.º del Código Civil, referido a la prescripción del dominio y demás derechos reales, o al artículo 944 del Código de Comercio (aplicado en la STS de 22 de noviembre de 1995, invocada en el proceso), que, de forma explícita haga perder la eficacia interruptora a la interposición de una demanda de la que después se desiste».

Si efectivamente podemos asumir de conformidad con lo anterior la no aplicación del artículo 1.946 del Código Civil a la prescripción extintiva de las acciones, aún restaría por intentar dilucidar el otro problema anteriormente apuntado. Esto es, si también procede la interrupción de la prescripción en estos casos, ¿desde cuándo se cuenta el nuevo plazo prescriptivo?

De nuevo Díez-PICAZO (10) aborda también este problema mediante razonamiento *fecho al italico modo*, decantándose porque el nuevo plazo de pres-

(10) Vid., *op. cit.*, págs. 172 y 173.

El problema lo plantea y resuelve este autor de la siguiente forma:

«Caben, en este punto, dos soluciones: la de arrancar el nuevo periodo prescriptivo desde la finalización del proceso y la de colocarlo en la demanda misma. La primera de las tesis citadas tendría a su favor la perduración de la interrupción mientras el procedimiento ha estado abierto. La segunda solución me parece, en cambio, más razonable. La razón última de la admisión de la perduración del efecto interruptivo de la prescripción, no obstante el desistimiento, ha sido la interpretación finalista llevada a cabo a partir de la existencia en nuestro Derecho de la reclamación extrajudicial. Con esta premisa no hay razón de peso alguna para otorgar mayor amplitud de efectos a la demanda desistida que la susodicha reclamación extrajudicial. Pueden añadirse a ello los argumentos de la doctrina jurídica procesal que son, en este punto, de peso. La suspensión del curso de la prescripción, tras su interrupción por la demanda, es un efecto de la litispendencia y de la espera de una normal terminación del proceso por sentencia. Desistido el proceso, no hay razón alguna para otorgar a la demanda un efecto que sólo a la litispendencia es achacable. Ésta es hoy en día la solución que preconiza el Código Civil italiano de 1942. Este Código no ha seguido la línea tradicional de rechazar la interrupción por reclamación extrajudicial, aunque tampoco la ha ad-

cripción comience desde la misma demanda, es decir, desde la fecha del acto interruptivo y no desde la finalización del proceso.

Coincidimos con la solución que ofrece este autor, ya que, efectivamente, si la interrupción ha de estar ligada a la litispendencia, finalizado el proceso por un desistimiento o caducidad en la instancia, no debería contarse el nuevo plazo de prescripción sino desde la fecha del acto interruptivo inicial.

De hecho, una fórmula similar (aunque utilizando, a nuestro juicio, la desafortunada expresión *defecto procesal*) es la que ha adoptado recientemente la Ley 29/2002, que aprueba la Primera Ley del Código Civil de Cataluña (11), al establecer lo siguiente:

«Artículo 121-14. *Efectos de la interrupción:*

La interrupción de la prescripción determina que empiece a correr de nuevo y completamente el plazo, que vuelve a computarse del siguiente modo:

En caso de ejercicio extrajudicial de la pretensión, desde el momento en que el acto de interrupción pase a ser eficaz.

En caso de ejercicio judicial de la pretensión, desde el momento en que la sentencia o la resolución que pone fin al procedimiento pasen a ser firmes, o, si éstas no han prosperado por defecto procesal, desde el mismo momento del ejercicio de la acción con la que se exige la pretensión.

mitido con toda la amplitud que tiene en nuestro Código. Según el último párrafo del artículo 2.943, la prescripción queda interrumpida por la realización de cualquiera de los actos que valen para constituir una mora al deudor. El artículo 2.945, tras establecer que por efecto de la interrupción se inicia un nuevo periodo de prescripción, señala que si la interrupción se ha producido en virtud de la reclamación judicial, a través de los actos señalados para ello en el artículo 2.943, la prescripción no comienza a correr hasta el momento en que adquiere firmeza la sentencia que pone fin al juicio. En cambio, si el proceso se extingue por otra causa, el efecto interruptivo subsiste, pero el nuevo periodo de prescripción comienza desde la fecha del acto interruptivo».

(11) Para más detalle al respecto, vid., Antoni VAQUER ALOY, «The new regulation of prescription in the civil law of Catalonia: more modernised than principled, but still Spanish», Antoni VAQUER (ed.), *La Tercera Parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo/Principles of European Contract Law Part III*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2005, págs. 495-516.

Asimismo, y en cuanto a la comparativa de la regulación catalana de la interrupción de la prescripción con el Derecho Civil Común y los resultados de los textos armonizados del Derecho Privado europeo, opina este autor lo siguiente: «En cuanto a la interrupción de la prescripción, se ha seguido más al Derecho español. Las causas de interrupción son el ejercicio de pretensión en procedimiento judicial o arbitral, la reclamación extrajudicial y el reconocimiento del derecho (art. 121-12). El ejercicio judicial de la pretensión siempre tiene eficacia interruptiva, aunque la pretensión sea rechazada por una excepción procesal que no permita a conocer el fondo del asunto, lo que acaso sea excesivo, razón por la que tanto en Derecho alemán como en los PECL únicamente produce efectos suspensivos. Y hay que señalar que tampoco se ha reconocido efecto suspensivo a las negociaciones entre las partes, lo que provoca que con frecuencia jueces y tribunales deban forzar la calificación de los hechos y catalogarlos como supuesto interruptivo, lo que no beneficia para nada al deudor que se aviene a tratar informalmente de la pretensión de su acreedor. Por lo que se refiere a sus efectos, la prescripción no extingue la pretensión, sino que otorga una excepción al deudor para que evite el cumplimiento de la obligación reclamada (art. 121-8). No se aplica de oficio, sino que debe ser alegada por aquella persona a quien interese, incluso aunque se trate de un menor de edad o emancipado (art. 121-4), pero también puede ser invocada por las personas a quienes perjudica que no se haga valer en juicio (art. 121-5)». «Derecho Civil catalán: presente y futuro», en *Revista Jurídica de Navarra*, julio-diciembre de 2008, núm. 46, pág. 82.

En caso de arbitraje, desde el momento en que la sentencia o la resolución que pone fin al procedimiento para que sea formalizado judicialmente pasen a ser firmes, así como desde el momento en que el laudo pase a ser firme o desde el desistimiento del procedimiento arbitral».

No obstante, éste no parece ser el criterio del Tribunal Supremo. De esta forma, la sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de diciembre de 1927 (CL, núm. 82, pág. 112) afirma lo siguiente:

- «1.º La prescripción extintiva de acciones tiene por principal fundamento la sanción o castigo al negligente en ejercitarlas, lo cual exige que esté evidenciado el propósito de abandono que presupone la renuncia del derecho.*
- 2.º Por eso, la ley ha dictado reglas obstativas a la prescripción, señalando los casos en que se interrumpe el término de prescripción en el artículo 1.973 con un criterio más amplio que en el 1.946, referente a la prescripción adquisitiva.*
- 3.º Una vez hecha en forma la interpelación judicial, queda interrumpido el plazo prescriptivo, que habrá de contarse de nuevo cuando cesen sus efectos, por desistimiento, caducidad de la instancia o resolución judicial según ha establecido la jurisprudencia.*
- 4.º La acción rescisoria propuesta por reconvencción y discutida en una tercera era una verdadera interpelación judicial que suspendió el plazo de cuatro años establecido para esta clase de acciones y volvió a contarse desde que se ultimaron aquellos autos reservando para otro juicio la resolución de la acción».*

En análogo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de noviembre de 1948 (CL, núm. 21, pág. 207), en un supuesto en que la Audiencia Territorial había apreciado la excepción alegada por el demandado de defecto legal en el modo de proponer la demanda, por no haber puntualizado numérica y cuantitativamente el importe de los daños el Tribunal Supremo dice que:

«Como declaró la Sala en su sentencia de 17 de diciembre de 1927, confirmando el criterio sustentado en la de 4 de enero de 1901, la interrupción de la prescripción de acciones no se halla sujeta a la existencia del artículo 1.946 del Código Civil, que subordina la eficacia de aquélla al seguimiento y resolución favorable del litigio, y sí solamente a lo que establece el artículo 1.973 del mismo Código, precepto este último de cuyo texto aparece que una vez ejercitada la acción, queda interrumpido el término prescriptivo el cual habrá de contarse de nuevo cuando cesen los efectos de la interpelación bien por desistimiento, bien por caducidad de la instancia, bien por resolución judicial que no impida sino que permita promover de nuevo la contienda.

Sobre la base de esta doctrina y con relación al caso presente, no habiendo llegado a transcurrir íntegramente un año desde el 25 de mayo de 1940, fecha del auto en que declaró esta Sala no haber lugar a la admisión del recurso entablado por los actores contra el fallo desestimatorio dictado en apelación, hasta el 19 de mayo de mayo de 1941, día en que fue interpuesta la nueva demanda, origen del actual litigio, no cabe entender que la sentencia recurrida vulnere los artículos 1.968, 1.969 y 1.973 del Código Civil como el recurso sostiene».

En suma, como podemos observar, ninguna de las dos cuestiones propuestas está exenta de polémica. De ahí que la interrupción de la prescripción en

procesos que finalizan por desistimiento o caducidad en la instancia, sea uno de los puntos que convenientemente deberían abordarse en la reforma del Derecho de Prescripción prevista.

III. UNA APROXIMACIÓN SOBRE LA SUSPENSIÓN E INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN EN CLAVE COMPARATISTA

En Alemania, donde sí se ha producido una reforma del Derecho de Prescripción, como podemos observar a continuación, la regla general es la de la suspensión de la prescripción, a diferencia de en nuestro Derecho Civil (12) donde dicha figura es desconocida, siendo aplicable, pues, la regla de la interrupción.

ALBIEZ DOHRMAN (13) introdujo la importancia de la reforma del Derecho de Prescripción operada en el BGB alemán, mediante la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones, de 1 de enero de 2002, exponiendo lo siguiente:

«Se puede afirmar, sin exagerar, que con la Reforma se articula en el BGB un nuevo modelo de prescripción. Una reforma que era necesaria según hicieron ver los dictámenes de PETERS y ZIMMERMAN. La nueva normativa se distancia claramente de la regulación anterior, y también del modelo que propuso en su día la Comisión de Derecho de Obligaciones. En el nuevo modelo han influido algunos de los *Principles of European Contract Law*, siguiendo la Comisión Lando en cuanto a los criterios que se deben tener en cuenta para unificar el Derecho de prescripción (cfrs. arts. 17:102 y 17:105)».

Por el contrario, en dicha reforma y en la materia que nos ocupa, se regula la suspensión, el transcurso de la suspensión (en casos de capacidades no plenas y en casos de herencia, según el § 210) y el nuevo comienzo de la prescripción, siendo a partir de esta reforma la regla general la suspensión, mientras que antes era la interrupción.

En síntesis, el efecto de la suspensión, común a todas sus causas, según el § 209 del BGB es el siguiente: «*El periodo de tiempo durante el cual se suspende la prescripción no se computa en el plazo de la prescripción*».

En el § 204 se recogen catorce casos de suspensión de prescripción por persecución jurídica. Los supuestos regulados en los antiguos §§ 209 y 210 (a excepción del núm. 5 del § 209) como supuestos de interrupción, son ahora casos de suspensión de la prescripción (la interposición de la acción y los otros actos mencionados en el § 209 que se equiparan a ella).

(12) No obstante, el artículo 955 del Código de Comercio sí regula la suspensión de la prescripción del siguiente modo: «*En los casos de guerra, epidemia oficialmente declarada o revolución, el Gobierno podrá, acordándolo el Consejo de Ministros y dando cuenta a las Cortes, suspender la acción de los plazos señalados por este Código para los efectos de las operaciones mercantiles, determinando los puntos o plazas donde estime conveniente la suspensión, cuando ésta no haya de ser general en todo el Reino*». Así, se publicó la Ley de 1 de abril de 1939, que suspendió varios plazos de caducidad y prescripción, tanto adquisitiva como extintiva, con efectos retroactivos al 17 de julio de 1936.

(13) Klaus Jochen ALBIEZ DOHRMAN, «Un nuevo Derecho de Obligaciones. La reforma 2002 del BGB», en *Anuario de Derecho Civil*, núm. LV-3, julio de 2002.

Para un mayor detalle al respecto, vid. Reinhard ZIMMERMAN, *El nuevo Derecho alemán de Obligaciones*, Editorial Bosch, 2008.

Según el § 204 la suspensión concluye a los seis meses de ser firme el fallo recaído en el procedimiento, o cualquier otra resolución que ponga fin al mismo. Si el procedimiento se paraliza por falta de impulso de las partes, se tendrá en cuenta para su terminación el último acto procesal de las partes, del juzgador o de cualquier otro órgano que se ocupara del procedimiento. La suspensión de la prescripción comienza a transcurrir de nuevo cuando una de las partes impulse el procedimiento.

Mientras que los auténticos casos de interrupción de la prescripción (nuevo comienzo de la prescripción) son de acuerdo con el § 212. 1. Cuando el deudor reconoce su derecho al acreedor mediante pago a cuenta, pago de intereses, prestación de garantía o de cualquier otra forma, o bien, 2. Se inicie o se solicite acto de ejecución por vía judicial o administrativa.

Si bien, el § 212 [2] establece que el nuevo comienzo de la prescripción como consecuencia de un acto de ejecución no se tendrá por efectuado cuando dicho acto sea suspendido a petición del acreedor o por falta de los presupuestos legalmente exigibles.

En los Principios del Derecho Europeo de Contratos (PECL) (14) y en el Marco Común de Referencia (DFCR) (15), también la regla general es la de la suspensión de la prescripción frente a la interrupción de la misma (16).

(14) En los Principios del Derecho europeo de contratos, el esbozo del sistema que realizan LANDO y BEALE (vid. *Principios de Derecho Contractual Europeo. Parte III (Los trabajos de la «Comisión de Derecho Contractual Europeo»*, Edición Ole LANDO y Hugh BEALE. Colegios Notariales de España, 2007. Edición española, pág. 257), es el siguiente:

«Los ordenamientos civilistas tradicionales distinguen entre la “interrupción” y la “suspensión” del periodo de prescripción. En los casos de interrupción, el tiempo transcurrido anteriormente no se tiene en cuenta: es decir, el tiempo de prescripción comienza de nuevo tras cada interrupción. En cambio, en los supuestos de suspensión, los periodos durante los que haya quedado en suspenso la prescripción no se computarán al calcular el tiempo total de prescripción, de modo que al terminar la causa de suspensión el antiguo plazo ya en marcha continúa su transcurso (salvo que el plazo de prescripción no hubiera comenzado, en cuyo caso sólo empieza a contar en el momento en que cesa el motivo de suspensión). Puede decirse, así, que la suspensión viene a ampliar el plazo de prescripción. Otro mecanismo que amplía el plazo de prescripción es el aplazamiento de su cese o expiración. En este caso, el plazo de prescripción inicia su transcurso, pero sólo concluye tras la expiración de un cierto tiempo añadido al plazo inicial. Los presentes Principios manejan las tres figuras, pero no utilizan el término “interrupción”, que puede llevar a confusión. En su lugar, los Principios utilizan el término “reinicio” (*renewal*) para referirse a aquellos supuestos en que empieza a computarse un nuevo periodo por haber ocurrido algún hecho o acontecimiento que así lo aconseje. De este modo, podríamos presentar aquí el siguiente esquema de las secciones 3 y 4: el periodo o plazo de prescripción puede: (i) ampliarse (sección 3) o (ii) reiniciarse, de modo que comienza a transcurrir un nuevo plazo (sección 4). La ampliación puede tener lugar por vía de: a) suspensión del transcurso del plazo (arts. 14:301-14:303), o b) aplazamiento del momento de su expiración (arts. 14:304-14:306). Deberá tenerse en cuenta que el transcurso de un plazo de prescripción puede suspenderse tanto si ha comenzado como si no. Y el reinicio puede originarse por un reconocimiento del deudor (art. 14:401) o, en el caso del plazo decenal, porque el acreedor haya tratado de proceder a la ejecución (art. 14:402)».

(15) *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DFCR)*. Outline Edition. Sellier. European law publishers, München, 2009.

(16) Vid. un estudio más detallado el realizado por Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO y Henar ÁLVAREZ ÁLVAREZ, «La prescripción en los PECL y en el DFCR», en *Indret*, julio de 2009.

De esta forma, los PECL prevén como casos de suspensión los siguientes:

- (i) En el supuesto en que el acreedor ignore o no pudiera conocer de manera razonable: *a)* la identidad del deudor, o *b)* los hechos que hayan dado lugar al nacimiento del crédito, incluyendo, en el caso de una indemnización por daños y perjuicios, el tipo de daño causado (art. 14:301 de los PECL, y el mismo sentido el III-7:301 del DCFR).
- (ii) En el caso en que el acreedor haya comenzado un procedimiento judicial o extrajudicial para la reclamación de su crédito, manteniéndose la suspensión hasta la terminación del proceso por sentencia, o por otro modo (ejemplo, Desistimiento), (art. 14:302 de los PECL, aunque el III-7:302 también considera casos de suspensión los supuestos de mediación y aquellos otros en los que se acuda al arbitrio de un tercero, incluyendo también como novedad que cuando el procedimiento haya finalizado sin resolución sobre el fondo en los últimos seis meses del plazo de prescripción, se otorga al acreedor un plazo adicional de seis meses desde la finalización del proceso).

El reinicio del plazo (interrupción de la prescripción) es tratado en los PECL del siguiente modo: (i) Sólo cabe el reinicio del plazo en los supuestos de reconocimiento de la deuda por el deudor (art. 14:401 de los PECL y III-7:401), y (ii) cuando el acreedor haya intentado obtener el cumplimiento por la vía ejecutiva (art. 14:402 de los PECL y III-7:402).

Por último, el aplazamiento del momento de expiración o vencimiento diferido, tiene lugar: (i) en el caso en que las partes se encuentran negociando en torno a la pretensión o en torno a circunstancias que podrían dar lugar al nacimiento de una pretensión, el plazo de prescripción no vencerá hasta que no haya transcurrido un año desde la última comunicación hecha a lo largo de las negociaciones (art. 14:304 de los PECL); en los casos de incapacidad cuando no existe representación (art. 14:305 de los PECL y III-7:205 del DCFR), donde el plazo de prescripción de las acciones a favor o en contra de dicha persona no se agotará hasta que haya transcurrido un año desde que desaparezca su incapacidad o desde que se le hubiese designado un representante. En este caso, el plazo de prescripción de las acciones entre una persona declarada incapaz y su representante no expira hasta que haya transcurrido un año desde que desapareciera esa incapacidad o desde que se hubiera designado un nuevo representante; (ii) en el caso de fallecimiento del acreedor o del deudor, donde el plazo de prescripción de un crédito a favor o en perjuicio de la masa de la herencia no se extinguirá hasta que haya transcurrido un año desde que pudiera ejecutarse dicho crédito a favor o en contra de un heredero o a favor o en contra de un representante de la masa.

En los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (2004), el artículo 10.4 regula el nuevo periodo de prescripción por reconocimiento al expresar que cuando el deudor reconoce el derecho del acreedor antes del vencimiento del periodo ordinario de prescripción, comienza a correr un nuevo periodo ordinario de prescripción al día siguiente del reconocimiento.

Por su lado, el artículo 10.5 de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, regula la suspensión por procedimiento judicial del siguiente modo: 1.*a*) cuando al iniciar un procedimiento judicial, o en el procedimiento judicial ya iniciado, el acreedor realiza cualquier acto que es reconocido por el derecho del foro como ejercicio del derecho del

acreedor contra el deudor; b) en caso de insolvencia del deudor, cuando el acreedor ejerce sus derechos en los procedimientos de insolvencia; c) en el caso de procedimientos para disolver la entidad deudora, cuando el acreedor ejerce sus derechos en los procedimientos de disolución. 2. La suspensión dura hasta que se haya dictado una sentencia definitiva o hasta que el procedimiento concluya de otro modo. Ampliándose por el artículo 10.6 la suspensión a los supuestos de inicio de un procedimiento arbitral.

Además, el artículo 10.8 de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales regula también la suspensión en los casos de fuerza mayor, muerte o incapacidad, con el siguiente tenor: 1. Cuando el acreedor no ha podido detener el decurso del periodo de prescripción según los artículos precedentes debido a un impedimento fuera de su control y que no podía ni evitar ni superar, el periodo ordinario de prescripción se suspende de modo que no expire antes de un año después que el impedimento haya dejado de existir. 2. Cuando el impedimento consiste en la incapacidad o muerte del acreedor o del deudor, la suspensión cesa cuando se designe un representante para el incapacitado, el difunto o su herencia, o cuando un sucesor haya heredado la parte que le corresponde. En este caso se aplica el periodo suplementario de un año, conforme al parágrafo 1.

Por último, la Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías (CNDUMI), de 14 de junio de 1974 (aunque no en vigor para España), recoge como regla general en el artículo 13 que el plazo de prescripción dejará de correr cuando el acreedor realice un acto que la ley del tribunal donde sea incoado el procedimiento considere como iniciación de un procedimiento judicial contra el deudor o como demanda entablada dentro de un proceso ya iniciado contra este último, con la intención del acreedor de solicitar la satisfacción o el reconocimiento de su derecho. Aplicando igualmente dicha regla en lo concerniente al cese del cómputo del plazo prescriptivo a los supuestos de inicio de un procedimiento arbitral.

No obstante, en su artículo 17 la Convención citada establece que iniciado un procedimiento antes de la expiración del plazo de prescripción, se considerará que éste ha seguido corriendo si el procedimiento termina sin que haya recaído una decisión sobre el fondo del asunto, aunque cuando, al término de dicho procedimiento, el plazo de prescripción ya hubiera expirado o faltara menos de un año para que expirase, el acreedor tendrá derecho a un plazo de un año contado a partir de la conclusión del procedimiento.

Tras este breve excurso comparatista podemos observar como la regla general en el caso que nos ocupa, es decir, el efecto sobre la prescripción de una sentencia que no ha entrado a valorar o enjuiciar el fondo del asunto es el de la suspensión del plazo de prescripción. De esta forma y como hemos tenido oportunidad de comprobar las soluciones que ofrece en la actualidad nuestro Ordenamiento Jurídico, bien la interrupción de la prescripción para el caso de las obligaciones civiles, bien la falta de interrupción de la prescripción para el supuesto de las obligaciones mercantiles, son ajenas a la realidad jurídico comparada.

De hecho, coincidimos con LANDO y BEALE (17) en la solución ofrecida por los PECL (art. 14:302) —como también hace el BGB— cuando entre las posibles opciones, los autores del texto armonizador optaron por la suspensión del plazo de prescripción mientras dure el procedimiento judicial para estos su-

(17) Vid., *op. cit.*, pág. 266.

puestos en que el proceso ha finalizado sin una sentencia que se haya pronunciado sobre el fondo (v.gr., desistimiento o caducidad en la instancia), ya que, «en realidad, incluso las demandas que se desestiman sin entrar en el fondo del asunto (por falta de competencia jurisdiccional o por tratarse de una demanda defectuosa) deben tener algún efecto respecto al transcurso del plazo de prescripción, porque: *a)* el acreedor no siempre puede resolver o evitar el defecto; *b)* no sería factible la posibilidad de investigar, en cada caso, si puede culparse al acreedor por iniciar ese juicio, y *c)* después de todo, el acreedor ha manifestado su voluntad de reclamar el crédito».

No obstante, no puede obviarse que las anteriores justificaciones parecen, en un primer momento, que pueden ser más válidas para los supuestos mencionados por dichos autores (falta de competencia jurisdiccional o supuesto de demanda defectuosa) que para el caso del desistimiento, donde el actor ha ejercido un derecho de disposición sobre el objeto del proceso, o bien, para el supuesto de la caducidad en la instancia, donde el actor ha dejado de realizar el consabido impulso procesal al procedimiento en cuestión.

Pese a ello, la solución contraria que adopta nuestro Ordenamiento Civil, en cuanto a la interrupción del plazo prescriptivo, resulta más gravosa para el deudor en estos casos mencionados, mientras que la solución también contraria que es la adoptada por nuestro Ordenamiento Mercantil, consistente en no considerar interrumpido el plazo prescriptivo, se nos antoja demasiado gravosa para un acreedor que pese a la manifestación de su actitud que ha desembocado en las situaciones anteriores, no es menos cierto que si interpuesta la acción judicial, el plazo prescriptivo se interrumpe *ab initio*, o bien se suspende, no debería mantenerse una negación de efectos al ejercicio judicial realizado por el acreedor, puesto que, en definitiva, el acreedor ha realizado también una reclamación judicial de su crédito, sin que dicha actitud, que ha supuesto la finalización del proceso por dichos motivos, debiera entenderse como un acto de renuncia a la prescripción, puesto que no ha sido esa su voluntad expresa tendente al efecto.

RESUMEN

DERECHO DE PRESCRIPCIÓN

En la sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de octubre de 2009, se enjuicia la vigencia del artículo 944.2 del Código de Comercio, en cuanto a la falta de interrupción de la prescripción en supuestos como la caducidad en la instancia o el desistimiento del actor, lo que supone la conveniencia de realizar una reflexión sobre los trabajos existentes en cuanto a la reforma del Derecho de Prescripción, a la luz de los ya realizados en países como Alemania, así como al amparo de los textos armonizadores del Derecho Privado europeo.

ABSTRACT

RIGHT OF PRESCRIPTION

The Spanish Supreme Court's ruling of 8 October 2009 passes judgment on the validity of section 944.2 of the Code of Commerce as regards failure to interrupt prescription in events such as petition expiration and abandonment by the plaintiff. It would be advisable to reflect upon the existing papers on the reform of the right of prescription in the light of the papers already put out in countries such as Germany and moreover under the texts that harmonise European private law.

3. URBANISMO

LA CALIFICACIÓN REGISTRAL DE ACTOS DE EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO

por

GABRIEL SORIA MARTÍNEZ

Abogado

SUMARIO: I. ANTECEDENTES DE LA RESOLUCIÓN.—II. EL ALCANCE DEL PRINCIPIO DE CALIFICACIÓN REGISTRAL EN LOS ACTOS DE NATURALEZA URBANÍSTICA.—III. LA INTERACCIÓN DE LA NORMATIVA SECTORIAL Y EL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO Y SU INTEGRACIÓN EN EL BLOQUE DE LA LEGALIDAD.—IV. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA COMO EXPRESIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL DEBER CONSTITUCIONAL DE INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD.—V. LA IMPOSIBILIDAD DE ACCESO AL REGISTRO DE LA REPARCELACIÓN POR CONSTITUIR UN ACTO MANIFIESTAMENTE NULO.

El pasado 19 de mayo de 2010, la Dirección General de los Registros y del Notariado, tuvo ocasión de pronunciarse acerca de la imposibilidad de inscribir una reparcelación contraria con el Planeamiento General y con el régimen legal por afectar a suelo no urbanizable, a pesar de que, según parece, se adaptaría al Plan Parcial correspondiente.

La citada Resolución confirma la decisión del Registrador, invocando la prevalencia del Plan de Vigilancia Radiológica del Plan de Ordenación Territorial del Levante Almeriense y el Plan General correspondiente sobre la reparcelación y el Plan Parcial que ejecuta, por aplicación del Principio de Jerarquía Normativa.

A continuación examinaremos las cuestiones que suscitan el título presentado, la negativa del Registrador competente y la normativa urbanística y sectorial en que se basa, así como el recurso gubernativo y, finalmente, la Resolución dictada.

I. ANTECEDENTES DE LA RESOLUCIÓN

Presentada la oportuna Certificación administrativa del Acuerdo de aprobación definitiva de un Proyecto de Reparcelación, el Registrador titular competente lo calificó negativamente en virtud de diversas deficiencias. Entre todas ellas destacaba, por su carácter insubsanable y por su originalidad, la que se comenta en el presente artículo y que se identifica en la nota de calificación de la manera siguiente:

«Por último, el Plan de Ordenación del Territorio Levante Almeriense (en adelante, POTALA) señala que “en octubre de 2001, el Ciemat comunicó al Consejo de Seguridad Nuclear que el inventario radiológico de los terrenos afectados por el accidente aéreo del 17 de enero de 1966 era significativamente superior que

el estimado previamente y que los cambios que se estaban produciendo en el uso del suelo podían incrementar el riesgo radiológico de parte de la población, debido a un incremento en la incorporación de actividad por inhalación... el presente plan tiene en cuenta las zonificaciones establecidas por el Plan de Investigación Energética y Medioambiental del CIEMAT para estos ámbitos"; que como consecuencia de ello, el artículo 79 del POTALA, relativo a los riesgos catastróficos en su punto tercero señala que "en la zona afectada por el accidente nuclear de 1966 se establecerán las restricciones de uso establecidas por el Plan de investigación energética y medioambiental del CIEMAT, de manera que el planeamiento urbanístico clasificará como suelo no urbanizable de especial protección por contaminación radiológica, los terrenos afectados residualmente por contaminación hasta la recuperación ambiental de los mismos que se delimitan en el Plano de Protección y Mejora de los Recursos Naturales y Riesgos"; que el mismo POTALA aporta planos indicativos de cuál es el área de especial protección por los motivos citados y que la misma coincide parcialmente con la Unidad de Ejecución del Plan de Reparcelación objeto de esta calificación; que el POTALA señala en su artículo 1.2 que tiene por objeto "establecer los elementos básicos para la organización y estructura del territorio de su ámbito y ser el marco de referencia territorial para el desarrollo y coordinación de las políticas, planes, programas y proyectos de las Administraciones y Entidades Públicas, así como para las actividades de los particulares"; que el artículo 79, párrafo tercero precitado, tiene el carácter de "directriz" y que de conformidad con el artículo 3 del mismo POTALA supone que se trata de una determinación vinculante en cuanto a sus fines. Sigue la norma diciendo que "con sujeción a ellas, los órganos competentes de las Administraciones Públicas a quienes corresponda su aplicación establecerán las medidas concretas para la consecución de dichos fines..."; que, en consecuencia, debe denegarse la práctica de la inscripción solicitada por hallarse la Unidad de Ejecución Urbanística en un área considerada como suelo no urbanizable de especial protección por contaminación radiológica, siendo este defecto el único insubsanable de todos los expuestos. Resolución.—Ha decidido denegar la inscripción solicitada por las citadas faltas subsanables (1 a 9) e insubsanables (10). Contra esta calificación (...) Cuevas del Almanzora, a nueve de octubre de dos mil nueve. El Registrador».

Las alegaciones de la mercantil que interpone el recurso gubernativo, en lo que se refiere a este punto de la Nota de calificación, se resumen en la Resolución diciendo que:

«En cuanto al defecto número 10, la calificación del Registrador manifiesta que si bien es cierto que el Plan de Ordenación del territorio del Levante Almeriense (POTALA), aprobado por Decreto 26/2009 de la Junta de Andalucía, contempla un área de especial protección por contaminación radiológica que coincide parcialmente con la unidad de ejecución y que está calificado como suelo no urbanizable, el Registrador se excede en su calificación pues tal calificación, según el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, debe limitarse a lo que surja de los documentos presentados y de los asientos del Registro, siendo el artículo 79 del POTALA, no una norma de aplicación directa, sino una directriz, correspondiendo su aplicación solamente a los órganos competentes de las Administraciones Públicas a quienes corresponde su aplicación y no a los particulares. Por otro lado, el Plan Parcial aplicable, que permite una actuación como la presente, fue aprobado por el Pleno de Cuevas del Almanzora y publicado en el Boletín Oficial de la Provincia, por lo que está plenamente vigente, siendo su aplicación preferente al Plan General».

Elevado a la Dirección General el recurso, limitado al defecto que se comenta por revocación del resto del propio Registrador, se dictó la Resolución de 19 de mayo en la que se sienta la siguiente doctrina:

«Vistos los artículos 1 y 18 de la Ley Hipotecaria; 21.3 de la Ley 1/1994, de Ordenación del Territorio de Andalucía; 130 de la Ley 62/2003, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social; 70 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local; 41 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, y 79 del Plan de Ordenación del Territorio del Levante Almeriense aprobado por Decreto 26/2009, de 3 de febrero:

1. El único problema que plantea el presente recurso es el de dilucidar si debe inscribirse una reparcelación aprobada por un Ayuntamiento y que está de acuerdo con el Plan Parcial, pero que infringe tanto el Plan General que declara parte del terreno ocupado por la reparcelación como no urbanizable como los Acuerdos del Consejo de Ministros dictados en ejecución del artículo 130 de la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

2. Alega el recurrente que el Registrador se excede en la calificación, ya que tiene en cuenta circunstancias (los condicionamientos urbanísticos) que no constan ni en el título presentado ni en el Registro. Olvida que, según la doctrina más autorizada, calificar es determinar si, conforme a la Ley (y en el concepto de Ley está cualquier norma jurídica aplicable y los Planes de ordenación lo son, y por ello constan publicados en el Boletín Oficial correspondiente), procede o no practicar el asiento sobre el hecho cuya registración se solicita. En otras palabras, calificar supone contrastar si el hecho cuya inscripción se solicita se adecua a la legalidad aplicable y para tal juicio de valor el Registrador cuenta con unos medios que son los documentos presentados y los asientos del Registro, los cuales ha de enjuiciar si se adecúan a la normativa correspondiente, entre la cual, por supuesto, están los Planes de Ordenación. Por todo ello, el Registrador en ningún momento se ha excedido en su función calificadora.

3. Alega el recurrente que la reparcelación que se pretende inscribir está recogida en el Plan Parcial correspondiente y éste debe prevalecer sobre el Plan General, por lo que la reparcelación objeto de este recurso debe ser inscrita.

4. Del principio de jerarquía normativa se deriva con claridad lo siguiente: el artículo 130 de la Ley 62/2003, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social dispone que el Gobierno establecerá un plan de vigilancia radiológica. En desarrollo de esta disposición, y como consecuencia del accidente que tuvo lugar en Palomares en 1966, dos Acuerdos del Consejo de Ministros establecieron que una parte del terreno ocupado por la reparcelación cuya inscripción se pretende es terreno no urbanizable por tener riesgo radiológico. Por tanto, un Acuerdo del Consejo de Ministros que desarrolla una Ley debe prevalecer sobre un Plan Parcial.

El Plan General aplicable (Plan General de Ordenación Urbana de Cuevas del Almanzora) recoge el carácter de no urbanizable de la zona anteriormente expresada, siendo esta caracterización igualmente vinculante (vid. art. 41 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía). Por ello es incorrecto afirmar que el Plan General de Cuevas del Almanzora establece simplemente una directriz que no es norma de aplicación directa “independientemente de las actuaciones que deban llevarse a cabo para la consecución de los objetivos establecidos”, pues, precisamente, y como consecuencia de la aplicación de una ley, una de las actuaciones que corresponde realizar es la de considerar no urbanizable la zona anteriormente

repetida, perteneciente a la reparcelación, como consecuencia del peligro para las personas que podría significar la urbanización antes de que el Estado lleve a cabo la ocupación de dichos terrenos con objeto de realizar las actuaciones de carácter científico que eliminen dicho riesgo.

Frente a ello no puede alegarse una supuesta permisibilidad de un Plan Parcial que ignora las obligaciones que vienen impuestas por una normativa superior, como es la derivada de una Ley.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto».

II. EL ALCANCE DEL PRINCIPIO DE CALIFICACIÓN REGISTRAL EN LOS ACTOS DE NATURALEZA URBANÍSTICA

El artículo 18 de la Ley Hipotecaria establece que: «Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro».

Se ha discutido mucho sobre el alcance de la calificación registral y sus limitaciones que provienen fundamentalmente de las que determina la Ley, pero también de la competencia y función del Registrador, quien no puede sustituir la de los jueces y Tribunales o la de la Administración.

Ahora bien, si incluso en la inscripción de documentos judiciales, el Registrador emite su juicio de calificación, aunque sea limitado por el artículo 100 del Reglamento Hipotecario «a la competencia del Juzgado o Tribunal, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro», con mayor margen somete al juicio de legalidad los actos de la Administración.

En efecto, respecto de los documentos administrativos, como la reparcelación, el artículo 99 del Reglamento Hipotecario determina que la calificación «se extenderá, en todo caso, a la competencia del órgano, a la congruencia de la resolución con la clase de expediente o procedimiento seguido, a las formalidades extrínsecas del documento presentado, a los trámites e incidencias esenciales del procedimiento, a la relación de éste con el titular registral y a los obstáculos que surjan del Registro». Se añade, por lo tanto, frente a los aspectos de control en los documentos judiciales el examen de los trámites e incidencias esenciales del procedimiento y la relación de éste con el titular registral.

En cualquier caso, parece claro que la función de calificación está restringida a lo que se refiere al título, puesto que de la inscripción de éste se trata, y que la confrontación de la legalidad con su contenido no puede suponer una sustitución o enervación de la competencia de su otorgante, en especial, cuando se trata de un órgano judicial o administrativo.

Siguiendo a Jesús REMÓN PENALVER en la obra editada por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Thomson-Civitas, titulada *La Calificación Registral*, página 1268, en relación con la doctrina de la Dirección General sobre la calificación de documentos administrativos, podemos afirmar que son constantes las siguientes consideraciones:

- «a) *No puede accederse a la inscripción si el documento presentado es tan escueto que no permite al Registrador ejercer su potestad planificadora*». La RDGRN de 27 de abril de 1993 (Ar. 3008) responde a ese prin-

cipio: si bien la sola certificación del secretario del Ayuntamiento es título formal suficiente para la inscripción a favor del Ayuntamiento de los terrenos en que se concretan las cesiones obligatorias, no cabe acceder a la inscripción si de dicha certificación no resulta “*el procedimiento para la cesión de viales (...) y si, en su caso, el particular que se sintiera perjudicado había pedido oportunamente la reparcelación de los terrenos*”.

- b) *En la calificación, el Registrador deberá ceñirse a los datos resultantes del título presentado y de los asientos registrales, “sin que pueda tener en cuenta cualquier otro elemento a cuyo conocimiento acceda por vías distintas a las especificadas” (RDGRN de 18 de noviembre de 1986)...*
- c) *La calificación no puede extenderse a los criterios de fondo del acto administrativo...*
- d) *El Registrador debe calificar todos aquellos aspectos que puedan afectar a la validez de los actos dispositivos cuya inscripción se pretende...».*

En definitiva, lo que plantea la Dirección General reiteradamente es que al Registro sólo deben llegar actos plenamente válidos, incluso sin distinguir entre actos nulos o anulables, como recordaba la Resolución de 7 de septiembre de 1992. Lo que no cabe, en ningún caso, por lo tanto, es admitir la inscripción de un título claramente inválido.

En materia urbanística, el artículo 7 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, establece las circunstancias específicas que, aparte de las que consigna la legislación hipotecaria, debe contener el título reparcelatorio. Comienza diciendo en su apartado 1 que debe constar la «*referencia a la unidad de ejecución y a la aprobación definitiva del Plan que se ejecuta y, en su caso, al expediente de delimitación de la propia unidad, con especificación de la fecha de aprobación del proyecto de equidistribución y de su publicación en el Diario Oficial que corresponda*».

En consecuencia, es preciso conocer qué Plan se ejecuta y no es baladí esta información, precisamente porque el Plan es la norma que permite y ordena la reparcelación y define sus límites y condiciones. A su vez, entre las circunstancias de la finca que impone referir en la inscripción el principio de especialidad proclamado en el artículo 8 de la Ley Hipotecaria, de acuerdo con el artículo 9 de la misma, se incluye la naturaleza de la finca y ésta, en cuanto a su carácter rústico o urbano depende del Planeamiento Urbanístico. En concreto, en lo que interesa al presente comentario, la clasificación de la que resulta la naturaleza, es una determinación del Planeamiento General, impropia de la ordenación pormenorizada. Tratándose de Andalucía, cabe citar los artículos 10 y 44 a 47 de la Ley de Ordenación Urbanística, pero en cualquier Comunidad Autónoma existe igual atribución. Es más, la clasificación puede estar predeterminada legalmente si se dan ciertas circunstancias, sin que pueda la Administración ejercer en esos casos el denominado *ius variandi* o discrecionalidad técnica incluso cuando redacta y aprueba el Planeamiento General, por resultar la clasificación en esos supuestos un acto de naturaleza reglada.

Así, por ejemplo, el artículo 12 del Texto Refundido de la Ley de Suelo Estatal establece que existen dos situaciones básicas del suelo, con independencia de la clasificación que defina la legislación urbanística autonómica, imponiendo, en concreto, en relación con el suelo que se considera digno de protección, lo siguiente:

- «1. Todo el suelo se encuentra, a los efectos de esta Ley, en una de las situaciones básicas de suelo rural o de suelo urbanizado.
2. Está en la situación de suelo rural:
 - a) *En todo caso, el suelo preservado por la ordenación territorial y urbanística de su transformación mediante la urbanización, que deberá incluir, como mínimo, los terrenos excluidos de dicha transformación por la legislación de protección o policía del dominio público, de la naturaleza o del patrimonio cultural, los que deban quedar sujetos a tal protección conforme a la ordenación territorial y urbanística por los valores en ellos concurrentes, incluso los ecológicos, agrícolas, ganaderos, forestales y paisajísticos, así como aquéllos con riesgos naturales o tecnológicos, incluidos los de inundación o de otros accidentes graves, y cuantos otros prevea la legislación de ordenación territorial o urbanística».*

El Registrador puede entonces, en la comprobación de la legalidad del contenido del acto, encontrarse con acuerdos, como el que resuelve la Resolución de la DGRN, de 19 de mayo de 2010 que, aunque se acomoden al Plan urbanístico, resultan claramente contrarios a la Ley o a una norma de rango superior. Sucede en estos casos que el contraste del acto con el bloque de legalidad no admite el reconocimiento de validez y, ante esta evidencia, el Registrador está abocado a denegar la inscripción, tal y como viene reconociendo constantemente la Dirección General.

III. LA INTERACCIÓN DE LA NORMATIVA SECTORIAL Y EL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO Y SU INTEGRACIÓN EN EL BLOQUE DE LA LEGALIDAD

La Resolución confirma la posición del Registrador competente, por la que se defiende la denegación basada en la contradicción del título con la clasificación del suelo y las limitaciones que el Plan de Vigilancia Radiológica y el Plan General establecen. El urbanismo es una materia que afecta a derechos e intereses jurídicos protegibles de muy distinta naturaleza y en los que recaen normas de diverso contenido y objeto. A su vez, el propio *corpus normativo* urbanístico obedece a una lógica interna organizada de acuerdo con los principios generales del Derecho, incluidos los de legalidad y jerarquía normativa a los que alude la Resolución que comentamos. En definitiva, si del expediente, como recoge la Resolución, de los datos del Registro o de la Ley resulta que el procedimiento de adopción del acuerdo es inadecuado, aunque sea por razón del contenido del acto, en relación con la normativa vinculante, la calificación sólo puede ser negativa. La Resolución de la Dirección General, de 16 de octubre de 1992, por ejemplo, aunque reconocía que el Registrador no podía valorar el fondo de la decisión de un Municipio de designar un recaudador de la contribución, sí podía analizar la competencia del órgano que había decidido tal designación y, en aquel caso, resultaba que el órgano no era competente para ello. Lo mismo sucede en el Urbanismo cuando se comprueba con certeza que el procedimiento, el instrumento o el órgano son inadecuados para la adopción del acuerdo origen del título presentado.

En ese sentido, no se puede ignorar que la ordenación del territorio y la legislación sectorial imponen determinaciones concretas al Planeamiento,

que éste debe recoger necesariamente. Son testimonios habituales los de la legislación de Puertos, Carreteras, Sector Eléctrico, etc., en cuanto obligan a recoger en el Planeamiento la calificación del suelo afectado por las infraestructuras correspondientes como sistema general (por ejemplo, así lo supone, el art. 18 de la Ley de Puertos). La normativa de la legislación sectorial, que ordena la adaptación del Planeamiento a sus determinaciones, es de obligado cumplimiento, y la inadaptación del Plan no elude la aplicación de la Ley sectorial. Así las cosas, si el Proyecto de una autopista está aprobado y en el procedimiento se ha verificado la tramitación a la que se refiere la legislación de carreteras o la Disposición Adicional décima del Texto Refundido de la Ley de Suelo, la adaptación del Plan es obligada para el Ayuntamiento respectivo.

En consecuencia, cuando el Plan de Vigilancia Radiológica se aprueba y entra en vigor, despliega los efectos previstos en el artículo 130 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, que lo creó y que, conforme al apartado 2 de dicho artículo supone la declaración de interés general de las actuaciones comprendidas en el plan y la implícita declaración de utilidad pública y urgente ocupación a los efectos previstos en los artículos 9, 10, 11 y 52 de la Ley de Expropiación Forzosa.

Si en el expediente consta, como afirma la Resolución de 19 de mayo de 2010, la comunicación del CIEMAT y de la Consejería de Vivienda y Ordenación del Territorio y la existencia de un Plan de Ordenación Territorial del Levante Almeriense adaptado al Plan de Vigilancia Radiológica, que ordena en su artículo 79 la clasificación como no urbanizable protegido del suelo cuya reparcelación se pretende inscribir, clasificación que ya recoge, en adecuada coordinación el Plan General, es evidente que la aprobación de un Plan Parcial, cuyo objeto nunca es definir la clasificación del suelo, no es soporte normativo suficiente para la validez de la reparcelación.

IV. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA COMO EXPRESIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL DEBER CONSTITUCIONAL DE INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD

En el apartado anterior hemos afirmado que el Plan Parcial no es soporte normativo suficiente para otorgar la necesaria validez al título reparcelatorio, pero esta afirmación requiere recordar que, tal y como afirma la Resolución que comentamos, en materia urbanística, como en el resto de las áreas del derecho son de aplicación tanto el Principio de Jerarquía Normativa como el de Legalidad, que impiden que una norma pueda extralimitarse imponiendo obligaciones o declarando derechos que están reservados a otra especial o de rango superior o en contradicción con normas superiores. Como dijera la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 24 de abril de 1989 (Ar. 3226): *«los planes urbanísticos tienen el carácter de auténticas normas jurídicas, de normas reglamentarias en cuanto subordinadas a la Ley de la que traen causa, las cuales se integran en el ordenamiento de acuerdo con criterios jerárquicos en razón de su funcionalidad y ámbito territorial respectivo, de forma tal que el anterior no puede conculcar aquél del que trae causa»*.

Ni el Plan Parcial es instrumento adecuado para clasificar el suelo, como hemos visto, puesto que los artículos 10 y 44 a 47 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía lo prohíben (este hecho sería suficiente para invalidar la reparcelación), ni desde luego, podrá establecer determinaciones en

contradicción con el Planeamiento general o territorial porque la Ley establece el Principio de Jerarquía Normativa y la norma superior prevalece sobre la de inferior rango, resultando inválidas las determinaciones que contradigan aquélla, salvo que la Ley específicamente admita la modificación de las determinaciones en casos especiales, por razón de la materia o contenido específico de que se trate. Así el artículo 13.1.b) de la Ley de Ordenación de Andalucía, aplicable al caso, establece que los Planes Parciales tienen por objeto «la modificación para su mejora de la ordenación pormenorizada establecida con carácter potestativo por el Plan General de Ordenación Urbanística», pero siempre «con respeto de la ordenación estructural y de conformidad con los criterios y las directrices que establezca dicho Plan». Es decir, pueden incluso variar la ordenación pormenorizada, pero nunca la estructurante, por ejemplo, la clasificación.

De hecho, de conformidad con el artículo 9.3 de la Constitución, el artículo 7 de la citada Ley viene a proclamar el principio de jerarquía normativa en materia de planeamiento cuando, con carácter general, señala que los distintos instrumentos de planeamiento establecen la ordenación urbanística «en el marco de esta Ley y de las normas reglamentarias generales que la misma remite y de las dictadas en su desarrollo, así como de las determinaciones de los Planes de Ordenación del Territorio en los términos dispuestos por la Ley 1/1994, de 11 de enero, de Ordenación del Territorio». El Plan de Ordenación del Territorio del Levante Almeriense constituye así el marco ineludible en el que se pueden desenvolver los diferentes Planes, incluido, por supuesto, el Plan Parcial, aunque en el caso que comentamos, además, se contravenía la ordenación estructurante del Plan General.

V. LA IMPOSIBILIDAD DE ACCESO AL REGISTRO DE LA REPARCELACIÓN POR CONSTITUIR UN ACTO MANIFIESTAMENTE NULO

A la vista de la contradicción entre el título y la normativa que debía sustentarlo, resulta evidente su nulidad, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo expuesta, por ejemplo, en sentencias de 28 de julio de 1986 (Ar. 6895) y 23 de mayo de 1995 (Ar. 3808). La primera de ellas declaraba con toda nitidez:

«...resulta obvio que el proyecto de reparcelación que pudiera redactarse en base a un Plan Parcial no conforme el General daría lugar a unas infracciones de carácter urbanístico patentes, por la necesaria adecuación de toda normativa urbanística a la de superior rango jerárquico...».

La segunda declaraba la nulidad de un Estudio de Detalle que pretendía la configuración de un nuevo vial contra lo dispuesto en el Reglamento de Planeamiento entonces aplicable y, por ende, la de la reparcelación aprobada a su amparo.

Como se ve, la Resolución de 19 de mayo de 2010, aunque pueda sorprender en una primera aproximación, puesto que profundiza en el contenido del título más allá de lo habitual, es irreprochable y no hace sino aplicar correctamente el derecho evitando una gravísima irregularidad que quebraría la seguridad jurídica de los terceros hipotecarios, último fundamento del sistema registral, quienes, ignorantes de la absoluta nulidad del título en el que pretenderían fundar su derecho, podrían verse gravemente perjudicados por una

eventual inscripción, que habría sido causa esencial de su error. En este sentido debe recordarse que, además el artículo 26 de la Ley de la Jurisdicción admite la impugnación indirecta de los Planes con motivo de los recursos contra los actos de aplicación, por lo que, aún inscrita la reparcelación, las licencias estarían sometidas a ese régimen que provocaría su anulación.

Es más, los actos de construcción podrían constituir un delito de acuerdo con el Código Penal, al tratarse de edificaciones en suelo no urbanizable protegido con riesgo de emisiones radioactivas, según resulta de sus artículos 319 a 345.

RESUMEN

JERARQUÍA NORMATIVA PRINCIPIO DE CALIFICACIÓN

Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 19 de mayo de 2010 (BOE, núm. 162, de 5 de julio de 2010), relativa a la denegación de inscripción de una reparcelación urbanística sobre suelo no urbanizable a pesar de ser conforme con el plan parcial correspondiente.

ABSTRACT

LEGISLATIVE HIERARCHY RULE OF SCRUTINY

Commentary on the Decision of the Spanish Directorate-General of Registries and Notarial Affairs of 19 May 2010 (BOE, No. 162, 5 July 2010) concerning a refusal to register a plot redivision for development on non-developable land, despite the fact that the plot redivision was in accordance with the appropriate city planning document.

ACTUALIDAD JURÍDICA

I. Información legislativa

NORMAS ESTATALES

CORTES GENERALES

— Resolución de 21-7-2010. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 11/2010, de 9-7-2010, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorro.

— Reforma del Reglamento del Senado sobre el uso de las lenguas oficiales en las Comunidades Autónomas en la actividad de la cámara.

JEFATURA DEL ESTADO

— Ley Orgánica 6/2010. 27-7-2010. Complementaria de la Ley 31/2010, de 27-7-2010, sobre simplificación del intercambio de información e inteligencia entre los servicios de seguridad de los Estados miembros de la UE, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1-7-1985, del Poder Judicial.

— Ley 12/2010. 30-6-2010. Modifica la Ley 19/1988, de 12-7-1988, de Auditoría de Cuentas; la Ley 24/1988, de 28-7-1988, del Mercado de Valores, y el TR de la LSA aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22-12-1989, para su adaptación a la normativa comunitaria.

— Ley 13/2010. 5-7-2010. Modifica la Ley 1/2005, de 9-3-2005, por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, para perfeccionar y ampliar el régimen general de comercio de derechos de emisión e incluir la aviación en el mismo.

— Ley 14/2010. 5-7-2010. Infraestructuras y los servicios de información geográfica en España.

— Ley 15/2010. 5-7-2010. Modificación de la Ley 3/2004, de 29-12-2010, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

— Ley 16/2010. 16-7-2010. Régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de Cataluña y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión.

— Ley 17/2010. 16-7-2010. Régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de Galicia y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión.

— Ley 18/2010. 16-7-2010. Régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión.

— Ley 19/2010. 16-7-2010. Régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión.

— Ley 20/2010. 16-7-2010. Régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de Cantabria y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión.

— Ley 21/2010. 16-7-2010. Régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de La Rioja y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión.

— Ley 22/2010. 16-7-2010. Régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión.

— Ley 23/2010. 16-7-2010. Régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Valenciana y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión.

— Ley 24/2010. 16-7-2010. Régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de Aragón y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión.

— Ley 25/2010. 16-7-2010. Régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión.

— Ley 26/2010. 16-7-2010. Régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de Canarias y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión.

— Ley 27/2010. 16-7-2010. Régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de Extremadura y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión.

— Ley 28/2010. 16-7-2010. Régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de las Illes Balears y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión.

— Ley 29/2010. 16-7-2010. Régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad de Madrid y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión.

— Ley 30/2010. 16-7-2010. Régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad de Castilla y León y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión.

— Ley 31/2010. 27-7-2010. Simplificación del intercambio de información e inteligencia entre los servicios de seguridad de los Estados miembros de la UE.

— Ley 32/2010. 5-8-2010. Establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos.

— Ley 33/2010. 5-8-2010. Modificación de la Ley 48/2003, de 26-11-2003, de régimen económico y de prestación de servicios en los puertos de interés general.

— Ley 34/2010. 5-8-2010. Modificación de las Leyes 30/2007, de 30-10-2007, de Contratos del Sector Público; 31/2007, de 30-10-2007, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13-7-1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras.

— Real Decreto-ley 11/2010. 9-7-2010. Órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros.

— Real Decreto-ley 12/2010. 20-8-2010. Prorroga el programa temporal de protección por desempleo e inserción, regulado en la Ley 14/2009, de 11-11-2009.

— Instrumento de ratificación del Convenio penal sobre la corrupción (Convenio núm. 173 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 27-1-1999.

— Instrumento de ratificación del protocolo sobre evaluación ambiental estratégica al Convenio sobre la evaluación del impacto en el medio ambiente en un contexto transfronterizo, hecho en Kiev el 21-5-2003.

PRESIDENCIA DEL GOBIERNO

— Real Decreto 929/2010. 23-7-2010. Modifica el Real Decreto 542/2009, de 7-4-2009, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales.

— Real Decreto 999/2010. 5-8-2010. Modifica el Real Decreto 434/1988, de 6-5-1988, sobre reestructuración de la Casa de Su Majestad el Rey.

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

— Real Decreto Legislativo 1/2010. 2-7-2010. Aprueba el TR de la Ley de Sociedades de Capital.

— Real Decreto 868/2010. 2-7-2010. Crea el Observatorio del Empleo Público.

— Real Decreto 869/2010. 2-7-2010. Modifica el Real Decreto 495/2010, de 30-4-2010, por el que se aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

— Real Decreto 921/2010. 16-7-2010. Modifica el Estatuto del Real Patronato sobre Discapacidad aprobado por el Real Decreto 946/2001, de 3-8-2001, para regular el Centro de Normalización Lingüística de la Lengua de Signos Española.

— Real Decreto 940/2010. 23-7-2010. Modifica el Real Decreto 495/2010, de 30-4-2010, por el que se aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

— Real Decreto 941/2010. 23-7-2010. Modifica el Estatuto de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo aprobado por el Real Decreto 1403/2007, de 26-10-2007.

— Real Decreto 942/2010. 23-7-2010. Reestructuración de diversas Áreas funcionales integradas en las Delegaciones del Gobierno.

— Orden 1814/2010. 2-7-2010. Modifica la Orden 3581/2007, de 10-12-2007, por la que se establecen los departamentos de la Agencia Estatal de Administración Tributaria y se les atribuyen funciones y competencias.

— Corrección de errores. Real Decreto 716/2009. 24-4-2009. Desarrollo determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25-3-2009, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero.

— Corrección de errores. Real Decreto 170/2010. 19-2-2010. Aprueba el Reglamento de centros de reconocimiento destinados a verificar las aptitudes psicofísicas de los conductores.

MINISTERIO DE JUSTICIA

— Real Decreto 819/2010. 2-6-2010 y Corrección de errores. Crean y constituyen 132 juzgados, se constituyen dos juzgados y se crean 16 plazas de Magistrado en TT.SS.JJ. y AA.PP. correspondientes a la programación del año 2010 y 50 plazas de adscripción territorial.

— Resolución de 30-6-2010. Anuncia Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, vacantes, para su provisión en concurso ordinario número 280.

— Resolución de 13-7-2010. Convoca concurso para la provisión de Notarías vacantes.

— Resolución de 22-7-2010. Aprueba la lista provisional de solicitantes admitidos y excluidos a las oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

— Resolución de 28-7-2010. Resuelve el concurso entre miembros del Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, constituido por Orden 1150/2010, de 26-4-2010, convocado por Resolución de 21-6-2010, y se dispone su comunicación a las Comunidades Autónomas para que se proceda a los nombramientos.

— Resolución de 23-8-2010. Eleva a definitiva la lista provisional de solicitantes admitidos y excluidos a las oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, se corrigen errores y se señala lugar y fecha del sorteo.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA

— Real Decreto 897/2010. 9-7-2010. Modifica el Reglamento del IS, aprobado por el Real Decreto 1777/2004, de 30-7-2004, en materia de las obligaciones de documentación de las operaciones vinculadas.

— Real Decreto 1000/2010. 5-8-2010. Sobre visado colegial obligatorio.

— Orden 1803/2010. 5-7-2010. Establece obligaciones en cuanto a la remisión por medios electrónicos de la documentación estadístico-contable de las entidades aseguradoras y de las entidades gestoras de fondos de pensiones y por la que se modifica la Orden 1928/2009, de 10-7-2009, por la que se aprueban los modelos de la documentación estadística-contable anual, trimestral y consolidada a remitir por las entidades aseguradoras, y por la que se modifica la Orden 339/2007, de 16-2-2007, por la que se desarrollan determinados preceptos de la normativa reguladora de los seguros privados.

— Orden 1813/2010. 23-6-2010. Modifica la Orden 2-6-1994, por la que se desarrolla la estructura de la AEAT.

— Orden 2043/2010. 22-7-2010. Regula el procedimiento de remisión de las cuentas anuales y demás información que las entidades del sector público empresarial y fundacional del Estado han de rendir al Tribunal de Cuentas, y de la información de carácter anual y trimestral a remitir a la Intervención General de la Administración del Estado.

— Orden 2264/2010. 20-7-2010. Dicta normas e instrucciones técnicas para la formación del censo electoral de residentes en España que sean nacionales de países con Acuerdos para las elecciones municipales.

— Resolución de 1-7-2010. Aprueba el modelo 522: «Parte trimestral de productos a que se refiere el artículo 108.ter del Reglamento de los Impuestos Especiales» y se establecen el plazo y el procedimiento para su presentación.

— Resolución de 22-7-2010. Desarrolla el Real Decreto 1676/2009, de 13-11-2009, por el que se regula el Consejo para la Defensa del Contribuyente y se determina su sede electrónica.

— Corrección de errores. Real Decreto 764/2010. 11-6-2010. Desarrolla la Ley 26/2006, de 17-7-2006, de mediación de seguros y reaseguros privados

en materia de información estadístico-contable y del negocio, y de competencia profesional.

— Corrección de errores. Orden 1037/2010. 13-4-2010. Aprueba el Plan General de Contabilidad Pública.

COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES

— Resolución de 7-7-2010. Modifica el Reglamento de Régimen Interior de la CNMV.

— Circular 1/2010. 28-7-2010 y Corrección de errores. Información reservada de las entidades que prestan servicios de inversión.

BANCO DE ESPAÑA

— Resolución de 1-7-2010. Publica determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución de 19-7-2010. Publica determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución de 2-8-2010. Publica determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución de 18-8-2010. Publica determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Circular 3/2010. 29-6-2010. Modificación de la Circular 4/2004, de 22-12-2004, sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros.

— Circular 4/2010. 30-7-2010 y Corrección de errores. Agentes de las entidades de crédito y acuerdos celebrados para la prestación habitual de servicios financieros.

MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN

— Orden 1827/2010. 6-7-2010. Desarrolla, en relación con los acuerdos colectivos de empresa sobre jubilación parcial, lo dispuesto en la DT 2.^a del Real Decreto-ley 8/2010, de 20-5-2010, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público.

— Orden 2076/2010. 27-7-2010. Determina el ejercicio de funciones en materia de actas de liquidación y de imposición de sanciones por infracciones de Seguridad Social en el ámbito de las direcciones provinciales de la TGSS.

— Orden 2124/2010. 28-7-2010. Modifica la Orden 4054/2005, de 27-12-2005, por la que se desarrollan los criterios técnicos para la liquidación de capitales coste de pensiones y otras prestaciones periódicas de la Seguridad Social.

— Resolución de 29-7-2010. Regula la inscripción y en su caso acreditación de centros y entidades de formación que imparten formación de oferta para el empleo en el ámbito de gestión del Servicio Público de Empleo Estatal.

— Resolución de 12-8-2010. Registra y publica el I Convenio colectivo estatal de Notarios y personal empleado.

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN

— Sucesión con respecto a la República de Montenegro en los tratados bilaterales concluidos entre el Reino de España y la Antigua Yugoslavia o la Unión Estatal de Serbia y Montenegro.

MINISTERIO DE FOMENTO

— Real Decreto 918/2010. 16-7-2010. Modifica el Real Decreto 810/2007, de 22-6-2007, por el que se aprueba el Reglamento sobre seguridad en la circulación de la Red Ferroviaria de Interés General.

— Real Decreto 919/2010. 16-7-2010. Modifica el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres para adaptarlo a la Ley 25/2009, de 22-12-2009, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

— Real Decreto 1001/2010. 5-8-2010. Establecen normas de seguridad aeronáutica en relación con los tiempos de actividad y los requisitos de descanso de los controladores civiles de tránsito aéreo.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN

— Real Decreto 861/2010. 2-7-2010. Modifica el Real Decreto 1393/2007, de 29-10-2007, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales.

— Real Decreto 1002/2010. 5-8-2010. Expedición de títulos universitarios oficiales.

— Orden 2095/2010. 28-7-2010. Establece la estructura de las pruebas para la obtención del título de bachiller para personas mayores de veinte años en el ámbito de gestión del Ministerio de Educación.

— Orden 2157/2010. 30-7-2010. Regula el currículo mixto de las enseñanzas acogidas al Acuerdo entre el Gobierno de España y el Gobierno de Francia, relativo a la doble titulación de Bachiller y de Baccalauréat en centros docentes españoles, así como los requisitos para su obtención.

MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO

— Real Decreto 862/2010. 2-7-2010. Modifica el Real Decreto 1226/2006, de 27-10-2006, en el que se regulan las actividades y el funcionamiento del fondo para inversiones en el exterior y el fondo para operaciones de inversión en el exterior de la pequeña y mediana empresa.

— Resolución de 23-6-2010. Crea el Registro Electrónico de la Oficina Española de Patentes y Marcas.

MINISTERIO DE SANIDAD Y POLÍTICA SOCIAL

— Orden 2287/2010. 19-8-2010. Regula los requisitos y el procedimiento para la acreditación de los centros, servicios y entidades privadas, concertadas o no, que actúen en el ámbito de la autonomía personal y la atención a personas en situación de dependencia en las ciudades de Ceuta y Melilla.

— Resolución de 29-6-2010 y Corrección de errores. Publica el Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia sobre modificación del baremo de valoración de la situación de dependencia establecido en el Real Decreto 504/2007, de 20-4-2007.

MINISTERIO DE IGUALDAD

— Orden 2263/2010. 19-8-2010. Crea la Sede Electrónica del Ministerio de Igualdad.

— Orden 2265/2010. 19-8-2010. Crea el Registro Electrónico del Ministerio de Igualdad.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

— Recurso de inconstitucionalidad número 1.017-2010, en relación con diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2009, de 28-4-

2009, de los recursos contra la calificación negativa de los títulos o las cláusulas concretas en materia de Derecho catalán que deban inscribirse en un Registro de la Propiedad, Mercantil o de Bienes Muebles de Cataluña.

— Sentencia de 9-3-2010. Anula el punto segundo (Denominación del Título), apartado 3 del Acuerdo del Consejo de Ministros de 14-12-2007, así como varios apartados de la Orden ECI/3855/2007, de 27-12-2007, por la que se establecen los requisitos para la verificación de los Títulos Universitarios Oficiales que habiliten para el ejercicio de la profesión de Arquitecto Técnico.

— Sentencia de 4-5-2010. Declara la nulidad del artículo 2.7 del Real Decreto 314/2006, de 17-3-2006, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación, así como la definición del párrafo 2.º de uso administrativo y la definición completa de uso pública concurrencia, contenidas en el documento SI del mencionado Código.

— Sentencia de 14-5-2010. Declara la nulidad únicamente del apartado e) de la instrucción primera 1, del Acuerdo del Consejo de Ministros, de 16-2-2007, que aprueba las Instrucciones por las que se determinan el procedimiento para autorizar la entrada, residencia y trabajo en España de extranjeros en cuya actividad profesional concurren razones de interés económico, social o laboral, o relativas a la realización de trabajos de investigación y desarrollo, o docentes, que requieran alta cualificación, o de actuaciones artísticas de especial interés cultural.

— Sentencia de 14-5-2010. Establece la siguiente doctrina: «Forma parte de la base imponible del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras, regulado en el TR de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5-3-2004, en el supuesto de instalación de parques eólicos el coste de todos los elementos necesarios para la captación de la energía que figuren en el proyecto para el que se solicita la licencia de obras y carezcan de singularidad o identidad propia respecto de la construcción realizada».

TRIBUNAL DE CUENTAS

— Resolución de 26-7-2010. Publica el Acuerdo del Pleno del TC 20-7-2010, por el que se aprueba la modificación de la Instrucción que regula el formato de la Cuenta General de las Entidades Locales en soporte informático y el procedimiento telemático para la rendición de cuentas.

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

ANDALUCÍA

- Ley 7/2010. 14-7-2010. Para la Dehesa.
- Ley 8/2010. 14-7-2010. Medidas Tributarias de Reactivación Económica de la Comunidad Autónoma de Andalucía.
- Ley 9/2010. 30-7-2010. Aguas para Andalucía.
- Decreto-ley 5/2010. 27-7-2010. Aprueba medidas urgentes en materia de reordenación del sector público.
- Decreto 308/2010. 15-6-2010. Determina el Calendario de Fiestas Laborales de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2011.
- Decreto 353/2010. 3-8-2010. Aprueba el Plan Anual de la Cooperación Andaluza 2010.
- Decreto 355/2010. 3-8-2010. Aprueba el Programa Operativo de Educación para el Desarrollo 2010-2012.
- Orden 26-7-2010. Modifica la Orden 3-8-2007, por la que se establecen la intensidad de protección de los servicios, el régimen de compatibilidad de las prestaciones y la gestión de las prestaciones económicas del sistema de autonomía y atención a la dependencia en Andalucía.
- Resolución de 29-7-2010. Ordena la publicación del Acuerdo de Convalidación del Decreto-ley 5/2010, de 27-7-2010, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de reordenación del sector público.

ARAGÓN

- Ley 4/2010. 22-6-2010. Modifica la Ley 9/1998, de 22-12-1988, de cooperativas de Aragón.
- Corrección de errores. Ley 4/2010. 22-6-2010. Modifica la Ley 9/1998, de 22-12-1998, de Cooperativas de Aragón.
- Ley 5/2010. 24-6-2010. Adopta medidas extraordinarias en el sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón para la reducción del déficit público.
- Decreto 132/2010. 6-7-2010. Aprueba el Reglamento del Consejo de Ordenación del Territorio de Aragón.
- Orden 5-7-2010. Desarrolla determinados aspectos de la Ley Orgánica 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

ASTURIAS

— Ley 5/2010. 9-7-2010. Medidas urgentes de contención del gasto y en materia tributaria para la reducción del déficit público.

BALEARES

— Ley 7/2010. 21-7-2010. Sector público instrumental de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

— Ley 8/2010. 27-7-2010. Medidas para la revalorización integral de la playa de Palma.

— Ley 9/2010. 27-7-2010. Declaración de interés autonómico de la construcción del campo de golf de Son Bosc en Muro.

— Ley 10/2010. 27-7-2010. Medidas urgentes relativas a determinadas infraestructuras y equipamientos de interés general en materia de ordenación territorial, urbanismo y de impulso a la inversión.

CANARIAS

— Ley 5/2010. 21-6-2010. Fomento a la participación ciudadana.

— Ley 6/2010. 8-7-2010. Extingue las Cámaras Agrarias de la Comunidad Autónoma de Canarias.

— Ley 7/2010. 15-7-2010. Modifica la Ley 13/2009, de 28-12-2009, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2010.

— Ley 8/2010. 15-7-2010. Juegos y Apuestas.

— Ley 9/2010. 15-7-2010. Reconocimiento de la universidad privada «Universidad Europea de Canarias», con sede en la Villa de la Orotava, Tenerife.

CANTABRIA

— Ley 4/2010. 6-7-2010. Educación en el tiempo libre.

— Ley 5/2010. 6-7-2010. Modificación parcial de la Ley 5/2009, de 28-12-2009, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Cantabria para el año 2010.

— Ley 6/2010. 30-7-2010. Medidas urgentes en materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo.

— Ley 7/2010. 16-8-2010. Modificación parcial del artículo 13 de la Ley 5/2009, de 28-12-2009, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Cantabria para el año 2010.

— Decreto 45/2010. 15-7-2010. Desarrolla las previsiones sobre Organización Administrativa contenidas en la Ley 12/2006 de 17-7-2006, de Caza de Cantabria.

CASTILLA-LA MANCHA

— Ley 1/2010. 11-3-2010. Regulación de la tasa para la concesión de la etiqueta ecológica en Castilla-La Mancha.

— Ley 2/2010. 13-5-2010. Comercio de Castilla-La Mancha.

— Ley 3/2010. 13-5-2010. Modificación de la Ley 4/1997, de 10-7-1997, de Cajas de Ahorro de Castilla-La Mancha.

— Ley 4/2010. 10-6-2010. Creación de la Empresa Pública de Gestión de Infraestructuras Aeroportuarias de Castilla-La Mancha.

— Ley 5/2010. 24-6-2010. Derechos y deberes en materia de salud de Castilla-La Mancha.

— Ley 6/2010. 24-6-2010. Creación de las categorías de personal estatutario de inspección y evaluación de servicios sanitarios y prestaciones.

— Ley 7/2010. 20-7-2010. Educación de Castilla-La Mancha.

— Ley 8/2010. 20-7-2010. Medidas excepcionales de apoyo al Sector Empresarial de Castilla-La Mancha.

— Ley 9/2010. 20-7-2010. Modificación de la Ley 5/2009, de 17-12-2009, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el año 2010, para su adaptación al Real Decreto-ley 8/2010, de 20-5-2010, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público.

CASTILLA Y LEÓN

— Decreto 28/2010. 22-7-2010. Aprueba la Norma Técnica Urbanística sobre Equipamiento Comercial de Castilla y León.

— Orden 1058/2010. 14-7-2010. Modifica el Anexo de la Orden 136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

CATALUÑA

— Ley 20/2010. 7-7-2010. Cine.

— Ley 21/2010. 7-7-2010. Acceso a la asistencia sanitaria de cobertura pública a cargo del Servicio Catalán de la Salud.

- Ley 22/2010. 20-7-2010. Código de consumo de Cataluña.
- Ley 23/2010. 22-7-2010. Modificación de la Ley 1/1995 y de la Ley 23/1983 para fijar el ámbito de planificación territorial de El Penedés.
- Ley 24/2010. 22-7-2010. Aprobación de la escala autonómica del IRPF.
- Ley 25/2010. 29-7-2010. Libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.
- Ley 26/2010. 3-8-2010. Régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña.
- Ley 27/2010. 3-8-2010. Modificación de la Ley 2/2009, de 12-2-2009, del Consejo de Garantías Estatutarias.
- Ley 28/2010. 3-8-2010. Modificación del artículo 6 del TR de la Ley de protección de los animales, aprobado por el Decreto Legislativo 2/2008.
- Ley 29/2010. 3-8-2010. Uso de los medios electrónicos en el sector público de Cataluña.
- Decreto Legislativo 1/2010. 3-8-2010. Aprueba el TR de la Ley de Urbanismo.
- Decreto Legislativo 2/2010. 3-8-2010. Aprueba el texto articulado de las tasas aplicables por Puertos de la Generalidad.
- Decreto 94/2010. 20-7-2010. Desarrollo de la Ley 16/2009, de 22-7-2009, de los centros de culto.
- Resolución 2310/2010. 30-6-2010. Convoca el concurso ordinario número 280 para proveer Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles vacantes.
- Resolución de 30-6-2010. Corrección de errores. Resolución 2139/2010, de 21-6-2010, por la que se anuncian determinados Registros de la Propiedad radicados en el territorio de Cataluña para su provisión conforme a lo dispuesto en el artículo 503 del RH.
- Resolución de 30-6-2010. Convoca el concurso ordinario número 280 para proveer Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles vacantes.
- Resolución de 13-7-2010. Convoca concurso para la provisión de Notarías vacantes.
- Resolución de 28-7-2010. Resuelve el concurso para la provisión de Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, convocado por Resolución de 21-6-2010.
- Corrección de errores. Ley 10/2010. 7-5-2010. Acogida de las personas inmigradas y de las regresadas a Cataluña.

EXTREMADURA

- Ley 7/2010. 19-7-2010. Modificación de la Ley 3/2002, de 9-5-2002, de Comercio de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

— Ley 8/2010. 19-7-2010. Actividades FERIALES de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

— Decreto 149/2010. 2-7-2010. Fija el calendario de días festivos de la Comunidad Autónoma de Extremadura para el año 2011.

— Orden 6-7-2010. Da publicidad al tipo de interés máximo a aplicar durante el segundo semestre de 2010 a los préstamos acogidos a determinadas líneas de financiación de las pequeñas y medianas empresas y empresas de la economía social.

— Corrección de errores. Ley 6/2010. 23-6-2010. Medidas urgentes y complementarias para la reducción del déficit público en la Comunidad Autónoma de Extremadura.

GALICIA

— Ley 4/2010. 23-6-2010. Fomento del sector naval de Galicia.

— Corrección de errores. Ley 4/2010. 23-6-2010. Fomento del sector naval de Galicia.

— Ley 5/2010. 23-6-2010. Establece y regula una red de apoyo a la mujer embarazada.

— Decreto 113/2010. 1-7-2010. Modifica el Decreto 181/2002, de 10-5-2010, por el que se aprueba el Reglamento del juego del bingo, y el Decreto 116/1986, de 4-6-1986, por el que se aprueba el Catálogo de juegos de la Comunidad Autónoma de Galicia.

— Orden 5-8-2010. Incorpora un nuevo procedimiento al Registro Tele-mático de la Xunta de Galicia, regulado por el Decreto 164/2005.

MADRID

— Ley 1/2010. 24-2-2010. Creación del Colegio Profesional de Educadoras y Educadores Sociales de la Comunidad de Madrid.

— Ley 5/2010. 12-7-2010. Medidas Fiscales para el Fomento de la Actividad Económica.

NAVARRA

— Ley Foral 13/2010. 17-6-2010. Plan Extraordinario del Plan de Inversiones Locales del periodo 2009-2012.

— Ley Foral 14/2010. 1-7-2010. Modifica la Ley Foral 10/1990, de 23-11-1990, de Salud.

— Decreto Foral 43/2010. 9-8-2010. Regula el Registro de Convenios y Acuerdos de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra.

— Orden Foral 84/2010. 7-6-2010. Modifica la Orden Foral 172/2000, de 19-9-2000, por la que se aprueban modelos de declaraciones, en pesetas y en euros, y se establecen normas de gestión correspondientes a los Impuestos Especiales y al Impuesto sobre las Primas de Seguros.

— Orden Foral 99/2010. 1-7-2010. Modifica las Órdenes Forales 280/2006, de 15-9-2006 y 278/2001, de 9-11-2001, por las que se aprobaron los modelos de impreso F-69, 308 y 309 del IVA, así como los diseños de registros correspondientes a los modelos F-66 y F-69 de dicho impuesto.

PAÍS VASCO

— Ley 2/2010. 22-4-2010. Declaración del 25 de octubre como Día del País Vasco-Euskadiko Eguna.

— Ley 3/2010. 24-6-2010. Modificación de la Ley por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2010.

— Decreto Foral. Norma 2/2010. 30-3-2010. Trasponen determinadas directivas en el ámbito de la imposición indirecta y se modifica la Norma Foral del Impuesto sobre la Renta de no Residentes para adaptarla a la normativa comunitaria.

— Decreto 163/2010. 22-6-2010. Clubes deportivos y agrupaciones deportivas.

— Decreto 174/2010. 29-6-2010. Normalización Lingüística de la Administración de Justicia en la Comunidad Autónoma de Euskadi.

— Decreto 177/2010. 29-6-2010. Ayudas para la conciliación de la vida familiar y laboral.

— Decreto 181/2010. 6-7-2010. Segunda modificación del Catálogo de Juegos de Euskadi.

— Resolución de 23-7-2010. Modifica la Resolución de 14-12-2009, de medidas especiales de regulación de tráfico durante el año 2010 en la Comunidad Autónoma del País Vasco, por la incorporación al Catálogo y a la Red de Carreteras de Gipuzkoa del Segundo Cinturón de Donostia-San Sebastián.

VALENCIA

— Ley 9/2010. 7-7-2010. Designación de Senadores o Senadoras en representación de la Comunitat Valenciana.

— Ley 10/2010. 9-7-2010. Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana.

— Ley 11/2010. 16-7-2010. Reguladora del Estatuto de las Personas Cooperantes Valencianas.

— Corrección de errores. Ley 11/2010. 16-7-2010. Reguladora del Estatuto de las Personas Cooperantes Valencianas.

— Ley 12/2010. 21-7-2010. Medidas urgentes para agilizar el ejercicio de actividades productivas y la creación de empleo.

— Decreto 105/2010. 25-6-2010. Modifica los Decretos 90/2009, de 26-6-2009, 189/2009, de 23-10-2009 y 66/2009, de 15-5-2010, por los que se aprueban respectivamente, el Reglamento de Viviendas de Protección Pública, el Reglamento de Rehabilitación de Edificios y Viviendas y el Plan Autonómico de Vivienda de la Comunitat Valenciana 2009-2012.

— Decreto 109/2010. 16-7-2010. Aprueba el Reglamento de la Ley 1/2004, de 24-5-2004, de la Generalitat, de Ayuda a las Víctimas del Terrorismo.

II. Información de actividades

ARAGÓN

Los días 14 al 16 de julio, organizado por la Universidad de Zaragoza y con la colaboración de la Fundación Manuel Giménez Abad, tuvo lugar en Jaca (Huesca) el CURSO DE VERANO: *LA JUSTICIA ENTRE LA MORAL Y EL DERECHO*, con arreglo al siguiente programa:

Bienvenida y presentación del curso a cargo de don Pedro Luis BLASCO AZNAR, Profesor Titular de la Universidad de Zaragoza.

Ponencias:

- «Derecho y Moral. Relaciones e interferencias», por don Francisco LAPORTA SAN MIGUEL, Universidad Autónoma de Madrid.
- «Ley injusta, derecho injusto, derecho nulo», por don Alfonso J. GARCÍA FIGUEROA, Universidad de Castilla-La Mancha.
- «Los derechos humanos, entre el universalismo y el comunitarismo. El caso de los derechos culturales», por don Javier MUGUERZA, UNED.
- «Diferenciaciones en el concepto de corrección normativa: Moral y Derecho en la Filosofía de J. Habermas», por don José Luis LÓPEZ Y LÓPEZ DE LIZAGA, Universidad de Zaragoza.
- «Los símbolos religiosos en el ámbito público», por don Andrés GARCÍA INDA, Universidad de Zaragoza.
- «El perdón: Reflexiones jurídicas», por doña María José BERNUZ BENEITEZ, Universidad de Zaragoza.

- «Tiene género la Justicia», por doña María Xosé AGRA ROMERO, Universidad de Santiago de Compostela.
- «Cuestión de solidaridad y/o justicia», por don Pedro Luis BLASCO AZNAR, Universidad de Zaragoza.
- «El aborto. ¿Es bueno todo lo que es justo?», por doña Margarita BOLADERAS CUCURELLA, Universidad de Barcelona.
- «Justicia como valor constitucional: Dimensión jurídica de la Democracia», por don Eusebio FERNÁNDEZ GARCÍA, Universidad Carlos III.
- «Justicia y derechos humanos: Dimensión moral de la democracia», por don José RUBIO CARRACEDO, Universidad de Málaga.
- «Debate común: La justicia como condición de la Democracia y viceversa», por don Eusebio FERNÁNDEZ GARCÍA, Universidad Carlos III y don José RUBIO CARRACEDO, Universidad de Málaga.

Mesa redonda: *La justicia entre la moral y el derecho*, con don Alfonso J. GARCÍA FIGUEROA, Universidad de Castilla-La Mancha; don Francisco LA-PORTA SAN MIGUEL, Universidad Autónoma de Madrid; don José Luis LÓPEZ Y LÓPEZ DE LIZAGA, Universidad de Zaragoza; don Javier MUGUERZA, UNED, y don Pedro Luis BLASCO AZNAR, Universidad de Zaragoza.

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

Hans Kelsen, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Editorial Reus, S. A., y Revista de Derecho Privado, «Colección Clásicos del Derecho», con traducción de Luis LEGAZ LACAMBRA y presentación de Jesús LÓPEZ MEDEL, Madrid, 2009.

por

JESUS LÓPEZ MEDEL
Registrador de la Propiedad

La editorial Revista de Derecho Privado publicó en Madrid, en el año 1955, este libro de Max WEBER, con el título *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, traducido por el maestro de filósofo-juristas, Luis LEGAZ LACAMBRA, Rector, en aquellos años, de la Universidad de Santiago de Compostela. Es un momento suyo, más reposado y creador, en su obra científica e intelectual del Derecho, con sus introducciones, tratados, monografías. Y con la experiencia inusual de quien plenamente dedicado a la docencia, sin embargo, en los Congresos Mundiales de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, y de Derecho Internacional de La Haya, pudo seguir directamente la evolución del pensamiento jurídico. Y fue, como traductor al español y otras lenguas, obras del alemán (KELSEN, SAUER, FISCHBACH, MAYER, HOLSTEIN, WEBER, FORSSTHOFF y STARCK), del italiano (MOSCA DEL VECHHIO, BIASUTTI y GUARNERI), del francés (GUETZERCHM EWELY), del inglés (MENHEIM y GANDHI).

Las circunstancias sociopolíticas de la España de entonces y las concretas del Derecho Natural y de la Sociología y de la Economía, con la aparición entre nosotros de la obra de Max WEBER, supuso la llegada de un aire fresco. Tanto desde el punto de vista ascético-cristiano —católico o protestante— en general, como para la reflexión ante aspectos —por algunos considerados mixtos— acerca de la organización racional del trabajo y de la producción. Con una conexión histórico-espiritualista de la profesión como una óptica o actitud al margen —o además— de lo religioso.

La elección y rúbrica del título de la obra para su traducción por LEGAZ, fueron hechas por el propio WEBER, quien explica, en una completa *Introducción*, que se trata de una recopilación de diversos estudios, en los que se reflejan, hilvanadas, las dos grandes motivaciones que hemos mencionado, en síntesis, en el párrafo anterior. Max WEBER detallará su contenido, sus coordenadas y señalará los propios límites y alcance de su obra. Incluso en algún momento apelará al aspecto pragmático de sus reflexiones teológicas-ascéticas. Reconoce, incluso, que ha querido abordar lo que, en otros estudios paralelos, como su *Economía y Sociedad*, largamente citada por LEGAZ en su quinta edición de *Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1978.

El primer estudio que incorpora a su magna obra lo titula *El problema* (pág. 194 y sigs.). Alude a las «críticas razonadas», que había producido en su época por destacados autores, desde diferentes puntos de vista, entre ellos, de RACHFAHL, BRENTANO, SOMBART y TROELTSCH, tanto en los aspectos sociojurídicos como en los teológicos y económicos.

Precisamente, nuestro Ortega y Gasset, que sin duda conoció directamente del alemán los trabajos de Max WEBER en las primeras decenas del siglo XX, lo elogia en diversos pasajes de sus *Obras Completas*. Subraya sus admirables estudios sobre sociología religiosa; y cómo lejos de ser los credos religiosos meras consecuencias de la forma económica influyen en ésta y a su vez son influidos por aquélla. Por último, termina por calificar a WEBER como uno de los hombres más sabios e imparciales de nuestra época, como gran sociólogo y economista. ORTEGA, que siempre fue partidario de la claridad, fue, en este texto, expresivamente sincero y rotundo. Y, ahora, con la crisis económica global, podríamos decir que profético.

He de recordar, como filósofo y profesional del Derecho y discípulo y paisano de LEGAZ, que la traducción al castellano tuvo una difusión excepcional en la literatura sociojurídica, económica y teológica de habla hispana. Con una influencia en el pensamiento europeo, como puede verse por las numerosas citas a pie de página, muy documentadas y de plena actualidad.

Acaso, además, de la profundidad de sus ideas y de su penetración histórica en todos los temas, la explicación de su éxito intelectual pudo deberse a las «circunstancias» de su tiempo, como señalaría el propio ORTEGA. Y dentro de aquéllas, el momento peculiar en que se debaten el marxismo, el liberalismo y el capitalismo en los prolegómenos de la II Guerra Mundial. Pero también, y además en los inicios, con cierta fuerza, de una secularización creciente, que ya es percibida por el propio autor, y que alcanzó no sólo a las distintas manifestaciones del protestantismo, sino a la Iglesia Católica, cuya doctrina social de entonces fue ya resaltada por Max WEBER. En las áreas del luteranismo, calvinismo, puritanismo o pietismo, entre otros, el autor profundiza no sólo en su historia, con un sentido de transversalidad y con aplicaciones al objeto de *El problema*, a indagar y a resolver. De otro lado, era el momento, y así nos lo parece a nosotros, en que, en el fondo, se trataba de superar el historicismo, el formalismo y el positivismo jurídico, enquistados en la realidad y en la ciencia. WEBER no pretendía ser un moralista o un apologeta. Pero en aquella preocupación coincidieron —o se autoinfluenciaron— de nuevo Max WEBER y ORTEGA Y GASSET. Basta recordar el texto, en 1929, en *¿Qué es filosofía?* (1957), cuando traducía aquella su posición respecto al historicismo y positivismo creciente, y hacia una verdadera llamada: «*Es inútil que pretendamos violentar nuestra sensibilidad actual que se resiste a prescindir de ambas dimensiones: la temporal y la eterna*».

Esas razones, entre otras, quizá fuesen las motivaciones de LEGAZ LACAMBRA, para ofrecer, entonces, y a través de «Editorial Revista de Derecho Privado», esta traducción. Con nuevos bríos e impulsos. Conscientes —decimos nosotros— de que el conocimiento, lectura y difusión de esta obra de WEBER, puede contribuir a una clarificación de aquellos problemas de globalización, de secularización burocrática, de socialización, con signo populista, y sofisticadamente burocráticos, que en tiempos del autor no se daban con los efectos del presente en el que se intentaba la realización progresiva de los Derechos Humanos, declarados por Naciones Unidas en 1948, en la universalidad de los hombres y de los pueblos, para el logro de la libertad, la justicia y la paz,

a través de la educación de calidad y con participación de los padres. Hoy, cabría añadir, a finales de 2008, que estas páginas debieran ser texto a meditar por los economistas, políticos, y juristas preocupados por la sobrevivencia o no de un sistema liberal-capitalista no radical.

Las reflexiones de Max WEBER, nada dogmáticas, pero sí objetivadas científicamente y con un impresionante arsenal ascético, histórico, comparado, vistas en las primeras décadas del siglo XX, tienen actualidad y renovado vigor. Como una luz en el túnel del tiempo. Pues bien, además de las mencionadas aportaciones, resumimos a continuación, en unos trazos, como pinceladas, como «perlas preciosas», introductorias a la lectura de la obra traducida, las siguientes:

- Educar en la serenidad de una obra reflexiva.
- Lo reprobable es el descanso en la riqueza («el descanso del santo está en la otra vida»).
- El capital formado no debiera gastarse inútilmente.
- Aristocratizar el patrimonio burgués.
- Acción secularizadora de la riqueza.
- Tomás de Aquino: el pasaje evangélico del «interés».
- La Reforma, inimaginable, sin la evolución personal de Lutero.
- El puritano y el judío.
- San Francisco de Asís, ascético del trabajo.
- Donde la riqueza aumenta, la religiosidad disminuye.
- El espíritu ascético cristiano engendra los elementos constitutivos del moderno espíritu capitalista sobre la vida profesional (incluso sin raíz religiosa).
- Los monjes abandonaron las celdas monásticas por una vida profesional.
- El ascetismo transforma el mundo y se realiza en el mundo.

Aunque otras teorías están surgiendo con posterioridad —como la de Ulrich BECK, sobre la sociedad del riesgo, en cuanto fórmula de identidad del mundo moderno— no será fácil desplazar el pensamiento de Max WEBER, al partir de un análisis profundo de una historia ascético-religiosa que trasciende al mundo del trabajo, de la economía, de la profesión, incluso a la Educación y al Derecho.

Así lo vio LEGAZ LACAMBRA en 1955, y los hoy reeditores. Personalmente esta «vuelta» de Max WEBER a nosotros da motivo, a su vez, de recordar al traductor, maestro de filósofo-juristas —casi hoy un desconocido— y que junto a una concepción espiritualista del Derecho y de la Justicia, supo valorar los elementos socioeconómicos dentro de un humanismo que está impregnado de los aspectos ascéticos-religiosos en la organización racional del trabajo y de la profesión.

Javier AVILÉS GARCÍA: *Cuestiones esenciales sobre las relaciones contractuales en el sector de la automoción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, 430 págs.

por

MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ

Catedrática de Derecho Civil. Universidad de Valencia

Javier AVILÉS, Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo, muestra en su libro *Cuestiones esenciales sobre las relaciones contractuales en el sector de la automoción*, un sobrado y consolidado conocimiento sobre temas de consumo en su vertiente más actual y novedosa, esto es, en su estrecha conexión con las transformaciones actuales del Derecho Civil Patrimonial, algo a lo que, por otra parte, nos tiene acostumbrados. Buena prueba de ello son sus anteriores publicaciones, como es, por ejemplo, su reciente estudio sobre las «Nuevas perspectivas en la liquidación de daños a consumidores y usuarios en el procedimiento administrativo de consumo», publicado en estas mismas páginas de la *RCDI* (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2009, núm. 713, págs. 1237-1294).

Esta monografía, inserta en un proyecto nacional de investigación que el mismo profesor dirige, es un elaborado y minucioso estudio sobre la contratación en el sector de la automoción. Con todo, y para ser justos, también hay que decir que el título es modesto en la descripción de su contenido, puesto que el autor no se ha limitado a realizar un análisis sobre esta modalidad de contrato sino que, al hilo de ello, ha aprovechado, con un lenguaje comprensible y accesible a cualquier lector que tenga interés en el estudio de las reformas de los contratos, para insertarlo en los trabajos que se han llevado a cabo en el seno de la Unión Europea a propósito de la aproximación de legislaciones en el ámbito específico del Derecho Contractual europeo y los principios del denominado «Marco Común de Referencia» (MCR).

Es evidente que la evolución hacia una normativa armonizada europea de contratos con consumidores viene afectando indefectiblemente a la contratación de vehículos y productos anexos (recambios, accesorios, componentes) en sector tan relevante como es el de la automoción. Esta monografía ofrece justamente interrelacionados los variados y complejos elementos jurídico-privados que afectan a una adecuada interpretación de estas singulares relaciones contractuales que afectan a miles de personas. Las matizaciones legales a tradicionales principios contractuales, junto con la nueva sistematización del Libro II de «Contratos y garantías» del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, se explican en esta obra de manera lógica, integrada y sin fracturas, poniendo al día una serie de conceptos civiles sustantivos y con aportaciones que afectan a la publicidad, la mercadotecnia y la competencia desleal, en línea con la reforma operada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, que finalmente ha traspuesto a nuestro ordenamiento la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales.

La monografía se estructura en cinco capítulos, que ofrecen una visión global de todos los problemas que presenta la venta de vehículos de automoción, materia, que pese a su importancia y repercusión en la economía real del país y en miles de consumidores, ha sido objeto de poco tratamiento por parte de nuestra doctrina privatista, siquiera sea por la especial dificultad que su estudio suscita.

En su primer capítulo, «Modernización, simplificación y armonización del derecho de contratación europeo: su influjo en el sector de la automoción», pone de manifiesto la oscuridad del sistema de saneamiento vigente, en aplicación de las acciones edilicias, ya superado en lo que se refiere a la compraventa de bienes muebles con consumidores por el sistema legal basado en el concepto de «falta de conformidad», que engloba tanto los defectos materiales originales en el producto vendido como la frustración de las expectativas que pudiera fundadamente esperar el consumidor, en atención a la naturaleza del vehículo o de las propias declaraciones públicas a través de la publicidad o comunicación comercial, por ejemplo. Para ello, el autor toma como punto de partida la Directiva 44/1999/CE, que, siguiendo las pautas trazadas por la Convención de Viena de 1980, incorporó el término «conformidad», y lo pone en concordancia con los preceptos del Código Civil que regulan la compraventa, para llegar a la conclusión, siguiendo el ejemplo seguido en otros países, y significativamente en Alemania tras la reforma operada por la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones del Código Civil alemán, de 26 de noviembre de 2001, de la necesidad de reformar este articulado a la luz de los presupuestos que tal concepto de conformidad implica y que obliga al vendedor, tal y como recoge ahora el artículo 114 TRLGDCU. El autor hace una propuesta de regulación legal nítida sobre lo que denomina «garantía de mantenimiento postventa», con intención de ajustar y aclarar una serie de preceptos inconexos y confusos del TRLGDCU y la LOCM.

En su segundo capítulo, «Problemas previos a las relaciones contractuales con vehículos de automoción», se analiza la plasmación de los aspectos citados en el anterior capítulo con aquellos que son consustanciales a la venta de automóviles. Parte del concepto de conformidad del producto con el contrato, del que destaca que sólo es aplicable a las compraventas de productos con consumidores, para, seguidamente, pasar a analizar las diferencias existentes con el régimen jurídico de la compraventa. Para ello, el autor examina con precisión cada uno de los conceptos que hacen que objetivamente el comprador pueda encontrarse conforme o no con el producto adquirido, en atención a sus legítimas y fundadas expectativas, tipificadas bajo una serie de características que, como pone de relieve, han pasado a configurar *ex novo* el concepto legal de conformidad junto a la llamada garantía comercial adicional. Diferencia ambas y señala las confusiones más habituales que se dan en la práctica, como suele suceder respecto a la exigencia de que figuren por escrito, exponiendo la paradoja de que mientras algunas Comunidades Autónomas sancionan la inexistencia de formalización por escrito de estos pactos a modo de garantías, otras sin embargo no lo hacen, ni tampoco el TRLGDCU lo contempla como infracción en materia de defensa del consumidor y usuario (art. 49 TRLGDCU).

Establece con claridad las diferencias existentes entre ambas garantías. Una de las argumentaciones en las que el autor se muestra especialmente brillante es la concerniente a los «bienes de naturaleza duradera», a los que critica la carencia de una falta de regulación adecuada que se adapte al elemento de perdurabilidad, manifestando la necesidad de que el propio TRLGDCU incorpore, *de lege ferenda*, una definición precisa y clara sobre lo que deba entenderse por producto de naturaleza duradera, que, entiende, debería quedar recogido en el mismo Título V del Libro II de este TRLGDCU, al tratar de las garantías de los productos de consumo y servicios postventa o, en su caso, en el artículo 6 TRLGDCU, en congruencia con el nuevo concepto legal de «producto» desde la perspectiva civil.

Pone de manifiesto la importancia de distinguir la garantía sobre el vehículo y sobre cada una de las piezas, lo que puede acarrear alguna controversia, ya que actualmente se regulan de forma separada las garantías legales y comerciales de los vehículos adquiridos por compra y aquellas garantías que recaen sobre los servicios prestados por talleres industriales (Real Decreto 1457/1986, de 10 de enero, por el que se regulan la actividad industrial y la prestación de servicios en los talleres de reparación de vehículos automóviles, de sus equipos y componentes).

En el sentido antedicho hay una propuesta de reforma del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, y se cuestiona si sería adecuado incorporar al sistema una garantía de mantenimiento específica a modo de garantía adicional de carácter voluntario. Aboga también por una separación nítida entre la garantía comercial y la «garantía de mantenimiento» de los productos perecederos, entendiendo que podría encontrar amparo en el artículo 127.1 TRLGDCU. Respecto a quién debe hacerse responsable de tales obligaciones frente al consumidor, llega a la conclusión de que debe ser el productor o el importador quien garantice estas necesidades frente al consumidor pero, dado que el artículo 124 TRLGDCU no los menciona, habrá que entender que deberá ser el vendedor el garante de la reparación completa, incluidos los repuestos de marca dentro de lo que es un «servicio técnico adecuado», pudiendo en estos casos repetir el vendedor contra los primeros. Cuando hayan transcurrido dos años será el productor en sentido amplio quién responderá de garantizar la disponibilidad de piezas y de un servicio técnico adecuado. El problema sobre quién poder realizar la reclamación en este caso, lo resuelve el autor entendiendo que puede hacerse indistintamente ante el vendedor original o ante cualquier intermediario o concesionario de la marca.

Con la finalidad de separar la garantía comercial de aquellos aspectos ligados al mantenimiento y reparación que precisan los vehículos durante su período normal de vida, encuentra muy conveniente reagrupar el artículo 127 TRLGDCU y el artículo 12 LOCM para ventas con consumidores, haciendo referencia expresa al supuesto de ventas con profesionales porque entiende que hablar de una garantía específica de mantenimiento daría un soporte jurídico más estable a la adquisición de tales bienes, teniendo en cuenta, además, que ésta aparece cada vez más ligada a la prestación de un «servicio técnico adecuado». Destaca, finalmente, la tendencia del legislador a deslizar inexactamente el término «garantía» también al hablar de los servicios, como ocurre en el caso del artículo 125.3 a) o del artículo 163.I TRLGDCU, lo cual acarrea sus problemas técnicos y consecuencias prácticas no deseadas. Analiza la obligación de mantenimiento, como cualidad específica de la garantía de reparación de los vehículos, conectando la genérica garantía de mantenimiento de los productos a la existencia del adecuado servicio técnico, entendiendo que el artículo 12.3 LOCM es aplicable actualmente a ambas garantías para productos de naturaleza duradera y, muy especialmente, a los vehículos en general y a sus piezas de repuesto, accesorios y componentes. Respecto a los títulos competenciales, plantea la duda de si su regulación corresponde a las Comunidades Autónomas o al Estado, haciendo un extenso planteamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la competencia del artículo 12 LOCM, y concluyendo en la necesidad de que la atribución en materia de vehículos a motor corresponda únicamente al Estado.

De especial importancia es el estudio de lo qué debe entenderse por «adecuado servicio técnico» y la existencia de repuestos durante un periodo de

tiempo determinado, como presupuestos específicos en el servicio postventa de vehículos, así como las peculiaridades que presentan las compraventas de recambios, accesorios y componentes de vehículos. A este respecto, el autor se detiene, en particular, en el estudio de ciertas normas complementarias (estatales y autonómicas) que han desarrollado esta cuestión en España; en concreto, el Real Decreto 1457/1986, de 10 de enero, por el que se regula la actividad industrial y la prestación de servicios en los talleres de reparación de vehículos, de sus accesorios y componentes, propugnando su actualización y, también, en el Real Decreto 58/1988, de 29 de enero, sobre protección de los derechos del consumidor en el servicio de reparación de aparatos de uso doméstico, para determinadas cuestiones relativas a piezas de repuestos o componentes, así como la normativa autonómica, analizando críticamente el dictamen, elaborado y emitido por el INC en el año 2005, que señala que las actividades de reparación de los bienes es un contrato de ejecución de obra, lo cual debería trasladarse al artículo 127 TRLGDCU.

Respecto a la información contractual que exigen las distintas Comunidades Autónomas, el autor entiende que, ante la creciente capacidad legislativa de las Comunidades Autónomas, sería recomendable articular una reglamentación general sobre estos problemas. Finalmente, en este capítulo se pone también de relieve la existencia de problemas de colisión entre las infracciones de carácter genérico previstas en la LOCM y el TRLGDCU con las específicas recogidas en el Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio, propugnando su refundición.

El tercer capítulo, «Pautas obligatorias para el profesional o empresario. Garantías legales de los vehículos», comienza por concretar el ámbito de aplicación del Título V del Libro II del TRLGDCU en materia de garantía y servicios postventa. Las disposiciones de este capítulo afectan tanto a vehículos como a repuestos, accesorios o componentes, y es aplicable tanto a los contratos de compraventa como a los de suministro de cualesquiera productos de esta naturaleza que hayan de producirse o fabricarse, siempre que se celebren con consumidores y usuarios.

Con relación a las ventas judiciales y a las subastas administrativas, que quedan excluidas de estas garantías, destaca el autor que, sin perjuicio de que les resulte de aplicación todo lo relativo a la responsabilidad por saneamiento por vicios ocultos, tendrán un tratamiento jurídico que no se corresponde con lo que sería deseable dentro de la protección de mínimos dispensada por el TRLGDCU a consumidores. Como sigue señalando, el legislador se ha limitado a restringir la aplicación de su Título V sobre «garantías y servicios postventa» al ámbito de las transacciones que se produzcan entre profesionales y consumidores quedando al amparo del Código Civil todas las compraventas de vehículos de motor celebradas entre particulares, que limita la responsabilidad por vicios y defectos ocultos del vendedor al plazo de seis meses desde la entrega del vehículo usado.

Tras analizar las particularidades que presenta la protección de los productos de consumo, su autor se centra en los vehículos de motor, seguido por un detallado estudio de cada uno de los criterios de conformidad en el contrato, así como de las distintas opciones que tiene el cliente frente al profesional o empresario, aportando una novedosa visión de cómo debe interpretarse cada uno de ellos, que brevemente paso a señalar. Parte explicando la modificación realizada al sustituirse el término «bien mueble corporal destinado al consumo privado» por el de «producto». Debe excluirse cualquier producto de naturaleza

inmueble, incluida la vivienda, aun cuando siga apareciendo en el Catálogo del anexo II, apartado 4.º del Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre, quedando el ámbito de aplicación de las garantías limitado a los bienes muebles, entre los que incluye el *software* y los vehículos de segunda mano.

El primero de los criterios de conformidad se centra en el análisis de la descripción y de las cualidades ofertadas con el vehículo. En este punto, adquiere especial importancia el alcance de lo que debe interpretarse por ajuste del vehículo a «la descripción realizada por el vendedor» y poseer además «las cualidades del producto que el vendedor haya presentado al consumidor y usuario en forma de muestra o modelo», concluyendo en que estos dos elementos sólo deberán aplicarse a las ventas de vehículos catalogados a la vista.

Como aspectos especialmente significativos, merece reseñarse que entiende que la ausencia de descripción por parte del vendedor no obsta para la aplicación de este criterio de conformidad, bastando la mera presentación del modelo del vehículo. Admite incluso que el vendedor presente un modelo concreto con la advertencia que es meramente indicativa de la calidad de la marca del vehículo, con intención clara de no vincularse jurídicamente, si bien señala que, en este supuesto, no cabrá acudir a este criterio de conformidad debiendo recurrir a los restantes. Cuando se pacten determinadas cualidades especiales que deban tener los vehículos ofertados bajo modelo, habrá que apelar al criterio de aptitud para cualquier uso especial que hubiere requerido el consumidor.

Respecto al uso específico del vehículo, cuyo alcance debe concretarse en un «pacto de uso especial» en el que el comprador demanda un uso no habitual, entiende que debe ser el vendedor a quien corresponda acreditar que no admitió el requerimiento del comprador. Con relación a la calidad y prestaciones habituales del producto, no comparte el autor el criterio de los que juzgan que las prestaciones deben limitarse a los productos del mismo tipo, por entender que no hay que seguir los criterios que se inspiran en una política de precios.

En los aspectos que afectan a la oferta y publicidad con la conformidad del contrato, para el autor, la nueva redacción del artículo 8 LGDCU, recogida en el artículo 61.2 TRLGDCU, aporta una mayor claridad en el vínculo jurídico establecido por la oferta contractual y en la relativización de la documentación de las ofertas comerciales, entendiendo que todos los contenidos de la oferta, promoción o publicidad deberán tenerse en cuenta dentro de la garantía legal de conformidad, lo que *de facto* permite especificar mejor el criterio de conformidad en el ámbito de la publicidad comercial.

Aprovecha el autor para señalar que el criterio establecido en el artículo 116.1.d) TRLGDCU parece cobijar las «fundadas expectativas» que el consumidor y usuario pudiera razonablemente esperar con la adquisición de un vehículo, ofreciendo un aspecto subjetivo que, aunque difícil en la práctica, podrá sobrevenir en un momento ulterior y que permitirá hacer la valoración de conformidad sobre un juicio subjetivo basado en las expectativas generadas al referirse a cualidades del producto. Asimismo, se subraya que el TRLGDCU ha ampliado considerablemente el radio de acción de las declaraciones públicas que puedan recaer sobre vehículos, que se ha extendido ahora a las que pueda hacer el productor o sus representantes. En estas ventas se da entrada a lo que el autor denomina «criterio naturalmente expansivo de la buena fe», que ahora aparece expresado de forma más nítida en el artículo 65 TRLGDCU, con las consecuencias jurídicas que acarrea.

Frente al criterio en virtud del cual se ha planteado que el artículo 116.1.d) permite entender que el comprador puede pretender exigencias cualitativas puras, esto es, que subyacen en la misma naturaleza del producto y que no afecten a su utilidad, el autor entiende que, pese a ser controvertido, también debe darse cabida a determinados elementos subjetivos dentro de lo que supone una interpretación amplia del criterio de conformidad con el contrato. Respecto a la publicidad de los vehículos nuevos y usados, el artículo 61 TRLGDCU permite explicar mejor que antes que el criterio de conformidad puede esgrimirse también en el ámbito publicitario. Especial encaje tiene esto con la reforma de los artículos 19 y 20 del TRLGDCU, realizada por Ley 29/2009, de 30 de diciembre, que traspuso la Directiva 2005/29/CE de prácticas comerciales desleales a nuestro ordenamiento.

En el tratamiento relacionado con la instalación de repuestos, accesorios y componentes nuevos, reacondicionados y de segunda mano el legislador se aparta de la distinción tradicional entre vicios o defectos ocultos y aparentes presente en nuestros Código Civil y de Comercio, estableciendo que el empresario no se hará responsable del defecto de origen del producto vendido, en tanto pueda probar que el comprador tenía conocimiento de ese defecto o que no podía fundadamente ignorarlo en el momento de la celebración del contrato. Aquí hay que incluir todos los supuestos en los que el vendedor advierte de los defectos y carencias del vehículo vendido al comprador, lo que afecta exclusivamente a los vehículos de segunda mano y aquellos en los que, sin existir prueba de ese conocimiento, se presume que debería conocerlos. El empresario-vendedor sólo quedará exonerado de responsabilidad cuando el comprador haya podido conocer la falta de conformidad del vehículo, a condición de que éste sea capaz de representarse las consecuencias que puedan derivarse de ella en el mismo momento de celebración del contrato.

Entre los derechos que tiene el cliente frente al profesional o empresario, en caso de disconformidad, el consumidor podrá optar entre exigir la reparación o la sustitución del vehículo, salvo que una de estas dos opciones resulte objetivamente imposible o desproporcionada. En segundo lugar, se faculta para proceder a la rebaja del precio o la resolución del contrato a elección del comprador cuando éste no pudiera exigir la reparación o la sustitución y en los supuestos en que no se hubieran llevado a cabo en plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor y usuario. En este punto, observa el autor que dentro del ejercicio de la primera opción ésta queda limitada no sólo por el criterio de la viabilidad sino también por el de proporcionalidad en el saneamiento. Como aportación entiende el autor que aunque ni el TRLGDCU, ni tampoco la Directiva 1999/44 hayan previsto la posibilidad de ejercer los medios de tutela por parte del subadquirente del vehículo del comprador, no debe excluirse esa posibilidad en tanto que éste mantenga su condición de consumidor.

En el capítulo IV, «Pautas facultativas para el profesional o empresario. Garantías comerciales de vehículos», se analiza el valor de la garantía comercial y su contenido, en primer lugar, para situarla en conexión con las prácticas desleales, la competencia y la publicidad. Prosigue con el estudio de las sanciones administrativas, que considera no adaptadas a la realidad y merecedoras de una reforma en profundidad.

Finalmente, el capítulo V lo dedica al estudio de «Otras cuestiones complementarias sobre las relaciones contractuales en el sector de la automoción», aportando importantes matices a la acción directa contra el productor y a la

responsabilidad de los agentes intermediarios en la distribución de vehículos. Estudia el Reglamento de distribución de vehículos a motor (CE) 1400/2002 y se reflexiona sobre el modelo-tipo de contrato de compraventa y garantía de vehículos de ocasión o de segunda mano.

La obra en su conjunto proporciona criterios de interpretación y pautas de conducta indispensables tanto para el profesional o empresario como para el usuario o comprador, las cuales van desde una publicidad correctamente emitida hasta la prestación de un adecuado servicio técnico/mantenimiento o la disponibilidad de piezas de recambio, equipos o componentes para el consumidor, sin perder nunca de vista su inestimable utilidad para implementar mecanismos de captación de nuevos compradores de vehículos conforme a toda una legislación cambiante. Se trata, en suma, de un concienzudo estudio, en el que el profesor Javier AVILÉS pone de manifiesto el dominio de sus conocimientos en esta materia y su madurez intelectual. Por eso, no es muy difícil presagiar que esta obra va a constituir, sin duda, un valioso instrumento de consulta para los interesados en la contratación en general, y, más particularmente, dentro del sector de la automoción, tan necesitado de aportaciones doctrinales, y cuya lectura recomiendo desde estas páginas.

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA DE DERECHO URBANÍSTICO Y MEDIO AMBIENTE

Número 255 (Enero-Febrero 2010)

- «La problemática de los riesgos en el Derecho Urbanístico», por Martín BASOLS COMA.
- «Derecho urbanístico, derecho a la vivienda y personas sin hogar. Nuevos desarrollos y perspectivas en España a la vista de las novedades europeas en la materia», por Juli PONCE SOLÉ y Guillem FERNÁNDEZ EVANGELISTA.
- «El concepto urbanístico de alineación y su relación con la protección de los conjuntos históricos», por Federico GARCÍA EGYM y Eduardo CARUZ ARCOS.
- «El sistema de compensación de alineación y su relación con la protección de los conjuntos históricos», por Javier MARTÍN-MERINO Y BERNARDOS.
- «Las “Áreas semiconsolidadas” de la Ley Urbanística de Valencia: un invento peligroso e innecesario», por Josep Antoni PAYA GASENT.
- «Los instrumentos de intervención en el mercado del suelo en Andalucía. Propuestas ante la crisis económica», por Luis Enrique FLORES DOMÍNGUEZ.

Número 256 (Marzo 2010)

- «Del urbanismo de excepción al urbanismo sostenible, una respuesta a la crisis económica», por Jesús M.^a RAMÍREZ SÁNCHEZ.
- «La celebración de consultas populares con motivo de la aprobación inicial de un plan general de ordenación urbana», por M.^a Jesús GARCÍA.
- «La desviación de poder en el ámbito urbanístico», por Jaime MARGARIT CABALLÉ.
- «Aproximaciones técnicas a los conceptos de “mallla urbana”, “trama urbana” y “red de dotaciones y servicios propia de los núcleos de población”», por Antonio ALONSO FERNÁNDEZ.
- «La legislación forestal y su incidencia sobre el Derecho y la actividad urbanística», por Fernando GARCÍA RUBIO.

Número 257 (Abril-Mayo 2010)

- «El Registro Municipal de Solares y Edificios a rehabilitar. Su regulación en la Normativa Urbanística Valenciana en relación con el nuevo TRLS 2/2008», por Begoña PIA TORMO y Manuel LATORRE HERNÁNDEZ.
- «Publicidad y eficacia en la Gestión Pública Urbanística. Especial incidencia en la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía», por Francisco Javier JIMÉNEZ FERNÁNDEZ.
- «La corrupción, mal endémico del urbanismo español», por Juan CRUZ ALLÍ ARANGUREN.
- «Efectos del título segundo del Texto Refundido de la Ley de Suelo en la Legislación Urbanística Gallega: hacia un nuevo ejercicio de la potestad de ordenación urbanística y territorial (I)», por David PRADA PUENTES.
- «Restricciones a la clasificación y uso del suelo e intervención administrativa de la madera quemada como consecuencia del delito de incendio forestal», por Manuel GÓMEZ TOMILLO.
- «La ordenación jurídico-administrativa de las energías renovables: revisión en el marco de la Directiva 2009/28/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril, de fomento de las energías renovables», por Manuela MORA RUIZ.

Número 258 (Junio 2010)

- «Los principios de competencia y jerarquía en la articulación entre instrumentos de planeamiento. El ámbito de los planes especiales y de los estudios de detalle en la legislación urbanística madrileña», por Juan Antonio CHINCHILLA PENADO.
- «Los efectos de la Jurisprudencia del TSJ de Cataluña en el nuevo régimen urbanístico para la instalación de parques eólicos e instalaciones fotovoltaicas en suelo no urbanizable», por Francisco BENGOTXEA ARRIETA.
- «Mecanismos jurídicos para la limitación de la oferta de suelo», por Jorge AGUDO GONZÁLEZ.
- «Estudio de reciente jurisprudencia sobre planeamiento urbanístico», por Francisco Javier GARCÍA SANZ.
- «Apuntes de “Jurisprudencia Registral” (IX) y (X)», por Luis LÓPEZ FERNÁNDEZ y Miguel LÓPEZ FERNÁNDEZ.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Número 276 (Abril-Junio 2010)

«Ordenación económica y Derecho de sociedades», por Ulrich IMMENGA, pág. 541.

SUMARIO: I. PRINCIPIOS Y PROBLEMAS: 1. LA ORDENACIÓN O LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA. 2. RELACIONES PARTICULARES ENTRE LA ORDENACIÓN ECONÓMICA Y EL DERECHO DE SOCIEDADES ANÓNIMAS.—II. LA SOCIEDAD ANÓNIMA COMO AGENTE EN LOS MERCADOS: 1. LA POSICIÓN DE LOS EJECUTIVOS. 2. CONTROL Y RESPONSABILIDAD. 3. LA REMUNERACIÓN DE LOS DIRECTIVOS. 4. ¿AGENTES SIN RIESGO DE INSOLVENCIA?—III. LAS SOCIEDADES, OBJETO DE LOS MERCADOS: 1. LOS MERCADOS DE CONTROL: EFECTOS. 2. ¿FUNCIONALIDAD DE LOS MERCADOS DE CONTROL? 3. LA LEGISLACIÓN SOBRE OPAs.—IV. EL DERECHO DE SOCIEDADES ANÓNIMAS Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA: 1. LA NEUTRALIDAD DE LAS LEGISLACIONES SOBRE SOCIEDADES ANÓNIMAS. 2. LOS INCENTIVOS DEL DERECHO DE SOCIEDADES ANÓNIMAS EN FAVOR DEL FENÓMENO DE LA CONCENTRACIÓN.—V. CONCLUSIONES.

«Modificaciones estructurales societarias y adhesión al sistema arbitral de consumo», por Rafael LARA GONZÁLEZ, pág. 561.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA OFERTA PÚBLICA DE ADHESIÓN (OPAd): 1. FORMALIDAD DE LA OPAd Y CAPACIDAD PARA FORMULARLA. 2. OPCIONES PREDETERMINADAS EN LA OPAd: DERECHO O EQUITAD, PLAZO DE VALIDEZ DE LA OFERTA Y ACEPTACIÓN DE LA MEDIACIÓN PREVIA. 3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA OPAd. 4. CLASES DE OPAd: LA OPAd TOTAL: 4.1. *La OPAd por tiempo determinado como OPAd total*. 4.2. *La OPAd de carácter territorial como OPAd total*. 4.3. *La OPAd con agotamiento de la vía interna como OPAd total*. 5. CLASES DE OPAd: LA OPAd LIMITADA: 5.1. *La admisión de OPAd limitada como facultad*. 5.2. *La admisión de OPAd limitada como medida de fomento, en particular, en determinados sectores*. 5.3. *El informe preceptivo de la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo. El informe negativo como informe vinculante*. 6. LA JUNTA ARBITRAL COMPETENTE PARA CONOCER DE UNA OPAd: 6.1. *La comunicación entre Junta Arbitral receptora y Junta competente*. 6.2. *La resolución de aceptación o rechazo de la OPAd*: 6.2.1. La necesaria motivación de las resoluciones. 6.2.2. Aceptación de OPAd total y otorgamiento de distintivo oficial. 6.2.3. La notificación de la resolución en OPAd limitada. 6.2.4. La resolución de admisión en OPAd limitada: pronunciamiento sobre el distintivo. 7. LA DENUNCIA DE LA OPAd POR EL EMPRESARIO O PROFESIONAL ADHERIDO: 7.1. *Presupuesto y capacidad para denunciar*. 7.2. *Formalidad de la denuncia*. 7.3. *La denuncia de la OPAd: acto unilateral recepticio*. 7.4. *Efectos de la denuncia*: 7.4.1. Efecto inmediato: la pérdida del derecho a utilizar el distintivo. 7.4.2. Efecto sobre la formalización de nuevos convenios arbitrales. 7.4.3. Efecto nulo sobre los convenios ya formalizados.—III. LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES Y SU INCIDENCIA EN LA OFERTA PÚBLICA DE ADHESIÓN AL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO: 1. OPERACIONES SOCIETARIAS QUE INTEGRAN LA CATEGORÍA DE MODIFICACIONES ESTRUCTURALES. 2. LA TRANSFORMACIÓN. 3. LA FUSIÓN:

3.1. *La extinción de la sociedad oferente como posible causa de caducidad de la OPAd: argumento desde el Derecho de Obligaciones y Contratos.* 3.2. *La extinción de la sociedad oferente como posible causa de caducidad de la OPAd: argumento desde el Derecho de Sociedades.* 3.3. *El potencial problema de la concurrencia de OPAds.* 3.4. *La sociedad absorbente como único empresario adherido.* 4. LA ESCISIÓN: 4.1. *Modalidades.* 4.2. *La escisión total.* 4.3. *La escisión parcial.* 4.4. *La segregación.* 4.5. *La constitución de una sociedad íntegramente participada mediante transmisión del patrimonio.* 5. LA CESIÓN GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO.

«El *Merger Leveraged Buy-Out* o fusión apalancada a la luz de la Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles», por Vanessa MARTÍ MOYA, pág. 607.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA ASISTENCIA FINANCIERA Y EL *MERGER LEVERAGED BUY-OUT*: 1. ORIGEN Y FINALIDAD DE LA PROHIBICIÓN DE ASISTENCIA FINANCIERA. 2. LA ASISTENCIA FINANCIERA POR EFECTO DE LA FUSIÓN.—III. EL *MERGER LEVERAGED BUY-OUT* Y LA ASISTENCIA FINANCIERA TRAS LA LEY DE MODIFICACIONES ESTRUCTURALES: 1. LA GESTACIÓN DE LA NORMA: EL ARTÍCULO 2.501.BIS DEL CÓDICE CIVILE ITALIANO COMO PRECEDENTE INMEDIATO. 2. LA DETERMINACIÓN DE LA ASISTENCIA FINANCIERA TRAS EL ARTÍCULO 35 LME: A) *Consecuencias de la existencia de asistencia financiera.*—IV. OTRAS CUESTIONES PROCEDIMENTALES CONFLICTIVAS TRAS LA NUEVA LEY: 1. INAPLICABILIDAD DEL PROCEDIMIENTO DE FUSIÓN SIMPLIFICADA DE LOS ARTÍCULOS 49 Y 50 LME. 2. *MERGER LEVERAGED BUY-OUT* Y FUSIÓN TRANSFRONTERIZA. 3. IMPUGNACIÓN DE LA FUSIÓN POR LESIÓN DEL DERECHO DE INFORMACIÓN. 4. EL ÁMBITO SUBJETIVO DEL ARTÍCULO 35 LME. 5. DETERMINACIÓN DEL PLAZO TRIENAL. 6. EL «ENDEUDAMIENTO» Y EL NEXO CAUSAL. 7. LA ADQUISICIÓN DEL CONTROL Y DE LOS ACTIVOS ESENCIALES.—V. CONCLUSIONES.

«Comunicación del inicio de negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio», por Javier GUTIÉRREZ GILSANZ, pág. 645.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA REFORMA: 1. 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. 2. EL REAL DECRETO-LEY 9/2009, DE 26 DE JUNIO, SOBRE REESTRUCTURACIÓN BANCARIA Y REFORZAMIENTO DE LOS RECURSOS PROPIOS DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO.—III. REFINANCIACIÓN, INSOLVENCIA Y PROPUESTA ANTICIPADA DE CONVENIO.—IV. NATURALEZA, CONTENIDO Y EFECTOS DE LA COMUNICACIÓN EX ARTÍCULO 5.3 LC: 1. NATURALEZA DE LA COMUNICACIÓN: 1.2. *Revocación de la comunicación.* 2. CONTENIDO DE LA COMUNICACIÓN. 3. EFECTOS DE LA COMUNICACIÓN.

REVISTA DE DERECHO CANÓNICO

Número 167 (Julio-Diciembre 2009)

(Volumen dedicado a la parroquia y unidades pastorales)

Sin sumarios

- «Las así llamadas unidades pastorales: motivos, valores y límites», por Monseñor Francesco COCCOPALMERIO, págs. 487-498.
- «La parroquia, ¿una institución con futuro?», por Monseñor Javier SALINAS VIÑALS, págs. 499-518.
- «Las misiones parroquiales: una propuesta de futuro», por Manuel CABELLO MARTÍNEZ, págs. 519-550.
- «La parroquia *in solidum*: una respuesta a nuevas necesidades», por Felipe HEREDIA ESTEBAN, págs. 551-585.
- «Actualidad de la iniciación cristiana en la parroquia», por José SAN JOSÉ PRISCO, págs. 587-614.
- «El cuidado y la administración de los bienes parroquiales», por Federico R. AZNAR GIL, págs. 615-643.
- «Unidades pastorales y pastoral de conjunto: la participación de los fieles junto con los pastores en la actividad evangelizadora», por Alphonse BORRAS, págs. 645-666.

Número 168 (Enero-Junio 2010)

- «Confluencias teóricas y prácticas heterogéneas en las independencias americanas», por Miguel ANXO PENA GONZÁLEZ, págs. 11-48.
- «Celebración del primer concilio provincial de Valladolid (1887)», por Ricardo GARCÍA GARCÍA, págs. 49-81.
- «La falta de amor como causa de nulidad de matrimonio», por José María MUÑOZ DE JUANA, págs. 83-137.
- «L'intentio simulatoria nella tradizione canonica: brevi cenni sulla fattispecie reale e condizionale nella formazione del volitum escludente», por Ciro TAMMARO, págs. 139-150.
- «La prueba de la filiación en el Derecho Canónico», por Vicente BENEDITO MORANT, págs. 151-220.
- «Notas fundamentales de la Nueva Ley de la Signatura Apostólica», por Raúl ROMÁN SÁNCHEZ, págs. 221-253.
- «La expulsión del estado clerical por procedimiento administrativo», por Federico R. AZNAR GIL, págs. 225-294.
- «La reforma del Derecho Eclesiástico del Estado portugués del siglo XXI», por José Joaquim ALMEIDA LOPES, págs. 295-363.

REVISTA DE DERECHO CIVIL ARAGONÉS

Vol. XV (2009)

«El “vidal mayor”, don Vidal de Canellas y los Fueros de Aragón», por Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, pág. 11.

«Derecho Civil de Aragón: presente y futuro», por José Antonio SERRANO GARCÍA, pág. 23.

SUMARIO: I. EL MOMENTO PRESENTE.—II. EL DERECHO ARAGONÉS EN 1978. INCIDENCIA DE LA CONSTITUCIÓN.—III. LA «COMISIÓN DE JURISTAS DE ARAGÓN» NOMBRADA POR EL ENTE PREAUTONÓMICO Y SU PROPUESTA DE REFORMA DE LA COMPILACIÓN.—IV. ASUNCIÓN DE LA COMPETENCIA LEGISLATIVA PARA LA CONSERVACIÓN, MODIFICACIÓN Y DESARROLLO DEL DERECHO CIVIL ARAGONÉS: EL DERECHO CIVIL FORAL COMO DERECHO AUTONÓMICO.—V. LA ADAPTACIÓN A LA CONSTITUCIÓN. LA LEY 3/1985, DE 21 DE MAYO, SOBRE LA COMPILACIÓN DEL DERECHO CIVIL DE ARAGÓN: 1. LA «COMISIÓN ASESORA SOBRE DERECHO CIVIL» Y SU ANTEPROYECTO DE REFORMA DE LA COMPILACIÓN. 2. LA TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DE LA REFORMA DE 1985. 3. LA LEY APROBADA.—VI. DOS REFORMAS DE DETALLE: 1. LA LEY 3/1988, DE 25 DE ABRIL, SOBRE LA EQUIPARACIÓN DE LOS HIJOS ADOPTIVOS. 2. CONSTITUCIONALIDAD DE DICHA LEY. 3. LA LEY 4/1995, DE 29 DE MARZO, SOBRE MODIFICACIÓN DE LA COMPILACIÓN DEL DERECHO CIVIL DE ARAGÓN Y DE LA LEY DE PATRIMONIO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN EN MATERIA DE SUCESIÓN INTESADA: a) *La comisión aragonesa de Derecho Civil de 1994*; b) *Tramitación parlamentaria de la Ley 4/1995*; c) *La ley aprobada*.—VII. LA COMISIÓN ARAGONESA DE DERECHO CIVIL DE 1996 Y LA FORMULACIÓN DE LA POLÍTICA LEGISLATIVA EN MATERIA DE DERECHO CIVIL ARAGONÉS: 1. LA ACTITUD ARAGONESA HASTA 1996. 2. MODIFICACIÓN DE LA REGULACIÓN DE LA «COMISIÓN ARAGONESA DE DERECHO CIVIL» Y NUEVA COMPOSICIÓN. 3. PONENCIA GENERAL SOBRE «OBJETIVOS Y MÉTODO PARA UNA POLÍTICA LEGISLATIVA EN MATERIA DE DERECHO CIVIL DE ARAGÓN» (OCTUBRE DE 1996).—VIII. LA LEY 1/1999, DE 24 DE FEBRERO, DE SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE: 1. PREPARACIÓN POR LA «COMISIÓN ARAGONESA DE DERECHO CIVIL». 2. LA TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA. 3. LA LEY APROBADA. 4. LA REFORMA DEL TÍTULO PRELIMINAR DE LA COMPILACIÓN.—IX. LA LEY 2/2003, DE 12 DE FEBRERO, DE RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL Y VIUDEDAD: 1. PREPARACIÓN POR LA «COMISIÓN ARAGONESA DE DERECHO CIVIL». 2. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA. 3. LA LEY APROBADA.—X. LA LEY 13/2006, DE 27 DE DICIEMBRE, DE DERECHO DE LA PERSONA: 1. PREPARACIÓN POR LA «COMISIÓN ARAGONESA DE DERECHO CIVIL». 2. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA. 3. LA LEY APROBADA.—XI. LA TAREA POR REALIZAR.

«El concurso de acreedores y los regímenes forales de comunidad de bienes: especial referencia al consorcio conyugal aragonés», por José Antonio SERRANO GARCÍA, pág. 73.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS FACULTADES DE GESTIÓN Y DISPOSICIÓN DEL CÓNYUGE CONCURSADO.—III. DERECHO A ALIMENTOS.—IV. LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, CAUSA DE DISOLUCIÓN

DE LA COMUNIDAD CONYUGAL DEL CONCURSADO: 1. LA APARENTE DISCORDANCIA ENTRE LAS LEGISLACIONES CIVILES Y LA PROCESAL. 2. LA INTERPRETACIÓN INTEGRADORA. 3. LA EJECUCIÓN DE BIENES COMUNES POR DEUDAS PRIVATIVAS ES OTRA CAUSA DE DISOLUCIÓN. DISTINCIÓN.—V. PROCEDIMIENTO PARA PEDIR LA DISOLUCIÓN DE LA COMUNIDAD CONYUGAL POR CONCURSO DEL OTRO CÓNYUGE.—VI. COORDINACIÓN DE LA LIQUIDACIÓN DE LA COMUNIDAD CONYUGAL CON LO QUE RESULTE DEL CONVENIO O DE LA LIQUIDACIÓN CONCURSAL: 1. LIQUIDACIÓN DE LA COMUNIDAD CONYUGAL, TRAMITACIÓN DEL CONCURSO EN LO RELATIVO A LOS BIENES Y DEUDAS PRIVATIVAS Y SUSPENSIÓN EN LO RELATIVO A LOS BIENES COMUNES. 2. INCORPORACIÓN AL CONCURSO DE LOS RESULTADOS OBTENIDOS EN LA LIQUIDACIÓN DE LA COMUNIDAD CONYUGAL POR EL CONCURSADO.—VII. DISOLUCIÓN DE LA COMUNIDAD CONYUGAL PORQUE EN EL CONCURSO DE UN CÓNYUGE BIENES COMUNES VAN A RESPONDER POR DEUDAS PRIVATIVAS DEL OTRO: 1. APLICACIÓN AL CONCURSO DE LO DISPUESTO PARA LA EJECUCIÓN SINGULAR. 2. PRINCIPALES CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DE LO PREVISTO PARA LA EJECUCIÓN SINGULAR.—VIII. EL CONCURSO DE CÓNYUGE SIN DISOLUCIÓN DE LA COMUNIDAD CONYUGAL.—IX. EL CONCURSO INICIADO CON LA COMUNIDAD CONYUGAL DEL DEUDOR DISUELTA PERO NO LIQUIDADA.

«Mandatos de visitas pastorales en la diócesis de Jaca (1547-1767)», por Manuel GÓMEZ DE VALENZUELA, pág. 109.

«*Standum est chartae*: ¿Existe hoy un requisito formal (documento) para su aplicación?», por Víctor CAZCARRO PÉREZ, pág. 165.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE *STANDUM EST CHARTAE*: 2.1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN HASTA EL SIGLO XIX. 2.2. ESPECIAL SIGNIFICADO DE LA FIGURA DE JOAQUÍN COSTA Y EL CONGRESO DE JURISCONSULTOS ARAGONESES. 2.3. EVOLUCIÓN POSTERIOR. 2.4. DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 A LA SITUACIÓN ACTUAL.—3. *STANDUM EST CHARTAE* HOY EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARAGONÉS: 3.1. APOTEGMA. 3.2. ¿PRINCIPIO HERMENÉUTICO? 3.3. PRINCIPIO DEL DERECHO ARAGONÉS. 3.4. NORMA LEGAL.—4. ¿ES NECESARIA HOY LA EXISTENCIA DE UN DOCUMENTO ESCRITO COMO REQUISITO FORMAL PARA LA APLICACIÓN DE *STANDUM EST CHARTAE*?: 4.1. POSICIONES DOCTRINALES. 4.2. EL ARTÍCULO 3.a) DE LA COMPILACIÓN DEL DERECHO CIVIL DE ARAGÓN. 4.3. JURISPRUDENCIA. 4.4. CONCLUSIÓN.—5. BIBLIOGRAFÍA.

REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA Y LEÓN

Número 21 (Mayo 2010)

«Proceso contencioso y medio ambiente: cuestiones procesales», por César TOLOSA TRIBIÑO, pág. 13.

SUMARIO: 1. LA TUTELA JUDICIAL DEL MEDIO AMBIENTE.—2. LA IMPORTANCIA DE LA ACCIÓN PÚBLICA EN MATERIA AMBIENTAL.—3. EL PROBLEMA DE LA LEGITIMACIÓN PROCESAL DE LAS ASOCIA-

CIONES.—4. LA REGULACIÓN DE LA LEGITIMACIÓN EN LA LEY 27/2006.—5. EL PROBLEMA DE LA REGULACIÓN DE ACCIONES POPULARES POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.—6. LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL.—7. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO AMBIENTAL.—8. LA PROBLEMÁTICA DE LA PRUEBA EN LOS PROCESOS AMBIENTALES: 8.1. LOS PROBLEMAS DE LA CARGA DE LA PRUEBA. 8.2. EL TESTIGO PERITO.—9. DOCTRINA SOBRE LA IMPOSIBILIDAD LEGAL O MATERIAL DE EJECUCIÓN.—10. LA LEGITIMACIÓN PARA INSTAR LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS.—11. EL PROBLEMA DE LA IRRECURRENTE DE LAS SENTENCIAS EN MATERIA MEDIOAMBIENTAL

«El Secretario Judicial ante la reforma procesal de 2009. La nueva Oficina Judicial», por María del Carmen BLASCO SOTO, pág. 51.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA POSICIÓN DEL SECRETARIO Y LA REGULACIÓN LEGAL.—3. EL SECRETARIO JUDICIAL FRENTE A LAS ADMINISTRACIONES; SU DEPENDENCIA DEL MINISTERIO DE JUSTICIA.—4. LAS COMPETENCIAS DEL SECRETARIO JUDICIAL EN LOS DISTINTOS SERVICIOS Y UNIDADES QUE COMPOENEN LA OFICINA JUDICIAL: 4.1. EL SECRETARIO EN LAS UNIDADES PROCESALES DE APOYO DIRECTO (UPAD). 4.2. EL SECRETARIO EN EL SERVICIO COMÚN PROCESAL (SCP). 4.3. CONCLUSIÓN.—5. BIBLIOGRAFÍA.

«Las nuevas funciones del Secretario Judicial tras las reformas procesales derivadas de la nueva Oficina Judicial», por Carlos E. GUTIÉRREZ LUCAS, pág. 79.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN Y BREVE REFERENCIA HISTÓRICA DEL CAMBIO.—2. PRINCIPIOS INSPIRADORES DEL PACTO DE ESTADO Y LA IMPLICACIÓN EN ELLOS DEL SECRETARIO JUDICIAL. LA CARTA DE DERECHOS DEL CIUDADANO ANTE LA JUSTICIA. EL PLAN DE TRANSPARENCIA JUDICIAL Y LA NECESIDAD DE LA REFORMA.—3. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA REFORMA PROCESAL: 3.1. LA NUEVA REGULACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS: LAS FUNCIONES DEL JUEZ Y LAS FUNCIONES DEL SECRETARIO JUDICIAL. 3.2. LA ADMISIÓN E INADMISIÓN DE DEMANDAS, LA ACUMULACIÓN DE ACCIONES Y LA DECISIÓN PARA LA TERMINACIÓN DE PROCEDIMIENTOS. 3.3. LA AGENDA DE SEÑALAMIENTOS. 3.4. COMPETENCIAS DEL SECRETARIO EN LA EJECUCIÓN TRAS LA REFORMA DE LA LEY 13/2009. 3.5. FE PÚBLICA JUDICIAL.—4. A MODO DE CONCLUSIÓN.

«Reconocimiento y ejecución de sentencias penales dictadas en otro Estado europeo», por Andrés PALOMO DEL ARCO, pág. 115.

SUMARIO: 1. EVOLUCIÓN, ÁMBITO Y PLURALIDAD DE FUENTES.—2. CONVENIOS DEL CONSEJO DE EUROPA: 2.1. TRANSMISIÓN DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS PENALES. 2.2. TRASLADO DE PERSONAS CONDENADAS. 2.3. VIGILANCIA DE PERSONAS CONDENADAS BAJO CONDICIÓN O EN LIBERTAD CONDICIONAL.

2.4. CONVENIO EUROPEO SOBRE LOS EFECTOS INTERNACIONALES DE LA PRIVACIÓN DEL DERECHO A CONDUCIR VEHÍCULOS DE MOTOR. 2.5. CONVENIO RELATIVO AL BLANQUEO, SEGUIMIENTO, EMBARGO Y CONFISCACIÓN DE LOS PRODUCTOS DEL CRIMEN. 2.6. CONVENIO RELATIVO AL BLANQUEO, SEGUIMIENTO, EMBARGO Y CONFISCACIÓN DE LOS PRODUCTOS DEL CRIMEN Y A LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO.—3. CONVENIO DE APLICACIÓN DEL ACUERDO SCHENGEN: 3.1. COMPLEMENTARIEDAD DEL CONVENIO DE TRASLADO DE PERSONAS (ARTS. 67-69). 3.2. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM* (ARTS. 54-58).—4. CONVENIOS TRADICIONALES DE LA UNIÓN EUROPEA: 4.1. CONVENIO ENTRE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS SOBRE LA EJECUCIÓN DE LAS CONDENAS PENALES EXTRANJERAS. 4.2. ACUERDO RELATIVO A LA APLICACIÓN ENTRE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS DEL CONVENIO DEL CONSEJO DE EUROPA SOBRE TRASLADO DE PERSONAS CONDENADAS. 4.3. CONVENIO ENTRE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS RELATIVO A LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO *NE BIS IN IDEM*. 4.4. CONVENIO ESTABLECIDO SOBRE LA BASE DEL ARTÍCULO K.3 DEL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LAS DECISIONES DE PRIVACIÓN DEL DERECHO DE CONDUCIR.—5. INSTRUMENTOS DE RECONOCIMIENTO MUTUO: 5.1. CONCEPTO Y DESARROLLO. 5.2. EFECTOS INDIRECTOS. 5.3. EJECUCIÓN DE SANCIONES PECUNIARIAS. DECISIÓN MARCO 2005/214/JAI. 5.4. EJECUCIÓN DEL DECOMISO. 5.5. PENAS Y MEDIDAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD. DECISIÓN MARCO 2008/909/JAI. 5.6. LIBERTAD VIGILADA Y SUSTITUTIVOS PENALES. DECISIÓN MARCO 2008/947/JAI.

«Los efectos ambientales acumulativos de los parques eólicos. Su evaluación», por Íñigo SANZ RUBIALES, pág. 185.

SUMARIO: 1. LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL COMO POTES-TAD DISCRECIONAL. SU CONTROL JUDICIAL.—2. EL SOMETIMIENTO DE LOS PARQUES EÓLICOS A EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIEN-TAL: 2.1. RÉGIMEN GENERAL. 2.2. LA PROHIBICIÓN DE FRACCIONAMIENTO EN FRAUDE DE LEY.—3. LA NECESIDAD DE CONSIDERAR LOS EFECTOS ACUMULA-TIVOS CON OTROS PROYECTOS: 3.1. LOS POSIBLES EFECTOS ACUMULATIVOS DE LOS PROYECTOS. 3.2. SOBRE LA INTERPRETACIÓN EXTENSIVA DE LA EIA POR EL TJCE. 3.3. FRACCIONAMIENTO Y ACUMULACIÓN DE PROYECTOS. UNA ACLARACIÓN: 3.3.1. *Sobre el fraccionamiento de proyectos*. 3.3.2. *Sobre el efecto acumulativo de los proyectos y sus diferencias con el fraccionamiento a la luz de la jurisprudencia comunitaria*. 3.4. LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE ACUMULACIÓN Y FRACCIO-NAMIENTO A LOS PARQUES EÓLICOS: 3.4.1. *El concepto de parque eólico*. 3.4.2. *A efectos de la evaluación de impacto ambiental, el Derecho comunitario dife-rencia entre proyectos de producción y líneas de transporte*. 3.4.3. *En conclu-sión: la concentración de parques eólicos de iniciativa particular en una zona no implica per se la existencia de un proyecto fragmentado... aunque tiene que analizarse su importantísimo efecto acumulativo*.—4. UNA CRÍTICA A LA CONCLUSIÓN DE LA SENTENCIA DEL TSJ DE CASTILLA Y LEÓN (VALLADOLID) «MURÍAS II», DE 10 DE JUNIO DE 2009: 4.1. UNA SENTEN-CIA CON GRAN RIGOR JURÍDICO EN LA ARGUMENTACIÓN...: 4.1.1. *Control a través de los hechos determinantes: la estabilidad de las áreas de sensibilidad ecológica implica la necesidad de someter el proyecto a evaluación ordinaria*. 4.1.2. *Necesidad de que la EIA tome en consideración los efectos acumulados con otros proyectos preexistentes*. 4.2. ... PERO CON UNA CONCLUSIÓN SORPRENDENTE: LA CONSIDERACIÓN DEL PARQUE «MURÍAS II» COMO UN FRAGMENTO DE UN PARQUE SUPE-RIOR.

La defensa de la competencia como atribución de las Comunidades Autónomas», por José Carlos LAGUNA DE PAZ, pág. 217.

SUMARIO: 1. PROTECCIÓN DEL PROCESO COMPETITIVO EN EL MERCADO: 1.1. SU RAZÓN DE SER. 1.2. SU ALCANCE. 1.3. SU FINALIDAD.—2. LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA COMO TAREA ADMINISTRATIVA.—3. DISTRIBUCIÓN DE ATRIBUCIONES ENTRE ESTADO Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS: 3.1. DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL A LOS NUEVOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA. 3.2. ATRIBUCIONES ESTATALES: 3.2.1. *Normativa en defensa de la competencia*. 3.2.2. *Competencias ejecutivas*. 3.3. ATRIBUCIONES AUTONÓMICAS: 3.3.1. *Su limitado alcance*. 3.3.2. *Defensa y promoción de la competencia*. 3.4. RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS, COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN.—4. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA AUTONÓMICA EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

«El régimen jurídico de las Comunidades de Villa y Tierra: aspectos históricos y régimen vigente», por Dionisio FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, pág. 245.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS COMUNIDADES DE VILLA Y TIERRA: SU PLASMACIÓN EN LA LEGISLACIÓN LOCAL: 2.1. BREVE REFERENCIA AL ORIGEN DE LAS COMUNIDADES DE VILLA Y TIERRA. 2.2. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS COMUNIDADES DE VILLA Y TIERRA EN LA LEGISLACIÓN LOCAL: 2.2.1. *La etapa del constitucionalismo de Cádiz y su evolución*. 2.2.2. *Las vicisitudes de la Legislación Local entre moderados y progresistas*. 2.2.3. *La Legislación de la Restauración Monárquica*. 2.2.4. *La época de Primo de Rivera: el Estatuto Municipal de Calvo Sotelo de 1924*. 2.2.5. *La Legislación sobre la Administración Local de la Segunda República*. 2.2.6. *La Legislación sobre régimen local de la época del General Franco*.—3. EL MARCO NORMATIVO DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL Y DE LAS COMUNIDADES DE VILLA Y TIERRA, DERIVADO DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA COMUNIDAD DE CASTILLA Y LEÓN: 3.1. LA INCIDENCIA DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 Y DE LOS PROYECTOS NORMATIVOS POSTERIORES. 3.2. EL RÉGIMEN JURÍDICO BÁSICO DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL. 3.3. EL RÉGIMEN GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL EN LA COMUNIDAD DE CASTILLA Y LEÓN. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS COMUNIDADES DE VILLA Y TIERRA: ASPECTOS HISTÓRICOS Y RÉGIMEN VIGENTE. 3.4. EL RÉGIMEN VIGENTE DE LA COMUNIDADES DE VILLA Y TIERRA: LEGISLACIÓN NACIONAL Y DE LA COMUNIDAD DE CASTILLA Y LEÓN: 3.4.1. *La Legislación nacional de carácter básico y supletorio*. 3.4.2. *La Legislación de la Comunidad de Castilla y León*.—4. INCIDENCIA DE LA FALLIDA PROPUESTA DE REFORMA DE LA LEGISLACIÓN BÁSICA Y DEL PACTO LOCAL DE LA COMUNIDAD DE CASTILLA Y LEÓN: 4.1. EL FALLIDO PROCESO DE REFORMA DE LA LEGISLACIÓN NACIONAL. 4.2. EL PACTO LOCAL DE LA COMUNIDAD DE CASTILLA Y LEÓN: 4.2.1. *Elaboración del Pacto Local*. 4.2.2. *El contenido del Pacto Local de 2005, su articulación y su trascendencia para las Administraciones Locales*.—REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

REVISTA JURÍDICA DE CATALUÑA

Número 3 (Febrero 2010)

«Drets del cònjuge i del convivent en unió estable de parella en la successió testamentària», por Lluís PUIG I FERRIOL, pág. 645.

SUMARI: 1. PRECEDENTS.—2. FONAMENT DEL PRECEPT.—3. CONFIGURACIÓ JURÍDICA: 3.1. COM UN SUPÒSIT DE REVOCACIÓ DEL TESTAMENT. 3.2. COM UN SUPÒSIT D'ERROR. 3.3. LA TESI DE LA CAUSA DETERMINANT DE LA DISPOSICIÓ TESTAMENTÀRIA.—4. IDENTIFICACIÓ DEL DESTINATARI DE LA DISPOSICIÓ TESTAMENTÀRIA.—5. OPERATIVITAT DE L'ARTICLE 422-13 DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA: 5.1. ÀMBIT D'APLICACIÓ SUBJECTIU: 5.1.1. *Acreditació de la condició de cònjuge o convivent*. 5.1.2. *Precisions sobre les crisis matrimoniales i de la parella*: 5.1.2.1. En relació amb el matrimoni. 5.1.2.2. En relació amb les unions estables de parella. 5.1.3. *Incidència de la reconciliació de la represa de la convivència*. 5.2. ÀMBIT D'APLICACIÓ OBJECTIU.—6. EFECTES DE LA CRISI MATRIMONIAL O DE LA CONVIVÈNCIA.—7. EFICÀCIA DE LA DISPOSICIÓ TESTAMENTÀRIA.

«Principales novedades de la reforma procesal en la ejecución», por Juan F. GARNICA MARTÍN, pág. 691.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LOS CONDICIONANTES: EL MODELO DE OFICINA EN LA REFORMA ORGÁNICA.—3. EL REPARTO DE FUNCIONES EN LA EJECUCIÓN: LÍNEAS GENERALES Y COMPETENCIA RESIDUAL DEL SECRETARIO.—4. EL CONCURSO DE OFICIOS EN EL DESPACHO DE LA EJECUCIÓN: 4.1. LAS PRINCIPALES DUDAS INTERPRETATIVAS. 4.2. ¿ESTÁ ABSOLUTAMENTE VINCULADO EL SECRETARIO DE LA EJECUCIÓN POR LA ORDEN GENERAL DE DESPACHO?. 4.3. EL SUPUESTO ESPECIAL DEL DESAHUCIO. 4.4. EL REQUERIMIENTO DE PAGO Y EL EMBARGO.—5. EL REPARTO DE FUNCIONES EN LA SUSTANCIACIÓN DE LOS INCIDENTES: 5.1. EL INCIDENTE DE OPOSICIÓN. 5.2. EL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES. 5.3. EL INCIDENTE DE CALIFICACIÓN DEL TÍTULO DEL TERCERO OCUPANTE DE INMUEBLES. 5.4. EL INCIDENTE DE SUCESIÓN PROCESAL.—6. EL PROBLEMA DE LA TERCERÍA DE DOMINIO.—7. LA TASACIÓN DE COSTAS Y SU IMPUGNACIÓN.—8. EL SISTEMA DE IMPUGNACIONES EN LA EJECUCIÓN: 8.1. LA PETICIÓN. 8.2. EL RECURSO DE REVISIÓN.

«L'impacte de la jurisprudència del TJCE sobre la regulació del dret a vacances anuals en l'ordenament jurídic espanyol», por Helena YSÁS MOLINERO, pág. 721.

SUMARI: 1. INTRODUCCIÓ: LA REGULACIÓ DEL DRET AL GAUDI DE VACANCES ANUALS A LA NORMATIVA ESPANYOLA, COMUNITÀRIA I INTERNACIONAL.—2. VACANCES ANUALS I MATERNITAT: 2.1. LA JURISPRUDÈNCIA DEL TJCE. 2.2. L'ADAPTACIÓ DE LA JURISPRUDÈNCIA INTERNA.—3. VACANCES ANUALS I INCAPACITAT TEMPORAL: 3.1. LA JURISPRUDÈNCIA DEL TJCE. 3.2. L'ADAPTACIÓ DE LA JURISPRUDÈNCIA INTERNA.—4. GAUDI DE LES VACANCES EN L'ANY NATURAL I COMPENSACIÓ ECONÒMICA.—5. CONCLUSIONS.

«El distintivo público de confianza en línea en materia de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico: el desarrollo de Cataluña como paradigma de referencia», por David LÓPEZ JIMÉNEZ, pág. 745.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. OPCIONES REGULADORAS EN MATERIA DE COMERCIO ELECTRÓNICO.—3. LA CORREGULACIÓN COMO FÓRMULA ORDENADORA VIGENTE EN EL ÁMBITO DESCRITO.—4. LOS ICONOS DE CONFIANZA COMO MODELOS DE CALIDAD: 4.1. CONCEPTO. 4.2. MODALIDADES. 4.3. EFICACIA.—5. EL DISTINTIVO PÚBLICO DE CONFIANZA EN LÍNEA: MODELO DE AUTORREGULACIÓN REGULADA EN EL ÁMBITO DE LOS SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN: 5.1. ANTECEDENTES. 5.2. ANÁLISIS DEL ARTICULADO.—6. EL DESARROLLO DE CATALUÑA DEL DISTINTIVO PÚBLICO DE CONFIANZA EN LÍNEA: LA ORDEN 215/2007, DE 30 DE MAYO, POR LA QUE SE ESTABLECE EL PROCEDIMIENTO DE OTORGAMIENTO Y RETIRADA DEL DISTINTIVO PÚBLICO DE CONFIANZA EN LÍNEA: 6.1. HACIA EL PLAUSIBLE REFORZAMIENTO DE LA CONFIANZA DEL CONSUMIDOR Y/O USUARIO ELECTRÓNICO POR PARTE DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA.—7. CONCLUSIONES.

REVISTA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

Números 223-224 (Enero-Diciembre 2008)

«Los setenta y cinco años de la Revista de Derecho Universidad de Concepción», por Ramón DOMÍNGUEZ ÁGUILA, pág. 9.

«Los derechos reales en algunos Códigos latinoamericanos de los siglos XX y XXI», por Daniel PEÑAILILLO ARÉVALO, pág. 19.

«Tutela aquiliana del derecho de crédito: Un breve análisis teórico a partir de la jurisprudencia uruguaya actual», por Gerardo CAFFERA y Elías MANTERO, pág. 45.

«La consulta y su tramitación en el procedimiento seguido ante los Tribunales de Familia», por Gonzalo CORTEZ MATCOVICH, pág. 69.

«La mediación previa y obligatoria en los Tribunales de Familia establecida por la Ley 20.286. Un análisis comparativo», por Boris FIEGELIST VENTURELLI, pág. 95.

«El ejercicio del derecho a defensa técnica en la etapa preliminar del proceso penal», por Ramón GARCÍA ODGERS, pág. 117.

«La previsibilidad en materia de daños», por Manuel BARRIA PAREDES, pág. 149.

«El dirigente benévolo: Su regulación en Derecho francés», por Carlos Andrés HECKER PADILLA, pág. 169.

«El acto de gobierno en Chile», por Baltazar MORALES ESPINOZA, pág. 191.

«La concepción rawlsiana de la justicia», por David QUINTERO FUENTES, pág. 213.

«El recurso de reposición en el proyecto de Código Procesal Civil», por Héctor OBERG YÁÑEZ, pág. 239.

«Informe del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción sobre proyectos de ley que regulan las uniones de hecho (boletines 4153-18, 4875-18 y 4187-18 de la H. Cámara de Diputados) y proyecto de ley alternativo sobre pactos de convivencia», pág. 245

«Responsabilidad Civil derivada de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales en Chile: evolución, funcionamiento y propuestas de racionalización (primera parte)», por José Luis Díez SCHWERTER, pág. 251.

REVISTA DE LA SOCIACIÓN DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY

Número 7 a 12 (Julio-Diciembre 2009)

«Disolución y liquidación de sociedades comerciales y Ley número 18.187 de colonización de tierras», por Adriana AMADO, pág. 157.

«Ley número 18.387 de declaración judicial del concurso y reorganización empresarial, con especial énfasis en los aspectos notariales», por Daniella CIANCIARULO BERTONE, pág. 165.

«Modificación de la Carta Orgánica del Banco Hipotecario del Uruguay: un nuevo sistema de ejecución de créditos hipotecarios», por Claudia A. FERNÁNDEZ ECHEVERRY, pág. 173.

«La cesión de partes sociales de una cooperativa de viviendas sigue siendo válida y eficaz luego de la vigencia de la Ley número 18.407», por Enrique MALEL, pág. 181.

«Los ciudadanos de cristal: vigilancia, privacidad y derechos humanos», por Ramón G. BRENNAN, pág. 187.

«Nuevas tecnologías de la información y comunicación (NTIC) y Derecho», por Aída NOBLÍA, pág. 199.

«Los procesos de aprendizaje en la aplicación de programas de gobierno electrónico en Brasil», por Javier WORTMAN, pág. 213.

«Paradigma jurídico de la sociedad de la información», por Elisabeth BOUVIER y Gabriela HORMAIZTEGUY, pág. 215.

«Ciudadanía digital en Uruguay: ¿un derecho constitucional vulnerado?», por Elisabeth BOUVIER y Gabriela HORMAIZTEGUY, pág. 219.

- «Notificaciones electrónicas y expediente electrónico en el Poder Judicial», por Marcelo RIVERO MALACRIDA, pág. 223.
- «Ley número 18.381: su alcance sobre la Dirección General de Registros», por M.^a Claudia PEREIRO ALONSO, pág. 229.
- «Internet y privacidad en las empresas: entre políticas, delitos y garantías constitucionales», por Andrea LAMAS y Milka RAPPA, pág. 239.

UNIFORM LAW REVIEW

Número 1 (2010)

- «Application of the Unidroit Principles in China: Successes, Shortcomings and Implications», por Chi MANJIAO, pág. 5.
- «Some Features of the Harmonisation of International Trade Law in the Third Millennium», por Daniele DE CAROLIS, pág. 37.
- «Les États parties à L'OHADA et la sécurisation des entreprises commerciales», por Maurice KOM KAMUSU, pág. 73.
- «Some Observations on Civil Air Carrier Liability in International Air Carriage - "Accident", "Damage" and Jurisdiction», por Matgorzata POLKOWSKA, pág. 109.
- «The Russian Federation and the Cape Town Convention: the Aviation Protocol», por Alexander N. SILIKOV, pág. 133.
- «Unidroit Principles and CISG: change of circumstances and duty to renegotiate according to the Belgian Supreme Court», por Anna VENEZIANO, pág. 137.

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 sólo 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 siempre con el número del Repertorio de Aranzadi. El esquema es el siguiente:

Por ejemplo, STS de 22 de octubre de 2002 (RA n.º 2987).
- 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 tres folios por materia.

En cada número de la Revista, cada Sección debe contar con dos grupos de materias o temas tratados.

Resumen: en cursiva.

- 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')

- IMPORTANTE

El comentario debe ser único. Se pretende que los comentarios de jurisprudencia sean, realmente, breves artículos que recojan un problema concreto y su desarrollo jurisprudencial, por ello hemos decidido cambiar radicalmente el formato de los «antiguos comentarios». Este cambio repercutirá favorablemente también a los autores de los mismos, ya que podrán acreditarlos como artículos de investigación.

Las modificaciones más relevantes son, en cuanto a los criterios de redacción y publicación:

a) No hay que comentar una sentencia determinada, sino un problema jurisprudencial, aunque se parta de una determinada sentencia.

b) El título, entonces, debe ser el de un artículo. No telegráfico, como hasta ahora, que recogía simplemente la materia y problema sobre el que versaba la sentencia comentada.

Por ejemplo: «Modificación del título constitutivo de una propiedad horizontal cuando fue otorgado por el constructor-promotor propietario único».

Y NO:

Propiedad horizontal. Título Constitutivo. Modificación por promotor-constructor. El título debe ir escrito en minúscula.

- c) Sí se incluirá en el borrador (aunque no se publicará así), el antiguo encabezado correspondiente a:

DERECHO CIVIL.

DERECHOS REALES.

DOS VOCES O PALABRAS CLAVE.

Pero, únicamente, se hará para facilitar la clasificación en la base de datos de la Revista.

- d) Se eliminan: *Fecha de sentencia, Ponente, Sala, Antecedentes, Doctrina y Comentario.*
- e) Habrá que incluir, después del comentario, un breve RESUMEN del artículo (*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 cuatro líneas.
- f) El desarrollo del «comentario» será similar al de un artículo, un todo homogéneo dividido en sus correspondientes epígrafes, siguiendo las normas de publicación adjuntas (Anexo I), y sin distinción de los apartados señalados en el punto d).
- g) En el Anexo I encontrarán un *modelo* de cómo deben quedar los nuevos análisis de jurisprudencia.

ANEXO I

DERECHO CIVIL.

DERECHOS REALES.

NUMERUS APERTUS. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.

«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».

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

.....
.....

RESUMEN

*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.*